

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 3/2023

### LA NUOVA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI RESPINGIMENTI IMMEDIATI

di Guido Savio

**Abstract:** *Il presente commento affronta il tema del riparto di giurisdizione in tema di respingimenti ex art. 10, d.lgs. 286/98, a seguito della modifica introdotta dall'art. 18, l. 10.8.2023, n. 103, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13.6.2023, n. 69 (c.d. decreto "salva infrazioni"), recante «disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano» che ha attribuito alla giurisdizione amministrativa le controversie in materia di respingimento immediato alla frontiera. Il commento, dopo una ricostruzione storica della disciplina dei respingimenti (sia immediati che differiti) e della loro ricorribilità, così come delineata in passato dalla giurisprudenza di legittimità, sia ordinaria che amministrativa, analizza in termini critici la sostenibilità logica del riparto di giurisdizione tra le controversie relative ai respingimenti immediati – ora attribuite al giudice amministrativo – e quelle inerenti i respingimenti differiti, che restano devolute alla cognizione di quello ordinario, essendo identico il potere autoritativo statale volto al controllo delle frontiere. Il timore che l'attribuzione della titolarità di un mero interesse legittimo in capo agli stranieri respinti alla frontiera, in luogo di un diritto soggettivo perfetto che permane in capo a quanti vengono respinti con provvedimento del questore, si traduca in un vulnus per la piena tutela del diritto di difesa pare fondato, anche in considerazione dei limiti propri della giurisdizione amministrativa che non può sostituirsi alla PA, a differenza di quella ordinaria.*

**Abstract:** *These notes address the issue of the allocation of jurisdiction on the refusal of entry under Article 10, Legislative Decree 286/98, following the amendment introduced by Art. 18, l. 10.8.2023, no. 103, converting into law, with amendments, Decree-Law no. 69, 13.6.2023 (so-called. "salvo infrazioni" decree), bearing «urgent provisions for the implementation of obligations arising from acts of the European Union and from pending infringement and pre-infringement proceedings against the Italian state» which gave the administrative jurisdiction over disputes on immediate border refoulement. The commentary, after a historical reconstruction of the discipline of rejections (both immediate and deferred) and their appealability, as outlined in the past by the jurisprudence of legitimacy, both ordinary and administrative, analyzes in critical terms the logical sustainability of the division of jurisdiction between disputes concerning immediate rejections – now attributed to the administrative court – and those concerning deferred rejections, which remain devolved to the jurisdiction of the ordinary one, given that the state's power performed in border control is the same. Appears well-founded the fear that, granting a mere legitimate interest to foreigners who are rejected at the border, in place of a perfect subjective right that remains with those who are expelled by an order of the Questore, will result in a vulnus for the full protection of the right to defense, also in view of the inherent limits of administrative jurisdiction, which cannot substitute itself to the PA, unlike ordinary jurisdiction.*

# LA NUOVA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI RESPINGIMENTI IMMEDIATI

---

di Guido Savio\*

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. Uno sguardo indietro. – 3. La sentenza n. 15115/2013 delle Sezioni unite. – 4. La circolare 18.1.2019 emanata dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno. – 5. Le conseguenze dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in tema di respingimento immediato: prime analisi. – 5.1. Rilievi di carattere sistematico. – 5.2. La dubbia motivazione della scelta legislativa. – 5.3. Diritti soggettivi vs. interessi legittimi: ipotesi di giurisdizione esclusiva? – 5.4. Quale procedura è più idonea a garantire l'effettività della tutela nel respingimento immediato? – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Note introduttive

L'art. 10, d.lgs. 286/98 (d'ora in poi TUI) disciplina, com'è noto, l'istituto del respingimento che, unitamente alle espulsioni amministrative di cui all'art. 13, completa il quadro dei provvedimenti ablativi disposti dall'autorità amministrativa di pubblica sicurezza a tutela delle frontiere<sup>1</sup>.

La norma prevede due tipologie di respingimenti: al comma 1, quello immediato disposto dalla polizia di frontiera nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che si presentano ai valichi di frontiera privi dei requisiti previsti per l'ingresso nel territorio dello Stato<sup>2</sup>, mentre, al comma 2, il respingimento con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore (quindi differito nel tempo) nei confronti degli stranieri che sono entrati nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, ma sono stati fermati all'ingresso o subito dopo (in una situazione assimilabile alla quasi flagranza), oppure nei confronti di coloro che sono stati temporaneamente ammessi in Italia per necessità di pubblico soccorso.

Mentre nella prima ipotesi lo straniero formalmente non entra nel territorio dello Stato, essendo bloccato *in limine*<sup>3</sup>, nei casi di respingimento differito lo straniero fa ingresso nel territorio nazionale, ma viene successivamente respinto con provvedimento di accompagnamento alla frontiera disposto dal questore (ove non sia possibile l'accompagnamento coattivo, il questore deve disporre il trattenimento del destinatario del provvedimento in un Centro per i rimpatri, ovvero – se nemmeno questa misura può essere attuata – lo stesso questore adotta l'ordine di allontanamento entro sette giorni ai sensi dell'art. 14, co. 5-*bis*, TUI).

---

\* Avvocato in Torino.

1. Per una puntuale ricostruzione dell'istituto, si veda R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa Rivista, n. 3/2019.

2. Tali requisiti sono previsti dall'art. 4 TUI, integrato dall'art. 6, del Regolamento UE 2016/399, c.d. "codice frontiere Schengen".

3. Per questa ragione lo straniero respinto alla frontiera non commette il reato di ingresso illegale per espressa previsione dell'art. 10-*bis*, co. 2, TUI, non essendo configurabile il tentativo nei reati contravvenzionali.

Le conseguenze delle due tipologie di respingimento sono differenti: mentre nel caso di respingimento immediato<sup>4</sup> allo straniero non è inibito un successivo ingresso, ovviamente ove disponga dei requisiti prima carenti<sup>5</sup>, il respingimento differito è corredato da un divieto di reingresso per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni ai sensi dell'art. 10, co. 2-*sexies*, TUI.<sup>6</sup>

Ai fini della nostra indagine occorre subito chiarire che, prima della riforma di cui alla l. n. 132/2018 (su cui *infra*), il legislatore non aveva disciplinato le modalità di tutela giurisdizionale avverso entrambe le misure di respingimento. La ragione di questa grave lacuna sta nel fatto che il legislatore del 1998 intendeva configurare il respingimento quale «atto materiale di polizia»<sup>7</sup>, non avente natura provvedimento e consistente nel rinviare donde era venuto lo straniero privo dei requisiti per l'ingresso sul territorio nazionale, senza alcuna ulteriore conseguenza. Prova ne sia che l'art. 10, co. 6, TUI prevede la mera registrazione dei respingimenti da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Come prima accennato, fu solo con la novella di cui alla l. 132/2018 che venne introdotto il divieto di reingresso per i respingimenti di cui all'art. 10, co. 2, TUI e, conseguentemente, venne introdotto il comma 6-*bis* nell'art. 10 TUI, a mente del quale il divieto di reingresso del respinto in via differita è inserito nel Sistema di informazione Schengen (c.d. S.I.S.) di cui al regolamento (CE) n. 187/2006, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20.12.2006, che comporta il divieto di ingresso e soggiorno nel territorio dell'UE.

Peraltro, l'art. 3, co. 3, d.p.r. 394/99, regolamento di attuazione del TUI (come modificato dall'art. 3, co. 1, lett. a) del d.p.r. n. 334/2004), rubricato «Comunicazioni allo straniero» prescrive che anche il provvedimento che dispone il respingimento, al pari di quello che dispone l'espulsione, la revoca o il rifiuto del permesso di soggiorno, deve essere adottato in forma scritta e motivata e deve essere comunicato all'interessato con l'indicazione di eventuali modalità di impugnazione. Secondo condivisibile e autorevole dottrina<sup>8</sup> tale previsione regolamentare attenuava le gravi perplessità – con riferimento all'effettività del diritto di difesa di cui è pure titolare lo straniero avverso gli atti della Pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 113, co. 2 Cost. – derivanti dall'omessa indicazione legislativa dei mezzi di tutela giurisdizionale dello straniero destinatario di provvedimenti di respingimento. Tale *vulnus* non era nemmeno superato dalla previsione, analoga a quella regolamentare appena citata, di cui all'art. 13, co. 7, TUI secondo cui ogni atto concernente l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione è comunicato all'interessato unitamente all'indicazione

4. Nel corso del 2022 in Italia sono state respinte alla frontiera 6.120 persone di cui 3.896 alle frontiere aeree e 2.224 alle frontiere marittime (non sono stati reperiti dati circa i respingimenti presso le frontiere terrestri); fonte: Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno, dati elaborati dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale. Cfr. Relazione al Parlamento 2023, p. 190, reperibile sul sito [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it).

5. Occorre tuttavia precisare che i dati personali dei cittadini di Paesi terzi cui è stato rifiutato l'ingresso per soggiorni di breve durata, l'autorità che li ha emessi e la motivazione posta a sostegno del rifiuto, affluiscono nel sistema ingressi/uscite EES, previsto dal regolamento UE 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30.11.2017 che istituisce un sistema di registrazione dei dati di ingresso, di uscita e di respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere degli Stati membri. In attuazione di tale regolamento la l. 103/2023 ha introdotto nell'art. 4 TUI – tra i requisiti per l'ingresso in Italia degli stranieri cui si applica tal regolamento, e salvo i casi di esenzione – l'obbligo di fornire i dati biometrici ai fini delle verifiche di frontiera previste dal codice frontiere Schengen. In caso di rifiuto, si applicano le disposizioni di cui all'art. 10, co. 1, TUI, cioè il respingimento immediato alla frontiera.

6. Questa disposizione è stata introdotta dall'art. 5-*bis*, co. 1, lett. a) del d.l. 113/2018, convertito, con modificazioni, nella legge 1.12.2018, n. 132.

7. In tal senso P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, i profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, CEDAM, 2004, p. 288.

8. Cfr. P. Bonetti, *op. cit.*, p. 289.

delle modalità di impugnazione, posto che tali modalità non erano indicate dalla legge per quanto concerne i respingimenti immediati.

Certamente, però, tali indicazioni normative e regolamentari sono idonee ad escludere in radice che i decreti di respingimento siano meri atti materiali della polizia di frontiera, ma, al contrario, porta a ritenere che abbiano natura provvedimentoale.

Alle stesse conclusioni si perviene con riferimento al diritto unionale<sup>9</sup>, infatti, ai sensi dell'art. 5, § 1, regolamento CE n. 562/2006, le frontiere esterne possono essere attraversate solo ai valichi di frontiera e, a mente dell'art. 14, «*sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni di ingresso previste all'art. 6, §1 ... il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise ... le persone respinte hanno diritto di presentare ricorso ... conformemente alla legislazione nazionale ... l'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento*»: peccato, però, che la legislazione nazionale non disciplinasse la tutela giurisdizionale avverso i respingimenti immediati, diversamente da quanto previsto per i respingimenti di cui all'art. 10, co. 2, TUI, a partire dal 2018<sup>10</sup>.

Invero, limitatamente ai respingimenti differiti, il d.l. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza Salvini"), convertito, con modificazioni, nella legge 1.12.2018, n. 132, introducendo il comma 2-bis nel testo dell'art. 10 TUI, ha attribuito la competenza in ordine alla convalida del decreto di respingimento con accompagnamento alla frontiera (necessario per dare esecuzione differita al provvedimento ablativo in questione) al Giudice di pace con la tecnica del rinvio alle disposizioni di cui all'art. 13, co. 5-bis, 5-ter, 7 e 8 TUI in materia di espulsioni amministrative prefettizie. Poiché l'art. 13, co. 8, TUI prevede che avverso il decreto di espulsione del prefetto può essere presentato ricorso al giudice ordinario secondo la disciplina dettata dall'art. 18, d.lgs. 150/2011, atteso che tale disposizione individua la competenza del Giudice di pace, consegue che lo stesso giudice sia competente a conoscere delle controversie derivanti dalle impugnazioni dei respingimenti differiti, oltre a quelle derivanti dalle impugnazioni dei decreti espulsivi prefettizi.

Incidentalmente osserviamo che il legislatore del 2018 è stato indotto a tale modifica da una sentenza della Corte costituzionale. Infatti, la Consulta, con la sentenza n. 275/2017, nel dichiarare l'inammissibilità per difetto di rilevanza di una questione di legittimità in tema di respingimento differito, concluse nei seguenti termini: «*l'inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento*

---

9. Per un'ampia disamina della disciplina dei respingimenti nella normativa UE, si veda A. Di Pascale, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in questa *Rivista* n. 2/2020.

10. Incidentalmente si osservi che l'art. 13, § 1, codice frontiere Schengen, prescrive che «*una persona che ha attraversato illegalmente una frontiera e che non ha il diritto di soggiornare sul territorio dello Stato membro interessato è fermata ed è sottoposta a procedure che rispettano la direttiva 2008/115/CE*». Tuttavia, l'art. 2, § 2, della citata direttiva consente agli Stati membri di non applicare le disposizioni previste dalla stessa «*ai cittadini stranieri sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro*». Il legislatore italiano, con la l. 129/2011, di recepimento della direttiva rimpatri, ha ritenuto di avvalersi di tale facoltà e, pertanto, le garanzie procedurali previste da tale direttiva non si applicano ai respingimenti. In particolare, non è possibile concedere il termine per la partenza volontaria (previsto all'art. 7 della citata direttiva) ed è dubbia la possibilità di applicazione dell'istituto del riesame di cui all'art. 15, § 2. lett. a), in caso di trattenimento amministrativo. Ad ogni buon conto, è evidente che tali istituti avrebbero potuto trovare applicazione solo per i respingimenti di cui all'art. 10, co. 2, TUI che prevedono necessariamente un'esecuzione differita e per i quali è possibile disporre il trattenimento nei C.P.R.

*alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, terzo comma, Cost.»<sup>11</sup>. In effetti l'accompagnamento coattivo alla frontiera – nei casi di respingimento differito – non prevedeva la convalida giurisdizionale, a differenza dell'accompagnamento alla frontiera degli espulsi.*

Il legislatore, accogliendo il monito della Consulta, ha introdotto il comma 2-*bis* nell'art. 10 TUI, prevedendo che al provvedimento di respingimento differito si applichi l'identica procedura prevista per le espulsioni amministrative, ivi compresa la convalida dell'accompagnamento coattivo e la ricorribilità al Giudice di pace. Risulta pertanto evidente che l'individuazione del giudice competente a conoscere della legittimità dei respingimenti differiti non consegue ad una scelta di politica legislativa, ma è stata adottata dalla necessità di evitare una dichiarazione di illegittimità costituzionale, paventata dalla stessa Corte.

È in questo complesso quadro normativo che si inserisce la novella introdotta dall'art. 18, l. 10.8.2023, n. 103, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13.6.2023, n. 69 (c.d. decreto "salva infrazioni"), recante «disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano» che ha introdotto nell'art. 10, TUI, il comma 1-*bis* a mente del quale «*contro i provvedimenti di respingimento alla frontiera di applicazione immediata adottati ai sensi del comma 1 è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio di polizia di frontiera che ha disposto il respingimento. La procura al difensore può essere rilasciata innanzi all'autorità consolare italiana competente per territorio*» che costituisce l'oggetto di questo commento.

## 2. Uno sguardo indietro

Per una iniziale riflessione sul tema in questione pare fondamentale volgere lo sguardo al passato.

Nella perdurante assenza – venticinquennale – di una disciplina normativa circa l'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie in tema di respingimenti, la giurisprudenza era divisa tra un orientamento che propendeva per la giurisdizione amministrativa e un altro per quella ordinaria.

Militava a favore della prima tesi – ricorso al Tar – sostenuta dagli uffici del Giudice di pace, la constatazione della natura di atto autoritativo del decreto di respingimento, che, stante il principio di tassatività delle impugnazioni, ricadrebbe nel perimetro della giurisdizione amministrativa, in assenza di diverse indicazioni normative derogatorie al principio generale. Viceversa, i fautori della giurisdizione ordinaria ritenevano che il provvedimento di respingimento alla frontiera rappresentasse, per omogeneità contenutistica e funzionale, una *species* rispetto al *genus* provvedimento di espulsione rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario<sup>12</sup>.

---

11. Per un approfondito commento a Corte cost. 257/2017, si veda P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista* n. 1.2018.

12. La tesi favorevole alla giurisdizione ordinaria, è accolta dal Tar Sicilia «*in quanto, come ha avuto recentemente occasione di ribadire questo Tribunale in fattispecie analoghe ... ed in applicazione del principio ormai consolidato in giurisprudenza, mentre rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa al diniego o mancato rinnovo del permesso di soggiorno (provvedimenti discrezionali e non vincolati) è invece rimessa al giudice ordinario la cognizione delle impugnative avverso gli atti concernenti l'espulsione amministrativa dello straniero ...nel caso in esame il*



### 3. La sentenza n. 15115/2013 delle Sezioni unite

La questione fu risolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, con sentenza 17.6.2013, n. 15115, a seguito di proposizione di regolamento di giurisdizione, per quanto concerne i respingimenti differiti<sup>13</sup>.

È stata affermata la sussistenza della giurisdizione ordinaria, sulla scorta delle seguenti considerazioni: *«il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-preupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, TU) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale nelle sue forme del riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria ovvero che impongono misure di protezione per motivi umanitari... pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario»*. Inoltre, la competenza è del Tribunale territorialmente competente *«non potendosi ... applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista ... per l'impugnazione dei provvedimenti di espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.»*.

Per quanto concerne la giurisdizione relativa alle impugnazioni dei respingimenti immediati, il Consiglio di Stato, III sez., con sentenza 13.9.2013 n. 4543, sulla scia della citata sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, ha stabilito la giurisdizione del giudice ordinario anche per questa tipologia di respingimenti. La motivazione del supremo organo di giustizia amministrativa chiarisce molto bene la differenza tra respingimenti ed espulsioni: *«... il potere di respingimento è lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza tra le due fattispecie considerate dall'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è il respingimento in limine, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione ... Tuttavia, nelle ipotesi considerate dal comma 2 (respingimento differito) la norma consente – a titolo eccezionale – che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del comma 2 si risolvono in una fictio iuris per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora in limine e quindi soggetto a quel potere di respingimento che – senza la fictio iuris – non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero»*.

---

*Collegio non ha ragione di discostarsi dal predetto orientamento (peraltro ribadito da questo Tribunale con le recentissime sentenze nn. 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94 e 95 del 22 gennaio 2009), in base alla considerazione che il provvedimento di respingimento alla frontiera rappresenta, per omogeneità contenutistica e funzionale, una species rispetto al genus – provvedimento di espulsione – rientrando ... nella giurisdizione del giudice ordinario»* (Tar Sicilia, 4.6.2009, n. 668, e negli stessi termini Tar Campania 3.7.2007, n. 6441 e Tar Calabria, 26.4.2006, n. 432).

13. Per un commento a tale decisione, sia consentito un rinvio a G. Savio, *La Cassazione attribuisce al giudice ordinario la cognizione sulla legittimità dei respingimenti differiti*, in questa Rivista, n. 2.2013 p. 81 ss.

In conclusione, la competenza a dirimere le controversie in materia di respingimenti è stata attribuita al Tribunale ordinario in composizione monocratica per via giurisprudenziale.

In buona sostanza la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il potere statale di respingere alla frontiera sia correlato all'accertamento di due condizioni: una positiva (la ricorrenza delle condizioni normativamente previste dall'art. 10, TUI), ed una negativa (l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento di alcuna forma di protezione, sia tipica che complementare, nonché di alcuna condizione di inespellibilità). Pare utile precisare, a questo proposito, che – secondo la citata sentenza delle SU – *«il predetto accertamento negativo, che costituisce requisito di legittimità del decreto di respingimento del questore, è diverso e indipendente dal procedimento di accertamento spettante alle Commissioni territoriali: esso, perchè svolto per la verifica del requisito di legittimità del provvedimento di respingimento del questore, non interferisce con le competenze demandate alle Commissioni territoriali ... alle quali spetta di accertare ... la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello status di rifugiato e delle altre misure di protezione ... l'accertamento in discorso si esprime in valutazioni necessariamente sommarie, stante l'intrinseca urgenza, e del tutto incidentali».*

Dal che si desume la riconducibilità alla categoria dei diritti soggettivi dello straniero oggetto di respingimento, non importa se immediato o differito nel tempo.

#### **4. La circolare 18.1.2019 emanata dal Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno**

Costituendosi in un giudizio avverso un respingimento immediato tuttora pendente innanzi la Sezione specializzata per l'immigrazione del Tribunale di Milano, l'Avvocatura distrettuale sollevò il difetto di giurisdizione del giudice ordinario richiamando il contenuto della circolare ministeriale n. 4007A/2019/12.214.18.2 del 18.1.2019, avente ad oggetto il d.l. 113/2018, convertito in l. 132/2018. Nell'occasione il Dicastero forniva indicazioni operative ai propri organi periferici a proposito del c.d. "decreto Salvini", e, dopo avere analizzato le ragioni per cui era stata attribuita al Giudice di pace la materia dei respingimenti differiti (il rischio di una dichiarazione di incostituzionalità), così si esprimeva: *«Appare evidente che tali caratteristiche di afflittività e compressione [restrizione della libertà personale conseguente all'accompagnamento coattivo alla frontiera, propria del respingimento con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore] non attengano alla diversa misura del c.d. respingimento "immediato" alla frontiera previsto dal primo comma dell'art. 10 TUI. Tale provvedimento amministrativo, che trova il suo fondamento nel diritto unionale, è da considerarsi esercizio del diritto alla sovranità territoriale degli Stati Membri, con cui si impedisce allo straniero, non in possesso dei requisiti di ingresso e di soggiorno, di entrare nel territorio nazionale ed in quello dell'Unione europea. In merito all'impugnazione di tale provvedimento autoritativo ed immediato, quindi, alla luce del silenzio conservato sul punto dalla novella legislativa e in mancanza, di una previsione legislativa espressa che rinvii alla competenza del giudice ordinario, si può ritenere, argomentando a contrario, che rimangano applicabili i tradizionali canoni di riparto della giurisdizione che fanno ricadere tale fattispecie nel perimetro della giurisdizione amministrativa».*

Riemerge così nuovamente la tesi, come abbiamo visto minoritaria in giurisprudenza, e disattesa soprattutto dalla stessa giurisprudenza amministrativa<sup>14</sup>, che fonda sulla natura autoritativa dei provvedimenti di respingimento l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione delle controversie in materia di respingimenti immediati, successivamente fatta propria dal legislatore del 2023, con la disposizione in commento.

## 5. Le conseguenze dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie in tema di respingimento immediato: prime analisi

La recentissima riforma in questione lascia perplessi sotto molteplici aspetti<sup>15</sup>.

### 5.1. Rilevi di carattere sistematico

Il riparto di giurisdizione che deriva dall'opzione legislativa in commento pare del tutto illogico e dettato da scelte estemporanee. Infatti, continuano a rientrare nell'alveo della giurisdizione ordinaria tutte le controversie inerenti le espulsioni amministrative (anche quelle per ingresso illegale di cui all'art. 13, co. 2, lett. a), TUI che si applicano allo straniero che è entrato nel territorio nazionale eludendo i controlli di frontiera, senza essere stato respinto, ragion per cui si tratta di misura finitima al respingimento immediato), e quelle inerenti il respingimento differito, ed è pertanto priva di razionalità l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sui respingimenti immediati. Se è indubbio l'esercizio del potere autoritativo dello Stato volto alla salvaguardia dei confini nei casi di respingimento immediato, è parimenti indubbio che lo stesso potere riguarda sia il respingimento con accompagnamento disposto dal questore che l'adozione del provvedimento espulsivo per ingresso illegale<sup>16</sup>, non esistendo alcuna differenza ontologica tra i tre citati provvedimenti. Ed allora è destituita di ogni ragionevolezza l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa nel primo caso ed alla giurisdizione ordinaria negli altri due. E ciò ancor di più in considerazione che la scelta tra l'adozione dell'uno o dell'altro provvedimento ablativo dipende da circostanze fattuali non necessariamente dipendenti dalla volontà dello straniero (essere fermati subito dopo l'ingresso illegale, ovvero *in limine*). Tant'è vero che la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4543/2013 afferma a chiare lettere che «*il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero*» sia nelle ipotesi di respingimento immediato che in quelle di respingimento differito, cui consegue l'irragionevolezza del riparto di giurisdizione, atteso che situazioni identiche soggiacciono a giurisdizioni differenti.

---

14. Il citato orientamento giurisdizionale può considerarsi non solo consolidato, ma attualissimo. Si vedano, al riguardo Tar Lazio, III sez. ord. n. 4981/2023, pubblicata il 5.8.2023; Tar Puglia, III sez. sent. n. 997/2023, pubblicata il 13.7.2023; *idem* sent. n. 852/2023, pubblicata l'8.6.2023; Tar Lombardia, sez. III, sent. n. 392/2023, pubblicata il 13.2.2023; Tar Veneto, sez. III, sent. n. 272/2023, pubblicata il 27.2.2023; Tar Piemonte, sez. I, sent. n. 134/2023, pubblicata il 3.2.2023; Tar Puglia, sez. III, sent. n. 169/2023, pubblicata il 26.1.2023.

15. L'elaborazione di queste considerazioni è frutto di un confronto con alcuni soci e socie ASGI. L'autore intende ringraziare, in ordine alfabetico, Paolo Bonetti, Maria Teresa Brocchetto, Alberto Guariso, Alessandro Praticò, Maria Cristina Romano, Mario Savino e Nazzarena Zorzella per i rilevanti contributi offerti.

16. D'altronde l'attribuzione delle controversie sulle espulsioni amministrative al giudice ordinario risponde all'esigenza di rendere effettivo il diritto di difesa innanzi ad un "Giudice di prossimità".



### 5.2. La dubbia motivazione della scelta legislativa

Un secondo profilo di perplessità riguarda i motivi che hanno indotto il legislatore alla scelta della giurisdizione amministrativa per tali procedure, in assenza di una procedura di infrazione da parte della Commissione. Tant'è vero che la disposizione in questione è stata introdotta, a seguito di un emendamento del Relatore, dall'art. 18, l. 10.8.2023, n. 103, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 13.6.2023, n. 69 (c.d. decreto "salva infrazioni"), recante «*disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*», ma non era prevista nell'originario decreto-legge.

La tesi – desumibile dalla citata circolare ministeriale n. 4007A/2019/12.214.18.2 del 18.1.2019 – secondo cui nei casi di respingimento immediato lo straniero non entra nel territorio dello Stato e, quindi, viene impedita solo la sua libertà di circolazione e non anche quella personale (che viene compressa nell'accompagnamento alla frontiera) sicché non trovano applicazione le garanzie costituzionali di cui all'art. 13, co. 2 Cost., pur essendo pienamente condivisibile, non pare sufficiente a negare la titolarità di diritti soggettivi, per la semplice ragione che altre fondamentali garanzie costituzionali – diverse da quelle inerenti la libertà personale – rilevano in siffatte circostanze (al netto, ovviamente, dei respingimenti nelle zone di transito aeroportuali che si protraggono per giorni e settimane *sine titolo*, che illegittimi erano e illegittimi restano). Basterebbe far mente alla motivazione della citata sentenza 15115/2013 delle Sezioni unite: l'accertamento negativo, sia pure incidentale, che riguarda la legittimità del decreto di respingimento concerne il diritto di asilo, il rispetto del principio di *non refoulement*, ma anche la tutela del diritto all'unità familiare, la tutela del diritto alla salute, ogni forma di protezione, le numerose cause di inespellibilità, tutti ambiti che ineriscono diritti soggettivi perfetti che godono di tutela internazionale, convenzionale e costituzionale (a condizione, ovviamente, che il respinto alla frontiera sia messo nelle condizioni pratiche di potere esercitare tali diritti).

Nemmeno parrebbe a prima vista dirimente la necessità di adeguare l'ordinamento interno al regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18.9.2018, che istituisce un Sistema europeo di informazione ed autorizzazione ai viaggi (ETIAS)<sup>17</sup>, tant'è che la stessa legge n. 103/2023 ha modificato l'art. 4 TUI, introducendo (tra l'altro) nel comma 1 la previsione per cui i cittadini di Paesi terzi in esenzione da visto hanno l'obbligo di produrre tale documento al momento dell'ingresso nel territorio dello Stato.<sup>18</sup> In caso di rigetto o di revoca dell'autorizzazione, il diniego è notificato via mail ed è impugnabile innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 4, co. 2-*bis*, TUI. Orbene, a parere di chi scrive la devoluzione alla giustizia amministrativa di tali controversie non ha una rilevanza diretta con l'attribuzione alla stessa giurisdizione dei respingimenti alla frontiera, posto che

17. Per una attenta analisi del sistema ETIAS, cfr. G. Del Turco, *Le procedure autorizzatorie pre-ingresso dei cittadini extraUE: quale giusto procedimento?*, in questa Rivista n. 2.2022.

18. Non è questa la sede per l'approfondimento delle nuove procedure di autorizzazione preventiva all'ingresso, basti ricordare – per quanto rilevi in questo commento – che si tratta di una procedura informatizzata volta ad individuare anticipatamente i rischi connessi alla sicurezza ed alla prevenzione delle migrazioni irregolari. L'autorizzazione si ottiene previa compilazione di un modulo inviato telematicamente e previo pagamento dei diritti. Il sistema centrale ETIAS effettua un controllo incrociato delle informazioni fornite dal richiedente con altre banche dati (SIS, EURODAC, EUROPOL ...) e, se il riscontro è negativo, il sistema rilascia automaticamente e velocemente l'autorizzazione di viaggio di durata triennale, mentre, se emergono elementi di rischio, il sistema centrale trasferisce la pratica all'unità centrale ETIAS per un controllo manuale, all'esito del quale se si tratta di un falso allarme viene rilasciata l'autorizzazione, diversamente si procede ad ulteriori approfondimenti.

già prima era (ed è) devoluta a tale giurisdizione la materia del rifiuto dei visti d'ingresso, con eccezione di quelli inerenti il ricongiungimento familiare. Inoltre, il nuovo sistema ETIAS si applica ai cittadini extraUE che possono accedere all'area Schengen in esenzione del visto e serve fundamentalmente ad evitare il fenomeno dei c.d. *overstayers*. Infine, siccome il vettore non può trasportare persone in esenzione da visto nel territorio dell'Unione europea prive dell'autorizzazione ETIAS, si esternalizza e privatizza il controllo delle frontiere esterne, con prevedibile riduzione dei respingimenti immediati, il che, però, avrà come conseguenza un incremento delle migrazioni illegali, specie da taluni Stati sudamericani o dall'Albania cui corrisponderà un aumento di espulsioni o di respingimenti differiti. In conclusione, poiché non sono chiaramente intelligibili le ragioni che hanno indotto il legislatore a ritenere che lo straniero respinto alla frontiera non sia mai titolare di un diritto soggettivo, pare di poter ritenere che si tratti di una scelta estemporanea, priva di intrinseca ragionevolezza.

### 5.3. Diritti soggettivi vs. interessi legittimi: ipotesi di giurisdizione esclusiva?

L'individuazione della posizione giuridica è utile solo a determinare il giudice competente: se è la legge stessa a individuare il giudice, come avviene in questo caso, non serve più discettare sulla posizione giuridica, perché in quella materia, il giudice amministrativo si occuperà di tutte le controversie, a prescindere dalla natura della posizione soggettiva, salvo verificare, in concreto, quale procedura sia più idonea alla tutela effettiva dei diritti di cui lo straniero è portatore, che variano caso per caso, essendo evidente che differente è la posizione di chi si presenta al valico di frontiera per ragioni di turismo e quella di chi si presenta per chiedere protezione.

Però<sup>19</sup>, quando il legislatore intende ampliare l'elenco delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (oltre a quelle già inserite nell'art. 133 c.p.a.), come la Costituzione gli consente di fare, lo fa espressamente, cioè indicando la devoluzione della specifica materia a quel giudice. Il recente intervento legislativo, invece, si limita a prevedere «*Contro i provvedimenti di respingimento alla frontiera di applicazione immediata adottati ai sensi del comma 1 è ammesso ricorso al Tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede...*». Con una formulazione analoga all'art. 23, comma 5 d.lgs. 142/2015 per la revoca delle misure di accoglienza, di cognizione dei Tar. Non pare che possa sostenersi facilmente che, sulla base del tenore testuale della norma, l'impugnazione dei provvedimenti di respingimento alla frontiera sia ora attratta nella giurisdizione esclusiva dei Tar. A maggior ragione se si considera che l'ipotetica materia "particolare" dei respingimenti soffrirebbe di quella frammentazione di giurisdizione già ricordata, a seconda che si tratti di respingimenti immediati o differiti o di espulsioni, ostacolando la stessa configurazione teorica di una materia a sé, suscettibile di un trattamento particolare in tema di giurisdizione. È quindi probabile che il legislatore abbia solo voluto mettere per iscritto quella assenza di diritti alla frontiera teorizzata nella circolare ministeriale del 2019 e che occorrerà presto tornare alle SU della Cassazione per contrastare questa ricostruzione.

Ad ogni buon conto, indipendentemente dal fatto che la posizione giuridica dello straniero respinto alla frontiera sia riconducibile alla categoria dei diritti soggettivi o degli interessi legittimi, certo è che qualsiasi giudice, non rileva se ordinario o amministrativo, non

19. Le considerazioni qui esposte sono il frutto di un vivace confronto con l'avvocata Maria Teresa Brocchetto.

può discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale descritto al paragrafo 3 di questa indagine.

#### 5.4. *Quale procedura è più idonea a garantire l'effettività della tutela nel respingimento immediato?*

In verità, il vero nocciolo della questione consiste nella possibilità concreta di fare emergere eventuali situazioni meritevoli di tutela di cui sia titolare lo straniero respinto in frontiera e, in particolare, come dare attuazione effettiva alla previsione – astrattamente prevista dall'art. 10, co. 4, TUI – secondo cui alcun respingimento può essere disposto «*nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello status di rifugiato ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari*», unitamente a tutte le cause d'inespellibilità previste all'art. 19 TUI al pari della tutela delle persone vulnerabili. La modalità di attuazione dei respingimenti immediati è ambigua, posto che l'art. 10, co. 3, TUI prevede che l'immediatezza esecutiva sia circoscritta alla «*presa in carico*» dello straniero da respingere da parte del vettore che l'ha condotto alla frontiera, senza specificazioni temporali circa i tempi e i modi di esecuzione del provvedimento ablativo, a differenza di quanto previsto dall'art. 14 § 2 del codice delle frontiere Schengen secondo cui il provvedimento di respingimento è di «*applicazione immediata*»<sup>20</sup>. Nemmeno soccorre la previsione di cui all'art. 10, co. 5, TUI che prescrive l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera allo straniero respinto, attesa l'assoluta genericità di tale formula. Invero, si possono verificare casi in cui l'accertamento delle condizioni ostative all'ingresso costituiscano attività vincolata e siano di rapido accertamento (es. segnalazione al S.I.S, presenza di condanne ostative, passaporto scaduto di validità), ovvero situazioni il cui accertamento presenti margini di discrezionalità (es. giustificazioni dello scopo del viaggio e delle condizioni di soggiorno) o richieda un approfondimento maggiore (es. condizioni di vulnerabilità, informazioni circa la possibilità di manifestare la volontà di chiedere protezione internazionale). Ebbene, ai fini di questa indagine preme verificare quale giurisdizione sia più idonea a garantire in concreto la tutela effettiva di queste situazioni che possono essere astrattamente declinate, caso per caso, sia in termini di interessi legittimi che di diritti soggettivi.

Secondo l'orientamento oggi prevalente «*il giudice amministrativo deve considerarsi ormai dotato delle medesime tecniche di tutela del giudice ordinario, secondo l'indirizzo già presente nella sentenza n. 140/2007 della Consulta*»<sup>21</sup> e si ritiene pertanto superata la qualificazione del giudizio amministrativo come meramente impugnatorio perché «*quando il giudizio involga diritti fondamentali della persona (da porre in bilanciamento con i valori della sicurezza e della sostenibilità dei flussi migratori), questo non deve avere come baricentro l'atto bensì il rapporto, e deve tendere allo scrutinio della fondatezza della pretesa sostanziale azionata*»<sup>22</sup>; pertanto, la questione rilevante non è tanto quella dei poteri di sindacato delle diverse giurisdizioni in astratto quanto, piuttosto, quella che meglio garantisce – anche in termini di accesso e agibilità della procedura – la tutela della posizione giuridica soggettiva oggetto dell'impugnazione del provvedimento di respingimento immediato.

20. R. Cherchi, *op. cit.*, p. 43.

21. G. Tropea, *Il dibattito sull'ubi consistam del giudice amministrativo in materia migratoria*, in *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Atti del V convegno dell'Accademia di diritto e migrazioni (ADiM), p. 248.

22. G. Tropea, *ibidem*, p. 251.

A questo fine, pare dirimente la considerazione che il giudice amministrativo può sindacare l'esercizio del potere discrezionale della Pubblica amministrazione nei limiti dell'eccesso di potere (dallo sviamento di potere e altre figure sintomatiche, fino alla violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità), mentre non può intervenire nel merito, cioè sostituirsi alla Pubblica amministrazione nello stabilire quale peso relativo assegnare all'interesse pubblico rispetto agli interessi privati, a patto che quei motivi (ad es. di sicurezza) siano adeguatamente circostanziati nella motivazione e che da questa si desuma come sia stato effettuato il bilanciamento degli interessi contrapposti<sup>23</sup>. Il giudice amministrativo può annullare il provvedimento impugnato, ma sarà poi l'amministrazione pubblica ad adeguarsi alle sue indicazioni (con i tempi e con i modi che le sono propri), a differenza del giudice ordinario che ha la possibilità di ordinare all'amministrazione il rilascio di un visto d'ingresso o di un permesso di soggiorno per motivi di protezione complementare, di salute, di cure mediche, ovvero di ordinare di raccogliere la manifestazione volontà di chiedere asilo, ecc. Sono ben note le difficoltà che l'Amministrazione dell'interno frappone all'esecuzione delle disposizioni giudiziali ma, nella prassi, un conto è un ordine giudiziale che riconosce un diritto, e un altro un provvedimento di annullamento che obbliga l'amministrazione a rideterminarsi autonomamente, pur seguendo i principi eventualmente dettati dal giudice amministrativo. E nel frattempo lo straniero resta nel Paese di destinazione.

Infine non sono neppure da sottacersi rilevanti difficoltà di ordine pratico ad iniziare da quello economico: il contributo unificato di un ricorso al Tar in questa materia ammonta a 300€ e la presentazione di una domanda di ammissione al patrocinio pubblico nell'interesse di una persona straniera che si trova fuori dal territorio dello Stato è impresa ardua, al pari del conferimento della procura alle liti presso l'autorità consolare italiana all'estero che fissa appuntamenti a distanza di mesi dalla richiesta, con il rischio di lasciare decorrere i termini per l'impugnazione (quest'ultimo profilo problematico riguarda la procura alle liti rilasciata dall'estero per tutte le impugnazioni, a prescindere dalla giurisdizione).

## 6. Considerazioni conclusive

Volendo tirare le fila di questo primo commento a caldo della nuova previsione, senza alcuna presunzione di completezza, ma al fine di stimolare ulteriori riflessioni e approfondimenti su un tema così delicato come quello dei respingimenti, salta agli occhi, con solare evidenza, un utilizzo a dir poco sfrontato del riparto giurisdizionale, privo di alcuna giustificazione razionale, stante la dimostrata frammentazione dei rimedi giudiziali esperibili a fronte di provvedimenti omogenei tra loro in quanto aventi ad oggetto il medesimo interesse pubblico: il controllo delle frontiere. Riprendendo la felice espressione del Consiglio di Stato *«il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero»*.

Siccome nessuna procedura d'infrazione (che, peraltro non parrebbe sussistere nel caso di specie) può imporre agli Stati membri quale giurisdizione adottare, l'opzione esercitata dal Governo italiano ha un'unica giustificazione: allontanare il più in fretta possibile gli stranieri che l'autorità amministrativa di pubblica sicurezza ritiene non meritevoli dell'ingresso sul territorio dello Stato, ed impedire che un giudice possa ordinarne l'ingresso. Così, sull'altare della celerità si cancella, con un tratto di penna agostano, un decennio di

---

23. Queste considerazioni conseguono ad un utile confronto tra chi scrive ed il prof. M. Savino.

giurisprudenza costante e consolidata. Non a caso, forse, nei venticinque anni di vita del TUI la tutela giudiziaria degli stranieri respinti non è mai stata oggetto di attenzione da parte del legislatore, se non perché obbligato da una paventata dichiarazione d'incostituzionalità ed ora, in vista di un prevedibile incremento dell'istituto per fronteggiare "l'invasione barbarica" che preme ai confini delle nostre frontiere.