

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2020

ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO E ALTRI LIMITI COSTITUZIONALI AL RESPINGIMENTO

SOVRANITÀ STATALE E PERICOLI DI ALLONTANAMENTO DALLA COSTITUZIONE

di Filippo Scuto

Abstract: *L'articolo si sofferma sui limiti costituzionali al respingimento e, in particolare, sui limiti derivanti dalla necessità di garantire effettiva tutela al diritto di asilo. Prendendo le mosse da un inquadramento del tema sul piano costituzionale, l'analisi mette in rilievo la portata dei limiti costituzionali al respingimento anche nell'ottica del superamento di una sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi dei cittadini stranieri nel territorio italiano. Successivamente, il lavoro affronta la questione dei "porti chiusi" e della relativa disciplina introdotta dal legislatore evidenziandone le criticità, anche alla luce di alcuni recenti interventi da parte del giudice e, in particolare, della Corte di Cassazione. Nel quadro normativo delineato dal TU dell'immigrazione, vengono poi analizzati i limiti al respingimento, le attuali questioni relative alla disciplina del respingimento differito dopo gli ultimi interventi legislativi, nonché il caso dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali. Le considerazioni conclusive del lavoro si soffermano sui ritardi dell'Unione europea nello sviluppo di una politica comune dell'immigrazione e sul ricorso a politiche di respingimento che si ripercuotono negativamente sulla tutela del diritto di asilo. In questo contesto, sul piano dell'ordinamento italiano, risulta evidente la necessità di un riallineamento della disciplina dei respingimenti e, più in generale, del diritto di asilo, rispetto ai principi costituzionali.*

Abstract: *The article focuses on the constitutional limits to refoulement, particularly on those deriving from the need to guarantee the right to asylum. Starting from a constitutional framework, the analysis highlights the importance of these constitutional limits also in light of a different approach to State sovereignty which can't be considered as a generalized limit to the entry of aliens. The essay deals with the critical issue of "closed harbors" (porti chiusi) and its regulation provided by the law, taking in consideration some recent interventions by the judge. The limits to refoulement are also analyzed considering Testo Unico dell'immigrazione after the last legislative interventions, as well as the case of refoulement in the international zones of Italian Airports. Finally, the article analyses the problematic aspects of the EU common immigration policy and their impact on the effective protection of right to asylum. In this context, the need for a different regulation of refoulement in the Italian Law is underlined in order to respect Constitutional Principles.*

ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO E ALTRI LIMITI COSTITUZIONALI AL RESPINGIMENTO

SOVRANITÀ STATALE E PERICOLI DI ALLONTANAMENTO DALLA COSTITUZIONE*

di Filippo Scuto**

SOMMARIO: 1. La posizione di “debolezza” del respingimento nel quadro costituzionale. – 2. I limiti costituzionali al respingimento e il necessario superamento della sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi – 3. I “porti chiusi”: l’allontanamento dalle coste italiane e dalla Costituzione. – 4. Gli interventi del giudice e l’insorgere di ulteriori contraddizioni: una conferma della necessità di abrogare le norme sulla chiusura dei porti. – 5. I limiti al respingimento ricavabili dal TU sull’immigrazione. – 6. I nodi attuali del respingimento differito. – 7. Il caso emblematico dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali. – 8. Le inefficienze dell’Unione europea e l’esigenza di un riallineamento rispetto ai principi costituzionali.

1. La posizione di “debolezza” del respingimento nel quadro costituzionale

Il tema del respingimento alla frontiera dello straniero e dei suoi limiti costituzionali va considerato, allo stato attuale, come una delle questioni di primaria importanza in materia di immigrazione e gestione dei flussi migratori. Questa affermazione è innanzitutto legata al fatto che si tratta di uno degli istituti del diritto dell’immigrazione più controversi e lacunosi sul piano delle previsioni legislative nazionali e dell’Unione europea¹. Al tempo

* L’articolo prende spunto dal testo, riveduto e aggiornato, della relazione tenuta il 25 giugno 2019 nel seminario di studi su «Il respingimento dello straniero» organizzato dal Dipartimento di giurisprudenza dell’Università degli studi Milano-Bicocca, insieme con ASGI (Associazione per gli studi giuridici sull’immigrazione) e con ADIM (Accademia diritto e immigrazione).

** Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Milano.

1. Ci si riferisce, rispettivamente, alle norme del TU sull’immigrazione e al Codice di attraversamento delle frontiere Schengen (Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio) e, in particolare, al suo art. 14. L’art. 10 TU imm., ai commi 1 e 2, prevede che «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente Testo unico per l’ingresso nel territorio dello Stato. Il respingimento con accompagnamento alla frontiera è altresì disposto dal questore nei confronti degli stranieri: a) che entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all’ingresso o subito dopo; b) che, nelle circostanze di cui al comma 1, sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». In base all’art. 14 del Codice di attraversamento delle frontiere Schengen «1. Sono respinti dal territorio degli Stati membri i cittadini di Paesi terzi che non soddisfino tutte le condizioni d’ingresso previste dall’articolo 6, paragrafo 1, e non rientrino nelle categorie di persone di cui all’articolo 6, paragrafo 5. Ciò non pregiudica l’applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d’asilo e alla protezione internazionale o al rilascio di visti per soggiorno di lunga durata. 2. Il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise. Il provvedimento è adottato da un’autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d’applicazione immediata». Questo Regolamento è andato a modificare il precedente Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento

stesso, è uno degli strumenti maggiormente utilizzati nell'ambito delle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare. Inoltre, il respingimento alla frontiera dello straniero privo dei requisiti per l'ingresso nel territorio statale genera non poche problematiche in relazione all'esigenza di tutela del diritto di asilo di cui all'art 10, terzo comma, Cost. Un ricorso pressoché generalizzato alla pratica del respingimento, infatti, può negare in partenza l'accesso al diritto d'asilo ai migranti che potenzialmente potrebbero ricevere una delle forme di protezione previste dalla normativa europea e nazionale. Sotto questo profilo, diventano dunque decisivi i limiti desumibili dal quadro costituzionale e quelli che possono essere previsti a livello di fonti primarie.

L'ampio utilizzo della politica dei respingimenti si traduce, nei fatti, in una molteplicità di azioni e interventi che possono essere ricondotti a un unico obiettivo comune che consiste nell'impedire l'ingresso nel territorio statale: sotto questo profilo, pur nelle diversità sul piano formale, appare opportuno ricondurre alla categoria del respingimento, oltre al respingimento in senso stretto (il c.d. *refoulement*), il respingimento differito, le c.d. politiche di non arrivo (che vanno dai respingimenti in alto mare alla politica dei "porti chiusi"), nonché l'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori (nei confronti, ad esempio, della Turchia e della Libia) nel senso che si cercherà di evidenziare in questo lavoro. Queste e altre misure, come la costruzione di muri alle frontiere terrestri, hanno contribuito negli ultimi anni a migliorare l'efficacia delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare in Italia e negli altri Paesi europei. Si tratta, del resto, di una tendenza che non può considerarsi recente. Da tempo, infatti, e non soltanto in Italia, vengono adottate misure spesso mutevoli nelle forme la cui finalità consiste sempre, però, nell'evitare l'arrivo di richiedenti asilo e la loro permanenza nel territorio².

Prima di soffermarsi sulle questioni specifiche che verranno affrontate, è necessario partire da un dato. La misura del respingimento contiene in sé diversi aspetti problematici in relazione ai principi costituzionali e alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Più le procedure tendono a semplificarsi, infatti, più aumenta il rischio che non venga svolto un esame approfondito della condizione individuale dello straniero presente alla frontiera che va incontro a un provvedimento di respingimento. Esame che, però, è essenziale per

europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che, già nel 2006, aveva istituito un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

2. Come del resto è possibile desumere dai commenti forniti nel tempo dalla dottrina in relazione alle varie forme di respingimento tra i quali, si rimanda a E. Grosso, *I respingimenti in mare: quando i Governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, n. III/2009, pp. 22 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 15 ss.; L. Marantea, *La prassi del respingimento alla frontiera e il diritto di asilo. In margine alla vicenda della Cap Anamur*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, fasc. 29, 2008, p. 136 ss.; C. Morselli, *Il "potere militare" di respingimento in mare e il "diritto mobile" sugli immigrati*, in *Dir. pen. e proc.*, fasc. 3, 2010, p. 356 ss.

stabilire se il singolo sia bisognoso di protezione. Si tratta, in questo caso, di un dato di fatto che genera, come conseguenza naturale, il pericolo di uno svuotamento del diritto di asilo costituzionale. Il mancato esame della condizione individuale, infatti, comporta l'aggiramento, se non la negazione, dei due principi che rappresentano la premessa ineludibile per garantire effettività alla tutela del diritto di asilo: il divieto di espulsioni collettive e il principio di non-respingimento (o divieto di *refoulement*) così come tutelati dal diritto internazionale³, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 19, rispettivamente primo e secondo comma)⁴ e dallo stesso ordinamento italiano⁵.

Se questi divieti vengono aggirati, mancano le precondizioni per garantire effettiva tutela al diritto di asilo e dare applicazione all'art. 10, terzo comma, Cost.⁶ Di conseguenza, tali principi e, in particolare, il principio di *non-refoulement*, si configurano come un'estrinsecazione del diritto di asilo⁷. Il che li fa rientrare, evidentemente, tra i limiti ai respingimenti che assumono rilievo costituzionale. Peraltro, merita una riflessione il fatto che alla base della tutela del diritto di asilo esista un principio, quello di *non-refoulement*, appunto, la cui denominazione stessa tende a negare alla radice, in un certo senso, la praticabilità del respingimento. Del resto, affermare che l'adozione di questa misura dia luogo, quasi inevitabilmente, a una serie di problematiche appare difficilmente

3. Secondo quanto disposto dall'articolo 33 della Convenzione del 1951 relativa allo statuto dei rifugiati, è vietato il respingimento dello straniero verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche. Inoltre, il principio è tutelato, sulla base della giurisprudenza fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche dall'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Per quanto riguarda il divieto di espulsioni collettive, esso è previsto dall'art. 4, protocollo 4, della CEDU.

4. Come noto, in base all'art. 19. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il principio di *non-refoulement* si concretizza nella seguente formula: «nessuno può essere allontanato, espulso, o estradato verso uno stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Tale principio è inoltre affermato nell'articolo 78, paragrafo 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Il medesimo articolo, vieta, nel primo paragrafo, le espulsioni collettive.

5. In maniera non dissimile rispetto al contenuto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'art. 19, co. 1, del TU immigrazione prevede, in relazione al divieto di respingimento, che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'extradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani».

6. Sul punto, sia consentito il rinvio a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 216 ss.

7. Cfr., sul punto A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in Costituzionalismo.it, fasc. 1, 2017, p. 173 che, in riferimento, al diritto di asilo costituzionale evidenzia come quest'ultimo ragioni di "effettivo impedimento" e che quindi operi guardando all'effettività: uno Stato è sicuro quando garantisce *effettivamente* una tutela al richiedente asilo o al rifugiato. Un approccio – quello fondato sulla garanzia concreta – che è una costante nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

confutabile se si tengono in considerazione le ragioni che si sono qui brevemente richiamate.

Questo nodo di fondo fa emergere abbastanza chiaramente una questione preoccupante. Negli ultimi anni si osserva una distanza sempre maggiore tra la disciplina dell'asilo sulla carta e la sua sempre più complicata capacità applicativa. Tale affermazione si riferisce sia al mancato arrivo o all'allontanamento di migranti già entrati nel territorio italiano (come nel caso della politica dei "porti chiusi"), sia in relazione a quanto si verifica successivamente all'ingresso nel territorio laddove le procedure tendono a divenire sempre più sbrigative e sommarie.

La normativa italiana sul diritto di asilo che, come noto, è in buona parte di derivazione europea⁸, ha consentito, quantomeno sul piano formale e prima dei recenti interventi contenuti nei c.d. decreti sicurezza⁹, un soddisfacente livello di tutela per le persone bisognose di protezione. I problemi, dunque, emergono sul piano dell'effettività del diritto e si moltiplicano in ragione della commistione che si crea tra le politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e l'ambito di applicazione del diritto di asilo.

In questo contesto, viene dunque a mancare quello che può essere considerato come l'elemento primario e imprescindibile in relazione alla tutela del diritto di asilo: la concreta possibilità di ingresso nel territorio dello Stato che rappresenta la precondizione ineludibile

8. Come noto, infatti, a partire dal 2005 l'Italia è andata sviluppando una normativa sul diritto di asilo che deriva dal recepimento della normativa europea e, in particolare, di una serie di direttive adottate dall'Unione. Cfr., sul punto, P. Bonetti, *Il diritto di asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione temporanea*, in questa *Rivista*, n. 1.2008, p. 93 ss. e, nella stessa *Rivista*, M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, n. 2.2010, p. 36 ss. ed a D. Consoli, G. Schiavone, *Verso una migliore tutela dello straniero che chiede asilo? Analisi delle principali novità in materia di diritto di asilo introdotte a seguito del recepimento della direttiva 2005/85/CE con il d.lgs. 25/2008 e il d.lgs. 159/2008*, n. 3-4.2008, p. 88 ss.

Inoltre, l'interpretazione che della tutela del diritto di asilo derivante dalla disciplina dell'Unione europea è stata di recente fornita dalla Corte di giustizia, appare finalizzata all'ottenimento di un soddisfacente livello di tutela del diritto. Sul punto si rinvia a E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, in Federalismi.it, n. 2, 2019, p. 33, che rileva come la Corte di giustizia (CGUE grande sezione sentenza 19 maggio 2019 cause riunite c 391/16, c 77/17 e c 78/17) abbia fornito un'interpretazione in linea con il sistema ONU ed il sistema CEDU rispetto alla limitazione della discrezionalità degli Stati in materia di bilanciamento fra sicurezza e protezione del non cittadino. Inoltre, il sistema di asilo comune europeo viene immaginato come spazio normativo di promozione delle politiche nazionali che portano all'incremento dei livelli di tutela dei diritti dei rifugiati e non come "non luogo" normativo in cui gli Stati sono liberi di esercitare la loro discrezionalità nel bilanciamento fra sicurezza e diritto individuale d'asilo. Recentemente, peraltro, la Corte di giustizia – Corte di giustizia (Prima Sezione), *M.A., S.A., A.Z. c. The International Protection Appeals Tribunal, Minister for Justice and Equality, Attorney General, Ireland*, Causa C-661/17, sentenza 23 gennaio 2019 – è intervenuta in materia anche per quel che concerne gli effetti della Brexit. In tale decisione, infatti, si afferma che il recesso del Regno Unito non andrà ad incidere sugli obblighi derivanti in capo ad esso in forza della Convenzione di Ginevra e della CEDU. La Corte ha applicato tale criterio in relazione al principio di non respingimento e al diritto di non subire atti di tortura o trattamenti disumani o degradanti che costituiscono i fondamenti del sistema europeo comune di asilo. Sul punto, e, più in generale sulla sentenza e i suoi effetti, si veda M. Ferri, *Il rapporto tra clausola di sovranità e diritti fondamentali: riflessioni critiche a partire dalla sentenza della Corte di giustizia M.A., S.A., A.Z. sui trasferimenti Dublino verso il Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019.

9. Questione su cui si tornerà più avanti nel corso di questo lavoro.

per l'applicazione delle garanzie previste per la tutela del diritto di asilo nell'ordinamento dell'Unione europea e in quello italiano. Se manca la possibilità di ingresso nel territorio statale, questione, quest'ultima, su cui si tornerà a breve¹⁰, tutto l'impianto più o meno garantista che è stato predisposto crolla e si svuota di contenuto. L'utilizzo massiccio della politica dei respingimenti rischia, in sostanza, di ridimensionare pesantemente le tutele dell'asilo costituzionale e della protezione internazionale prevista dal diritto dell'UE.

Quanto si è sin qui affermato non significa che non sia necessario perseguire un corretto bilanciamento tra la disciplina relativa all'ingresso e al soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato e la tutela dei diritti fondamentali della persona. Il controllo delle frontiere a tutela della sicurezza pubblica rientra tra gli interessi di rilievo costituzionale. Esiste, pertanto, un'indubbia discrezionalità dello Stato, che potremmo anche definire sovranità in questo caso, per quanto riguarda le scelte relative all'ingresso degli stranieri¹¹. Dall'esercizio di questa discrezionalità non può, però, derivare una chiusura generalizzata delle frontiere.

Sin dalla sentenza n. 353 del 1997 la Corte costituzionale ha riconosciuto che in questo ambito è necessario un corretto bilanciamento dei valori in gioco, dal momento che non solo le esigenze di solidarietà umana ma anche le misure di contrasto all'immigrazione irregolare hanno pieno rilievo costituzionale. La Corte ha dunque garantito piena legittimità costituzionale agli interventi di contrasto all'immigrazione irregolare riconoscendo quindi, implicitamente, le difficoltà che incontra il legislatore nel tentativo di regolare un fenomeno tanto complesso. La disciplina dell'immigrazione rappresenta, pertanto, un profilo essenziale della sovranità dello Stato che, a giudizio della Corte, non può abdicare al compito di presidiare le proprie frontiere e di stabilire regole in funzione di un ordinato flusso migratorio nonché di una adeguata accoglienza¹². Con la sentenza n. 105 del 2001 il giudice delle leggi ha confermato tale impostazione¹³ ma, al tempo stesso, ha fissato un punto essenziale nel contenuto di tale bilanciamento stabilendo che, per quanto gli interessi pubblici in materia di immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e ordine pubblico collegati ai crescenti flussi migratori, «non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale

10. Si rinvia, in tal senso, al paragrafo successivo di questo lavoro.

11. Come rileva anche S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 133.

12. Le discipline normative che contrastano il fenomeno dell'immigrazione clandestina, dunque, non soltanto sono del tutto legittime, ma hanno anche, a giudizio della Corte, pieno rilievo costituzionale in quanto sono giustificate da esigenze di contenimento dei flussi di ingresso e di sicurezza interna.

13. Ricollegando, peraltro, l'introduzione di regole finalizzate al contenimento dei flussi di ingresso anche alla possibilità per cittadini e stranieri regolarmente presenti sul territorio di godere effettivamente delle libertà costituzionali.

dei diritti che la Costituzione proclama inviolabili e che spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». È opportuno riprendere questo noto passaggio della giurisprudenza costituzionale poiché va sempre ricordato che si tratta di effettuare un bilanciamento tra valori che hanno entrambi rilievo costituzionale, ma che non sono e non possono essere del tutto parificati¹⁴. Nel caso dei respingimenti, dunque, nel bilanciamento tra l'utilizzo di questa misura e la tutela dei diritti è evidente che debba essere tenuta in considerazione innanzitutto l'esigenza di garantire una soddisfacente effettività al diritto di asilo. Il respingimento può dunque essere bilanciato con il diritto di asilo soltanto a condizione che venga disciplinato in maniera rigorosa, con procedure rispettose dei diritti e fatta salva, in ogni caso, la possibilità per lo straniero di presentare una domanda di protezione.

In questo contesto, un ulteriore elemento da tenere in considerazione risiede nel fatto che, allo stato attuale, il controllo delle frontiere non può più essere considerato come una competenza esclusiva statale da cui discenderebbe una sovranità pressoché assoluta dello Stato in questo ambito. Va infatti ricordato che i Trattati assegnano all'Unione europea una competenza concorrente in materia di immigrazione e asilo che si concretizza anche nella possibilità di adottare politiche comuni nel campo dei controlli alle frontiere e dell'attraverso delle frontiere esterne dell'Unione, come previsto dall'art 77 del TFUE la cui declinazione, nel diritto derivato, si è sin qui tradotta nell'adozione del Codice di attraversamento delle frontiere Schengen¹⁵. Dall'adesione dell'Italia all'UE deriva, dunque, un limite ulteriore per l'adozione di discipline relative agli ingressi e all'attraversamento delle frontiere contrarie al diritto dell'Unione.

2. I limiti costituzionali al respingimento e il necessario superamento della sovranità statale intesa come limite generalizzato agli ingressi

Le questioni che si sono sin qui richiamate rendono piuttosto evidente l'esistenza di una tensione tra accoglienza e respingimento dei cittadini stranieri. Si tratta di una

14. Per un approfondimento della questione, sia consentito il rinvio a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 63 ss. Va peraltro rilevato che, di recente, con la sent. n. 194 del 2019, la Corte ha ribadito questa impostazione richiamando anche altre precedenti sentenze: «Questa Corte ha anche più volte precisato che il legislatore statale gode di “ampia” discrezionalità nella disciplina di detta materia (sentenze n. 277 del 2014, n. 202 del 2013 e n. 172 del 2012), dato che essa è “collegata al bilanciamento di molteplici interessi pubblici” (tra le molte, sentenze n. 172 del 2012 e n. 250 del 2010); e che, pur disponendo di tale ampia discrezionalità, il legislatore naturalmente resta sempre tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, sulla base dell'art. 117, co. 1, Cost., e costituzionali (sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011), compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca (tra le altre, sentenza n. 172 del 2012)». Evidentemente, tra gli obblighi costituzionali rientra anche la necessità di tutela del diritto di asilo di cui all'art. 10, co. 3, Cost.

15. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen).

tensione forse inevitabile, anche alla luce del ruolo che continua a rivestire la sovranità come elemento necessario dello Stato. Il richiamo alla sovranità, peraltro, ha recentemente acquisito nuova linfa con l'emergere in Europa e negli Stati Uniti delle correnti "sovraniste". I sovranismi, non a caso, hanno tra i propri capisaldi il controllo delle frontiere e la drastica riduzione dei flussi migratori¹⁶ e si pongono l'obiettivo di rinvigorire il concetto di sovranità¹⁷ che, a partire dal Secondo Dopoguerra, era andato ridimensionandosi con l'erompere di un nuovo diritto internazionale e sovranazionale fondato anche sulla tutela dei diritti umani.

A tale riguardo, in dottrina si è fatto riferimento all'esistenza di un dovere di ospitalità legato all'esigenza di consentire l'ingresso per asilanti e rifugiati che, dovendo prevalere rispetto alle norme sul contrasto all'immigrazione clandestina, presuppone un superamento della sovranità statale a favore di una sovranità più «matura e responsabile»¹⁸. Sulla base di questa impostazione, al di fuori dei casi di protezione umanitaria e asilo, sarebbe legittimo per lo Stato negare l'accesso al non-cittadino. Il problema risiede nel fatto che,

16. Come evidenzia A. Morrone, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 2, una delle ragioni primarie che impongono di tornare a discutere di sovranità riguarda il prepotente ritorno dello stato nazionale nella crisi dell'Europa, con i muri, il filo spinato, il rifiuto dell'altro in quanto *altro*, le decisioni popolari che invocano forti identità nazionaliste contro il sogno di un'integrazione politica sovranazionale, contro le nuove domande di solidarietà e di eguaglianza dell'essere umano come *migrante*. Sotto questo profilo, come evidenzia l'A., un problema irrisolto di sovranità presenta il processo di integrazione europeo, come dimostra l'irriducibile dialettica tra istituzioni nazionali e istituzioni europee, e le tendenze recenti, volte a contrapporre «muri», «confini», «filo spinato» e potestà statali da riaffermare e difendere, e poteri sovranazionali da abbattere, perché considerati lontani o nemici degli interessi nazionali, oggettivamente incapaci di fronteggiare le sfide del nostro tempo, come le nuove migrazioni. Per quanto riguarda l'irrisolta questione della sovranità in relazione al complesso e spesso controverso processo di integrazione europea, si rinvia a P. Bilancia, *The dynamics of the eu integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon treaties*, Milano, Giuffrè, 2012.

17. Peraltro, in relazione all'utilizzo del termine sovranità e sovranismo, come rileva E. De Marco, *Sovranismo e populismo vs integrazione sovranazionale*, in Federalismi.it – paper, febbraio 2020, p. 1 ss., sebbene nel linguaggio corrente non sia sempre evidenziata – o quanto meno adeguatamente evidenziata – la differenza tra sovranismo e sovranità, quasi che un termine fosse l'equivalente dell'altro, ad una più ponderata analisi basata su esempi desumibili da realtà contemporanee, emergono differenze tra i due concetti, tali da renderli per diversi aspetti non coincidenti o quanto meno non necessariamente coincidenti. Il concetto di sovranità, quale attributo giuridico dello Stato, è stato inteso dalla dottrina classica sia con riferimento all'originarietà dell'ordinamento giuridico statale sia all'indipendenza dello stesso Stato in ambito internazionale, fino all'affermazione del principio democratico della sovranità popolare: una sovranità, quella popolare, che lo stesso popolo esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Sul punto, si rinvia a H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, traduzione italiana dell'originale *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen, 1920; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo I, Padova, Cedam, 1975, p. 98 ss. Mentre il sovranismo, come viene per lo più inteso, si traduce in una spinta che viene dal basso e mira quanto meno ad un ridimensionamento di vincoli provenienti dall'alto e in particolare, da livelli sovranazionali. Sulla dimensione attuale del fenomeno del sovranismo si veda anche F. Fracchia, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in www.federalismi.it, 12 settembre 2018.

18. Si veda, sul punto, C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, p. 15 ss., secondo cui, in queste ipotesi, la tradizionale sovranità assoluta statale dovrebbe ridimensionarsi in ragione della sovranità dei valori propria della comunità internazionale, valori che il nostro ordinamento ha fatto propri e rispetto ai quali l'apparato statale deve quindi conformarsi.

concretamente, la questione si presenta in maniera più complessa. Facendo ampio ricorso, infatti, alle politiche del respingimento (spesso generalizzato) non è affatto semplice individuare alla frontiera la persona bisognosa di protezione distinguendola dal c.d. migrante economico – ammesso, poi, che tale distinzione sia di per sé corretta – che invece andrebbe respinto, operando una sorta di selezione all’ingresso.

In merito a questa complessa questione, l’impostazione che qui si vuole proporre è quella di ritenere che le basi per il superamento del richiamo a una sovranità statale intesa (in ottica “sovranista”) come limite generalizzato agli ingressi siano individuabili a partire dallo stesso art. 10, terzo comma, Cost. L’asilo costituzionale, infatti, deve presupporre come preconditione per la sua effettività una possibilità di ingresso nel territorio dello Stato per lo straniero presente alla frontiera, ai fini della verifica della sua condizione individuale e dell’eventuale presentazione della domanda di protezione. In quest’ottica, dunque, la riserva di legge dell’art. 10, terzo comma, non può riguardare la regolamentazione dell’ingresso, bensì la disciplina relativa all’accertamento di coloro che sono legittimati a ottenere protezione¹⁹. Il fatto che non sia previsto un esplicito riferimento in Costituzione a un diritto di ingresso nel territorio dello Stato da parte di un cittadino straniero non cambia di molto i termini della questione: rimane ineludibile, infatti, l’esigenza di effettuare un esame sufficientemente approfondito della condizione individuale dello straniero presente alla frontiera per verificare se si trovi nelle condizioni di poter ottenere protezione.

Proseguendo su questa linea interpretativa, è necessario soffermarsi anche sul riferimento dell’art. 10, terzo comma, Cost. al diritto d’asilo «nel territorio della Repubblica»²⁰ e sui possibili dubbi riguardo alla «territorialità» o «extraterritorialità» della disposizione costituzionale. Il tema è di rilievo in relazione al rapporto tra sovranità statale e relativo controllo dei confini, tuttavia il dubbio appare facilmente risolvibile. Il riferimento al «territorio della Repubblica» riguarda, infatti, lo spazio nel quale lo straniero, una volta ottenuto lo *status*, può godere del diritto di asilo, ma non può essere

19. Come evidenziano anche P. Bonetti-L. Neri, *Il diritto di asilo*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, p. 1148.

20. La questione del territorio, che si intreccia con la nozione di sovranità, rappresenta indubbiamente un elemento centrale per quanto riguarda il tema dell’immigrazione e dell’asilo. Sotto questo profilo, G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, ha messo in evidenza alcune delle questioni problematiche che sorgono in relazione al rapporto sempre più complesso che si è venuto a creare tra territorio, confini, sovranità statale e globalizzazione. A tale riguardo, l’A. sottolinea che, sebbene sia una nozione entrata in un campo di tensione, fra spinte identitarie e aperture mondialiste, il confine non ha disperso il suo valore etico-politico quale fondamento giustificativo delle politiche di controllo delle frontiere. Il carattere strutturale – e non più contingente – delle migrazioni di massa e la difficoltà degli Stati di destinazione di esercitare il pieno presidio dei propri confini territoriali stanno peraltro riconformando la frontiera, dilatandola o restringendola rispetto a quella risultante dalle rilevazioni cartografiche nella misura considerata migliore per un più efficace controllo sull’immigrazione (p. 34).

considerato un requisito per la presentazione della domanda²¹. Va poi ricordato che la distinzione tra asilo territoriale e asilo extraterritoriale è questione risalente che deriva più che altro dal diritto internazionale, ma non certo dal diritto costituzionale alla luce dell'impianto della nostra Costituzione. Lo stesso giudice ordinario ha avuto modo di intervenire sul punto prescindendo dalla questione della territorialità in relazione all'asilo costituzionale. Ci si riferisce al noto caso del leader curdo Öcalan. In quell'occasione il Tribunale di Roma ha riconosciuto direttamente il diritto di asilo costituzionale a una persona che non si trovava più in Italia e ha motivato la decisione sulla base del fatto che la presenza nel territorio italiano del richiedente non è condizione necessaria non essendo richiesta dalla disposizione costituzionale²².

La necessità di consentire l'ingresso nel territorio dello Stato al cittadino straniero presente alla frontiera, ingresso evidentemente finalizzato a permettere un esame della condizione individuale, trova, del resto, una conferma anche in un filone giurisprudenziale della Corte di Cassazione. L'asilo costituzionale va inteso, a giudizio della Corte, «non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame della domanda di protezione». Si tratta, dunque, prosegue la Corte, «di un diritto finalizzato a consentire accertamenti successivi per un giudizio definitivo sull'identità dello *status* o qualifica di rifugiato»²³. Sulla base di questo orientamento, peraltro, la Corte di Cassazione ha successivamente individuato, come naturale conseguenza, l'esistenza di un diritto di presentare istanza di protezione internazionale anche nel caso in cui lo straniero sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato, diritto rispetto al quale deve corrispondere un dovere per l'Amministrazione di ricevere tale domanda astenendosi da ogni forma di respingimento o espulsione che impedisca all'interessato di attendere l'esito della propria domanda²⁴.

21. Come rileva anche M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 55, che mette in rilievo come la causa di giustificazione della domanda di asilo discenda esclusivamente da quanto previsto dalla disposizione costituzionale, ovvero l'impedimento dello straniero, nel suo Paese, dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana.

22. Tribunale di Roma, sent. 1.10.1999. Questa interpretazione dell'asilo costituzionale elaborata dal Tribunale di Roma, peraltro, potrebbe aprire significative prospettive a fronte di provvedimenti di respingimento radicali e generalizzati, come possono essere i respingimenti in alto mare o la politica dei "porti chiusi", misure rispetto alle quali i migranti respinti potrebbero in via di principio vedersi riconosciuto il diritto di asilo costituzionale per via giudiziaria. Cfr., sul punto, anche M. Benvenuti, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, cit., p. 56.

23. Cass., sez. I, sent. 25028/2005.

24. Cass. sez. I, sent. 26253/2009. Si rinvia, per un commento alla sentenza, a M. Acierio, *Misure di protezione internazionale, permessi umanitari ed unicità della giurisdizione del giudice ordinario nella più recente giurisprudenza di legittimità*, in questa *Rivista*, n. 1.2010, p. 107 ss.

In sostanza, l'asilo costituzionale presuppone l'esistenza di un diritto di accesso del cittadino straniero legato alla possibilità di presentare una domanda di protezione. Il condivisibile richiamo al diritto di accesso al territorio ai fini della presentazione della domanda di asilo operato dalla Corte di Cassazione si pone, dunque, oggettivamente in contrasto con l'adozione di politiche di respingimento generalizzate e finalizzate a impedire, in ogni caso, la possibilità di ingresso nel territorio statale.

Il percorso che si è seguito impone alcune riflessioni. In un periodo, come quello attuale, in cui va diffondendosi un dibattito, non sempre rigoroso, sul recupero della sovranità statale e sui sovranismi anche applicati alla politica di chiusura dei confini, la Costituzione e la sua interpretazione forniscono una chiave di lettura significativamente differente grazie al diritto di asilo²⁵ che rientra, peraltro, tra i principi fondamentali della nostra Costituzione. Si tratta di un diritto che deve possedere una certa natura "extraterritoriale", nel senso che non può essere aggirato e compresso da politiche di respingimento finalizzate, evidentemente, a impedire al cittadino straniero di poter presentare una domanda di protezione non consentendone l'ingresso nel territorio. Questa impostazione, va sottolineato, non può in nessun modo essere confusa con la richiesta di un'apertura indiscriminata delle frontiere che, peraltro, non si ritiene rappresenterebbe la soluzione migliore per far fronte alla questione migratoria. Politiche rigorose sulla gestione e il controllo dei flussi migratori non sono in contrasto con la tesi del diritto di accesso al territorio finalizzato alla possibilità di presentare una domanda di protezione.

Peraltro, l'adozione di misure di respingimento deve tenere conto anche di altri limiti di rilievo costituzionale primario. Ci si riferisce, *in primis*, al principio di solidarietà e ai relativi doveri inderogabili di solidarietà cui fa riferimento l'art. 2 Cost. Come appare evidente, il respingimento e l'esercizio discrezionale delle misure utilizzate per il controllo alle frontiere dovrebbero necessariamente attenersi ai limiti derivanti dai doveri di solidarietà che, in questo caso, si traducono nella necessità di mettere in primo piano le esigenze umanitarie e, in particolare, la tutela dei soggetti più deboli e potenzialmente bisognosi di protezione e asilo²⁶. In riferimento all'art. 2 Cost., peraltro, non si può

25. La portata della tutela contenuta nell'art. 10, co. 3, Cost., anche rispetto ai presunti limiti riconducibili alla difesa dei confini, è evidenziata da C. Salazar, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 13, secondo cui, in forza dell'asilo costituzionale, il rapporto tra *paura e territorio* si ribalta rispetto a quello evocato dall'etimologia della parola. Chi vive dove i diritti fondamentali sono negati – come i Costituenti ben sapevano – trascorre la propria esistenza nella paura: per lo straniero in fuga da questa paura, essa diviene un "titolo" di per sé sufficiente a esercitare il diritto di attraversare i confini italiani e di trovare accoglienza nel territorio della Repubblica.

26. Sulla necessità che le politiche dei respingimenti tengano conto della portata e del valore del principio di solidarietà si veda anche C. Bertolino, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza*, cit., p. 15, S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale*, cit., p. 133. Sul dovere di solidarietà come "fonte" in

dimenticare che il principio personalista sta alla base della tutela costituzionale del diritto di asilo poiché rappresenta la norma costituzionale che può essere considerata il fondamento per l'attribuzione di diritti in capo ad ogni cittadino straniero in quanto persona, a prescindere dal suo *status* e dalle politiche adottate in materia di immigrazione²⁷. Il principio personalista e il principio solidarista dell'art. 2 Cost., pertanto, rappresentano un doppio limite costituzionale per il respingimento.

Un ulteriore limite costituzionale deriva, inevitabilmente, dall'apertura internazionalista della Costituzione italiana garantita dagli artt. 10, 11 e 117, primo comma, Cost. in base ai quali non sono ammesse politiche di respingimento che contrastino con il diritto internazionale e con il diritto dell'Unione europea.

I limiti costituzionali sin qui menzionati si legano a un aspetto che è già stato richiamato e che rappresenta indubbiamente un ulteriore limite generale di assoluto rilievo costituzionale, vale a dire la necessità di un esame della condizione individuale dello straniero come misura che deve precedere ogni forma di respingimento ed espulsione.

Sotto quest'ultimo profilo, lo sviluppo delle tutele del diritto internazionale all'interno dello spazio europeo fornisce utili e preziose indicazioni. L'elemento fondamentale dell'esame della condizione individuale, infatti, emerge con forza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in forza della quale la tutela della posizione del cittadino straniero nell'atto dell'attraversamento illegale delle frontiere viene collegata al divieto di espulsioni collettive dell'art. 4, protocollo 4, della CEDU. Limitandosi solo a richiamare alcune note sentenze – *Hirsi c. Italia* del 2012, *Sharifi c. Italia e Grecia* del 2014, *Khlaifia c. Italia* del 2016²⁸ – va qui ricordata l'impostazione che ha seguito il giudice di Strasburgo. Con un'apprezzabile interpretazione estensiva della CEDU, la Corte ha stabilito che il divieto di espulsioni collettive debba essere applicato anche ai respingimenti poiché tale limite vale per ogni tipo di allontanamento che non sia basato sull'esame della

grado di illuminare e rafforzare la ricerca e la tutela dei diritti fondamentali dei non cittadini, si rinvia a A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

27. Si rinvia, sul punto, tra la tanta dottrina, a C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 90 ss.; a V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino – Atti del XXIV Convegno annuale 2009, Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Napoli, Jovene, 2010, p. 3 ss.; A. Ruggeri, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2011; G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, p. 221 ss.; A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero tra Costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, p. 345. P. Caretti, *I diritti fondamentali, – Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 92 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., 2012, p. 32 ss.

28. Per un esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente al divieto di espulsioni collettive e al principio di *non-refoulement* si veda F. Scuto, *Aliens' protection against expulsion and prohibition of collective expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2018. In particolare, sul caso *Khlaifia*, si rinvia a P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2017, p. 176 ss.

condizione individuale²⁹. Il giudice di Strasburgo è giunto a queste importanti conclusioni anche a fronte della difesa del Governo italiano che sosteneva non si trattasse di espulsioni collettive poiché, formalmente, la misura adottata non era l'espulsione, bensì il respingimento. Altrettanto significativa è la scelta operata dalla Corte nel caso *Hirsi* del 2012 – relativo alla politica dei respingimenti in alto mare adottata dall'Italia a partire dal 2009 – in cui la tutela del principio di *non-refoulement* ha trovato una significativa estensione per l'analisi che qui si sta svolgendo. Si trattava, nello specifico, di respingimenti operati dal Governo italiano in acque internazionali. A giudizio della Corte, non soltanto il divieto di espulsioni collettive ma anche il principio di *non-refoulement* (che la Corte ricollega abitualmente all'art. 3 CEDU relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti) devono sempre essere rispettati dallo Stato parte della Convenzione a prescindere dal luogo in cui si svolgono i fatti e, quindi, anche al di fuori del proprio territorio e persino in alto mare. Si tratta, in pratica, di garanzie extraterritoriali che non ammettono l'esistenza di zone prive di tutela né in alto mare, né tantomeno, evidentemente, alla frontiera o nel territorio statale³⁰. Da questa significativa giurisprudenza del giudice di Strasburgo deriva, dunque, l'illegittimità di ogni forma di respingimento che sia effettuato automaticamente e senza dare alcuna possibilità di accesso alle procedure di asilo sottoponendo potenziali richiedenti asilo a concreti pericoli per la propria incolumità³¹.

Sulla base del percorso che si è seguito, anche l'utilizzo di accordi di riammissione con Paesi terzi pone delle questioni problematiche. Obiettivo di questi accordi, infatti, consiste nel rendere più agevoli respingimenti ed espulsioni dei cittadini stranieri del Paese con cui si è stretto l'accordo, allontanamenti che tendono a divenire automatici nel momento in cui si evita l'esame della condizione individuale verificando la sola appartenenza nazionale³². L'utilizzo di procedure di accertamento della nazionalità che siano il più possibile rapide e sommarie rischia spesso di abbassare le garanzie riconducibili al principio di *non-*

29. Non concorda sull'opportunità e sull'importanza di tale impostazione della Corte EDU A. Muccione, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2, 2017, secondo cui, invece, andrebbe distinto sul piano concettuale il divieto di espulsioni collettive dal divieto di respingimenti collettivi il quale andrebbe inteso più correttamente come corollario dell'obbligo di *non-refoulement*.

30. Per un approfondimento della sentenza e della sua portata "storica", si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 257 ss.

31. Questa impostazione vale, come dimostra il già richiamato caso *Sharifi* del 2014, anche nel caso di respingimenti automatici all'interno del territorio italiano: in quella circostanza la Corte EDU ha condannato l'Italia ritenendo che i respingimenti verso la Grecia, effettuati automaticamente e senza dare alcuna possibilità di accesso alle procedure di asilo presso il porto di Ancona, sottoponevano potenziali richiedenti asilo a concreti rischi in considerazione delle evidenti e gravi inefficienze del sistema di asilo greco.

32. Sulle caratteristiche di tali accordi e sul loro funzionamento sul piano pratico si rinvia a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 131 ss.

refoulement e al divieto di espulsioni collettive. Gli accordi bilaterali che prevedono procedure semplificate di allontanamento degli stranieri irregolari e gli accordi di riammissione³³ rappresentano, dunque, un problema oggettivo sul piano dell'effettiva tutela del diritto di asilo³⁴ e danno luogo a ulteriori complicazioni dal punto di vista dei limiti costituzionali al respingimento. Limiti che, evidentemente, dovrebbero automaticamente comportare l'impraticabilità di stipulare accordi di riammissione con Paesi i cui *standard* di tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali non siano soddisfacenti e in cui non sia garantita un'effettiva tutela del diritto di asilo. Da questo punto di vista, emergono in tutta la loro evidenza le gravi problematiche sottese alla stipula di accordi con la Libia che presuppongano respingimenti ed espulsioni praticamente automatiche verso quel Paese³⁵.

Queste riflessioni sui limiti costituzionali al respingimento inducono a ritenere che il ragionamento possa in qualche modo essere invertito: in linea teorica è probabilmente più corretto inquadrare la questione non tanto sul piano dei limiti al respingimento, quanto, piuttosto, sul fatto che sia quest'ultimo a dover essere considerato come un limite, un ostacolo, alla tutela costituzionale del diritto di asilo. Di conseguenza, il respingimento dovrebbe essere praticato e previsto dall'ordinamento quale misura di contrasto all'immigrazione irregolare da utilizzare soltanto in casi specifici e per particolari esigenze. Come si è già rilevato, però, si tratta di una misura tutt'altro che marginale.

3. I "porti chiusi": l'allontanamento dalle coste italiane e dalla Costituzione

La politica dei porti chiusi, in base alla quale è stata data facoltà al Governo italiano di impedire l'approdo nei porti italiani alle imbarcazioni delle organizzazioni non governative con a bordo migranti che tentano di raggiungere le nostre coste, rappresenta una *escalation* rispetto al precedente, già richiamato, dei respingimenti in alto mare. Il respingimento, infatti, non è adottato in questo caso in acque internazionali, bensì davanti alle coste e al limite delle acque territoriali, a poca distanza dai porti italiani e, in alcuni casi, già all'interno del territorio nazionale. Si tratta, di fatto, di una misura che rappresenta l'equivalente della costruzione di muri alla frontiera terrestre, con l'aggravante che, in questo contesto, rischia di non essere garantita la sicurezza dei naufraghi salvati dalle imbarcazioni delle ONG. Letta in altri termini, questa misura di contrasto

33. Quali, solo per citare alcuni esempi, le procedure semplificate concordate a livello bilaterale con la Tunisia o il Memorandum d'intesa tra Italia e Libia del 2017.

34. Così anche A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere*, cit., p. 176, secondo cui gli accordi di riammissione mettono a rischio il principio di *non-refoulement* e ciò può comportare il mancato rispetto non solo del diritto di asilo, bensì anche della dignità umana e dei diritti inviolabili dell'uomo.

35. In relazione all'intesa stipulata tra Italia e Libia si rinvia all'ultimo paragrafo di questo lavoro.

all'immigrazione irregolare rappresenta una vera e propria sfida, alle porte di casa nostra, ai principi costituzionali richiamati in precedenza.

Come noto, l'adozione di questa misura è stata dapprima inaugurata dal primo Governo Conte e, successivamente, introdotta nell'ordinamento mediante l'utilizzo della decretazione d'urgenza. La disposizione è poi rimasta in vigore anche dopo la nascita del Governo Conte *bis* sostenuto dalla diversa maggioranza parlamentare giallo-rossa al cui interno si sono sollevate, in questi mesi, alcune voci critiche riguardo alla possibilità di impedire l'ingresso nei porti delle navi delle ONG sulla base delle disposizioni contenute nel decreto sicurezza *bis* del 2019, sulle quali si tornerà a breve.

Prima di addentrarsi nell'esame delle criticità sollevate da questo decreto, alcune premesse sono d'obbligo.

Sul piano del diritto costituzionale, vanno necessariamente richiamati alcuni livelli di tutela minimi che fungono da limiti costituzionali all'adozione di misure come quella dei porti chiusi. Ci si riferisce, innanzitutto, alla necessità di tutelare l'incolumità delle persone a bordo, al diritto alla vita che rappresenta un limite costituzionale anche in forza dell'apertura internazionalista della Costituzione, dal momento che nel diritto internazionale e nelle relative Convenzioni ratificate dall'Italia esso trova una chiara tutela³⁶. Si tratta di una protezione che, peraltro, come già rilevato, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha esteso anche oltre i confini degli Stati aderenti alla CEDU. Ci si riferisce, inoltre, alla necessità di garantire il diritto alla salute dei migranti a bordo delle imbarcazioni. Si tratta, nella sostanza, di esigenze di rilievo costituzionale che impongono lo sbarco dei migranti.

In relazione al diritto internazionale del mare, va peraltro rilevato che, dalle Convenzioni in materia, non sembra possibile ricavare un pieno diritto all'ingresso nel porto. L'art. 25 della Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare consente agli Stati di impedire il passaggio di navi straniere per ragioni di sicurezza³⁷. Inoltre, l'art. 19, paragrafo 2, lettera *g*) della medesima Convenzione stabilisce che il passaggio di una nave straniera possa essere considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, si consente il trasporto di persone in violazione delle leggi in materia di immigrazione vigenti nello Stato

36. In relazione alle Convenzioni di diritto internazionale del mare si fa riferimento, rispettivamente, alla Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS - Safety of Life at Sea, Londra, 1974, ratificata dall'Italia con la legge n. 313 del 1980; alla Convenzione SAR di Amburgo del 1979, resa esecutiva dall'Italia con la legge n. 147 del 1989 e alla quale è stata data attuazione con il d.p.r. n. 662 del 1994; alla Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall'Italia dalla legge n. 689 del 1994.

37. Si fa riferimento alla già richiamata Convenzione UNCLOS delle Nazioni Unite sul diritto del mare, stipulata a Montego Bay nel 1982 e recepita dall'Italia dalla legge n. 689 del 1994.

in questione. Il che consentirebbe, dunque, l'intervento statale³⁸. Sul punto, va peraltro rilevato che, anche limitandosi al solo diritto internazionale, la facoltà di limitare l'ingresso nel porto di navi straniere non può tradursi nella possibilità da parte degli Stati di sottrarsi al dovere di tutelare i richiedenti protezione internazionale sulla base della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* dei rifugiati del 1951 nonché, come visto, delle forme di protezione ricavabili dalla CEDU. Inoltre, dal diritto internazionale del mare deriva un ulteriore obbligo che consiste nel salvataggio di chiunque si trovi in pericolo in mare e nel connesso dovere di condurlo in un «luogo sicuro» (*place of safety*)³⁹. Sull'importanza del concetto di luogo sicuro e sulla sua portata applicativa si tornerà a breve⁴⁰.

Come si è anticipato, il c.d. decreto sicurezza *bis*, adottato dal primo Governo Conte nell'estate del 2019⁴¹ ha introdotto una disciplina legislativa dei porti chiusi mediante l'adozione di decretazione d'urgenza, circostanza, quest'ultima, che già di per sé potrebbe sollevare dubbi di legittimità costituzionale in relazione ai requisiti richiesti dall'art. 77 Cost.⁴². Non è questo, comunque, l'aspetto più problematico della normativa introdotta anche in ragione del fatto che, come noto, l'abuso della decretazione d'urgenza da parte dei governi è oramai divenuta una pratica generalizzata che solleva gravi criticità sul piano della legittimità costituzionale, criticità che non possono essere approfondite in questa sede. L'art. 1 del decreto, che modifica l'art. 11 del Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in avanti TU imm.), inserendo il comma 1-*ter*, consente al Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di vietare l'ingresso, il transito e la sosta di navi nel mare territoriale per motivi di ordine e

38. Sul diritto internazionale del mare e sui limiti al respingimento da esso derivabili e riconducibili all'esigenza di individuare un difficile equilibrio tra la sovranità statale intesa come possibilità di limitare gli ingressi nel territorio statale consentita dalle Convenzioni richiamate e al contempo garantire un soddisfacente livello di tutela dei diritti umani, si rinvia a I. Papanicolopulu e G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 24 ss.

39. Si tratta di un obbligo già previsto da norme consuetudinarie e sancito anche dalla richiamata Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare, SOLAS- Safety of Life at Sea, Londra, 1974, e dalla richiamata Convenzione SAR di Amburgo del 1979.

40. Nel paragrafo successivo di questo lavoro.

41. Si tratta del decreto-legge, n. 53 del 14 giugno 2019, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, convertito in legge dalla l. n. 77 dell'8 agosto.

42. La prima criticità può essere sollevata in relazione al rispetto del requisito di straordinaria necessità e urgenza richiesto dall'art. 77 Cost., laddove lo stringente requisito della straordinaria necessità e urgenza di un intervento come quello relativo appare quantomeno discutibile. La seconda criticità riguarda l'utilizzo della tecnica legislativa della decretazione di urgenza mediante un testo di legge il cui contenuto non è omogeneo poiché in esso vengono disciplinati ambiti tra loro eterogenei che vanno da quelli qui analizzati sino alle misure di contrasto dei fenomeni di violenza compiuti in occasione di manifestazioni sportive. Si vedano, sul punto, le osservazioni di ASGI, *Il D.L. n. 53/2019, convertito, con modificazioni, nella L. n. 77/2019. Analisi critica del c.d. "Decreto sicurezza bis" relativamente alle disposizioni inerenti il diritto dell'immigrazione*, 13.9.2019, in www.asgi.it.

sicurezza pubblica ovvero in applicazione del già richiamato art 19 della Convenzione ONU sul diritto del mare, relativamente alle violazioni delle leggi vigenti in materia di immigrazione. L'art. 2, che modifica l'art. 12 TU imm., inserendo il comma 6-*bis*, introduce una sanzione amministrativa nei confronti del comandante di una nave che non rispetti i divieti di ingresso stabiliti in base all'art. 1 e prevede la confisca della nave⁴³.

Come è evidente, queste norme hanno l'obiettivo di contrastare l'azione di soccorso in mare dei migranti da parte delle ONG. Sul punto, appare innanzitutto opportuna una breve riflessione. A partire dal 2014, dopo la fine della missione *Mare nostrum* inaugurata dal Governo Letta l'anno precedente, né lo Stato italiano né l'Unione europea, che si è limitata a prevedere ridotti e inefficaci interventi di soccorso in mare, hanno predisposto misure finalizzate a dare applicazione alla tutela del diritto alla vita nonché del diritto di asilo costituzionale ed europeo che presuppongono la possibilità di poter effettivamente presentare una domanda di protezione. L'assenza dello Stato e dell'UE ha quindi creato un vuoto che è stato, in parte, colmato dall'azione delle ONG in mare. Le organizzazioni non governative hanno, quindi, svolto in questi anni, nei limiti delle loro possibilità, un compito essenziale legato al salvataggio di vite ma anche alla necessità di continuare a garantire un livello minimo di effettività per il diritto di asilo.

In questo contesto, il decreto sicurezza *bis* ha dato luogo a un ulteriore e sproporzionato inasprimento delle politiche di contrasto all'immigrazione irregolare di questi anni. Rispetto a quest'ultima affermazione possono essere sollevate delle obiezioni in ragione del fatto che l'effettiva portata di queste nuove norme possa, in qualche modo, essere ridimensionata. Si può ritenere, infatti, che le disposizioni in questione abbiano avuto una limitata applicazione poiché in alcune occasioni, dopo l'iniziale chiusura, si è consentito l'ingresso delle navi delle ONG e in ragione del fatto che, in altri casi, si è permesso lo sbarco di alcuni soggetti fragili come i minori e le donne in stato di gravidanza. Si può inoltre derubricare la chiusura dei porti a semplice misura "di facciata" (o di propaganda elettorale) in ragione del fatto che, quotidianamente, continuano a sbarcare nelle nostre coste piccole imbarcazioni cariche di migranti e che quindi, di fatto, la politica dei porti chiusi si riduca ai casi più evidenti dei tentativi di sbarchi da parte delle navi delle ONG. Alcune di queste osservazioni hanno indubbiamente un loro fondamento,

43. L'art. 2 è stato modificato in sede di conversione inasprendo le misure in esso previste dal decreto legge. Nella sua versione definitiva, la norma prevede che «In caso di violazione del divieto di ingresso, transito o sosta in acque territoriali italiane, salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, si applica al comandante della nave la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 150.000 a euro 1.000.000. La responsabilità solidale di cui all'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si estende all'armatore della nave. È sempre disposta la confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, procedendosi immediatamente a sequestro cautelare. A seguito di provvedimento definitivo di confisca, sono imputabili all'armatore e al proprietario della nave gli oneri di custodia delle imbarcazioni sottoposte a sequestro cautelare.».

tuttavia non sembrano in grado di giustificare la presenza nell'ordinamento italiano di norme che presentano profili di chiara illegittimità alla luce del percorso che si è sin qui seguito relativamente ai limiti costituzionali al respingimento.

Inoltre, bisogna anche tenere in considerazione che queste disposizioni sono andate a modificare l'impianto del TU imm. sbilanciando l'equilibrio, già peraltro imperfetto, come si vedrà a breve⁴⁴, perseguito dalle disposizioni in materia che, in un quadro di luci ed ombre, tendono a prevedere dei limiti ai respingimenti. Il decreto sicurezza *bis* ha quindi "stressato" il TU imm. elevando a rango di norma primaria la politica dei porti chiusi e inserendo nell'ordinamento una disposizione della cui legittimità costituzionale è lecito dubitare anche in ragione della necessità di dare effettiva tutela al diritto di asilo.

Anche in questo caso, peraltro, la questione sembra riguardare il rapporto tra sovranità statale, dalla quale si fa derivare un presunto potere sovrano dello Stato di negare l'accesso al porto, e principi fondamentali della Costituzione come i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e il diritto di asilo costituzionale *ex art. 10*, terzo comma, Cost. Tale diritto deve presupporre, come si è detto, una possibilità di accesso nel territorio per il potenziale richiedente asilo che intenda presentare una domanda di protezione. Dal momento che è impossibile stabilire *a priori* che a bordo delle imbarcazioni presenti alla frontiera non vi siano richiedenti asilo bensì solo migranti irregolari, non consentire l'ingresso nei porti significa impedire alla radice la possibilità di esame della condizione individuale e, quindi, azzerare la portata applicativa e la tutela del diritto di asilo costituzionale⁴⁵.

Appare quindi opportuno, per le ragioni che qui si è tentato di esporre, che il legislatore abroghi queste disposizioni del decreto sicurezza *bis*, sia in ragione della loro assai dubbia legittimità rispetto ai limiti costituzionali del respingimento, sia in ragione dell'esigenza di ripristinare la coerenza complessiva del TU imm. Le misure di contrasto all'immigrazione irregolare, infatti, devono risultare coerenti rispetto a tale impianto normativo e, pertanto, non possono svuotare di contenuto le importanti tutele previste

44. Si rinvia, sul punto, al paragrafo 5 di questo lavoro.

45. La chiusura dei porti sembra generare, peraltro, problematiche non dissimili rispetto a quelle su cui si è pronunciata la Corte EDU nel già richiamato caso *Hirsi* del 2012. Il semplice respingimento legato al divieto di ingresso comporterebbe, teoricamente, una violazione del principio di *non-refoulement* nel caso in cui i migranti venissero ricondotti in luoghi in cui rischierebbero di subire torture o trattamenti inumani e degradanti. Nel caso specifico, però, questo pericolo non sembra sussistere poiché in questi mesi la chiusura dei porti italiani ha spesso avuto come conseguenza l'approdo delle navi delle ONG in altri porti europei o, in alternativa, la redistribuzione dei migranti tra i Paesi europei resisi disponibili su base volontaria. Tuttavia, l'assenza dell'esame della condizione individuale dei migranti collegata alla scelta di impedire l'approdo nei porti può comportare la violazione del divieto di espulsioni collettive.

dall'art. 2 in relazione ai diritti di ogni straniero presente alla frontiera⁴⁶. Inoltre, va evidenziato che le disposizioni relative alla chiusura dei porti appaiono in contrasto con un'altra norma del TU imm. L'art. 10-ter, introdotto dall'art. 17 del d.l. n. 13/2017⁴⁷, prevede, infatti, che «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi» (i c.d. *hotspot*). La norma, quindi, è molto esplicita in relazione alla necessità di garantire lo sbarco dei migranti a seguito di operazioni di salvataggio in mare e si pone, pertanto, in evidente contrasto con l'art. 1 del decreto sicurezza *bis*.

Si tratta, del resto, di norme, quelle del decreto sicurezza *bis* che, restando in vigore, consentono ai governi, presenti e futuri, a loro discrezionalità, di impedire l'accesso nei porti italiani di navi che abbiano soccorso in mare migranti. Al legislatore, pertanto, spetta il compito di intervenire sul punto anche per ristabilire la legittimità costituzionale dell'impianto del TU imm.

4. Gli interventi del giudice e l'insorgere di ulteriori contraddizioni: una conferma della necessità di abrogare le norme sulla chiusura dei porti

L'insostenibilità delle disposizioni contenute nel decreto sicurezza *bis* è stata peraltro confermata dai primi interventi del giudice relativamente al salvataggio in mare di migranti da parte delle ONG e, in particolare, al noto caso della nave *Sea Watch 3* e dell'arresto della comandante dell'imbarcazione, Carola Rackete, nell'estate del 2019⁴⁸. Tanto l'ordinanza di scarcerazione del GIP di Agrigento⁴⁹, quanto la recente e importante sentenza della Corte di Cassazione depositata il 20 febbraio 2020⁵⁰ che ha confermato l'orientamento assunto in precedenza dal GIP, hanno seguito un percorso lineare che poggia sulla prevalenza delle norme del diritto internazionale relative al soccorso in mare rispetto alle disposizioni del decreto sicurezza *bis*. Il GIP di Agrigento aveva, infatti,

46. Come noto, il secondo comma dell'art. 2 TU imm. prevede che «Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti».

47. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, «Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonchè per il contrasto dell'immigrazione illegale».

48. Carola Rackete, la comandante della *Sea Watch 3*, era stata arrestata il 29 giugno 2019, dopo aver violato il divieto di ingresso nelle acque territoriali italiane ed essere entrata nel porto di Lampedusa urtando una motovedetta della Guardia di Finanza nel tentativo di arrivare in banchina.

49. Tribunale di Agrigento, ordinanza del GIP del 2.7.2019. Per un commento dell'ordinanza si rinvia a P. Rossi, *Politica dei "porti chiusi" e diritto internazionale: il caso Sea Watch 3*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 6, 2019.

50. Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16.1/20.2.2020, n. 6626.

negato la convalida dell'arresto ritenendo che la comandante della *Sea Watch* avesse agito nell'adempimento del dovere di soccorso marittimo derivante dalle norme del diritto internazionale. La Procura della Repubblica ha poi impugnato il provvedimento del GIP e la Cassazione ha respinto il ricorso confermando la decisione del giudice di Agrigento. Si tratta di un'impostazione le cui conclusioni, che poggiano sulla necessità di dare applicazione alle norme di diritto internazionale, come si cercherà di dimostrare, possono in realtà ricollegarsi anche ai limiti costituzionali del respingimento così come si sono qui delineati.

Limitandosi agli aspetti più strettamente riconducibili all'indagine che qui si sta svolgendo⁵¹, dalla sentenza della Corte di Cassazione emergono importanti elementi di riflessione. La sentenza ha confermato la correttezza della decisione del giudice di convalida secondo cui la comandante della nave aveva agito, ai sensi dell'art. 51 del codice penale⁵², nell'adempimento di un dovere, vale a dire il salvataggio in mare di naufraghi imposto dal complesso di norme derivanti dal diritto internazionale. Come evidenzia la Corte di Cassazione, l'obbligo di soccorso in mare è una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta e, come tale, direttamente applicabile nel nostro ordinamento in forza dell'art. 10, primo comma, Cost. Vanno inoltre considerate le già richiamate fonti pattizie del diritto internazionale in materia (Convenzione SOLAS, Convenzione SAR di Amburgo, Convenzione UNCLOS sul diritto del mare), dalle quali è possibile desumere, a giudizio della Corte, che l'attività di salvataggio dei naufraghi non può esaurirsi con il recupero a bordo della nave. Si giunge, così, al nodo centrale della questione. In base alla Convenzione SAR di Amburgo (punto 3.1.9), infatti, il salvataggio in mare non si esaurisce con l'accoglienza a bordo della nave ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcare i naufraghi in un «luogo sicuro» (*place of safety*). Inoltre, sulla base delle linee guida allegate alla Convenzione SAR: «un luogo sicuro è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse; dove la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (cibo, alloggio, cure mediche) possono essere soddisfatte e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale». Come è evidente, pertanto, la misura dei porti chiusi si pone

51. La sentenza stabilisce anche l'impossibilità di qualificare la motovedetta della Guardia di Finanza come «nave da guerra», qualifica che avrebbe comportato per Carola Rackete il rischio di una condanna da tre a dieci anni, in base all'art. 1100 cod. nav. Per un approfondimento sul contenuto della sentenza, si rinvia a L. Maserà, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in www.asgi.it, 26 febbraio 2020.

52. In base al quale «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità».

in netto contrasto con la necessità di sbarco in un luogo sicuro prescritta dal diritto internazionale⁵³.

Nel richiamo alla nozione di «luogo sicuro» è individuabile una delle conclusioni che appaiono più significative di questa sentenza. La Corte, infatti, non si limita a evidenziare che una nave in mare non può considerarsi luogo sicuro poiché è in balia degli eventi meteorologici avversi e non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse, ma va oltre, affermando che non può neppure considerarsi compiuto il dovere di soccorso con il solo salvataggio dei naufraghi e con la permanenza sulla nave poiché tali persone hanno diritto di presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, operazione impossibile da effettuare a bordo. Anche se la Corte di Cassazione è rimasta ancorata al diritto internazionale, appare evidente che queste conclusioni possano rappresentare l'anello di congiunzione tra le tutele del diritto internazionale e il diritto di asilo costituzionale inteso come limite al respingimento su cui si sta concentrando la nostra analisi. Questa impostazione della Corte, peraltro, può agevolmente essere ricollegata al suo orientamento giurisprudenziale richiamato in precedenza in base al quale il diritto di asilo costituzionale presuppone un diritto di accesso al territorio ai fini della presentazione della domanda di asilo.

Le limpide conclusioni alle quali è giunta la Corte di Cassazione non consentono, comunque, di ritenere superata la questione dell'applicazione delle norme relative ai porti chiusi. L'interpretazione delle attività di soccorso in mare e dei conseguenti doveri dello Stato che recentemente è stata fornita da due decisioni di Tribunali italiani, infatti, ha portato a esiti opposti. Le questioni, riguardano, in entrambi i casi, il salvataggio in mare di migranti operato da navi di due ONG nel 2019 e la scelta del Governo italiano di non consentire lo sbarco a quelle imbarcazioni⁵⁴.

Con decreto del 21 novembre 2019 il Tribunale di Roma, collegio per i reati ministeriali, ha archiviato le accuse ipotizzate nei confronti dell'ex Ministro dell'interno Salvini per aver negato, ad aprile del 2019, lo sbarco in un porto italiano ai migranti salvati dalla nave *Alan Kurdi della ONG Sea Eye*, imbarcazione battente bandiera tedesca. A giudizio del Tribunale, le regole derivanti dal diritto internazionale relative agli obblighi per lo Stato di consentire lo sbarco in un luogo sicuro non si applicherebbero alle

53. Sul significato della portata del «luogo sicuro» per il diritto internazionale si rinvia a I. Papanicolopulu e G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale*, cit., p. 40 ss. che evidenziano anche come il collegamento tra l'obbligo di salvataggio in mare e sbarco in luogo sicuro e l'obbligo di *non-refoulement* costituisce un punto di incontro tra il diritto del mare, il diritto dei rifugiati e il diritto dei diritti umani.

54. Per un approfondimento delle diverse conclusioni a cui sono giunti il Tribunale di Roma e il Tribunale di Palermo si rinvia a G. Cataldi, *L'impossibile "interpretazione conforme" del decreto sicurezza bis alle norme internazionali sul soccorso in mare*, in *Diritti senza confini* – www.asgi.it, 26 febbraio 2020.

navi che “professionalmente” si occupano del soccorso in mare. Di conseguenza, solo lo Stato di bandiera sarebbe obbligato ad assumersi la responsabilità dello sbarco e poiché, nel caso in questione, la Germania era un Paese troppo lontano da raggiungere via mare, non era possibile, a giudizio del Tribunale, individuare Stati responsabili in tal senso. Si tratta, in questo caso, di un’interpretazione delle norme internazionali relative alla necessità di approdo in «luogo sicuro» che suscita più di una perplessità alla luce del quadro normativo che si è richiamato in precedenza. Viceversa, per una vicenda sostanzialmente analoga, il 31 gennaio 2020 il Tribunale dei ministri di Palermo ha chiesto al Senato l’autorizzazione a processare l’ex Ministro Salvini⁵⁵. Si tratta, anche in questo caso, di un’imbarcazione di una ONG, la nave spagnola *Open Arms* che aveva tratto in salvo decine di migranti alla quale, nell’agosto 2019, era stato vietato l’ingresso nel porto di Lampedusa. A giudizio del Tribunale di Palermo, il decreto sicurezza *bis* non può essere applicato a navi che soccorrono naufraghi poiché il soccorso in mare è obbligatorio. Il Tribunale è giunto alle sue conclusioni ritenendo necessaria l’applicazione delle norme internazionali relative allo sbarco in un luogo sicuro e ipotizzando che il divieto di ingresso previsto dalle disposizioni del decreto sicurezza *bis* potrebbe applicarsi ai soli casi di immigrazione illegale non connessi a operazioni di soccorso in mare.

Al di là del tema relativo alle presunte responsabilità dell’ex Ministro dell’interno, questione non di rilievo per l’analisi che qui si sta svolgendo, le conclusioni assai diverse alle quali sono giunti i due Tribunali sull’applicabilità delle norme del decreto sicurezza *bis* sembrano confermare la necessità di procedere alla loro abrogazione anche in ragione del fatto che, come si è visto, la loro interpretazione può generare ulteriori questioni problematiche in relazione all’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto e delle Convenzioni internazionali sul diritto del mare.

5. I limiti al respingimento ricavabili dal TU sull’immigrazione

Nell’ordinamento italiano sono individuabili, tra le fonti primarie, alcune disposizioni ricavabili dal TU imm. che contengono limitazioni all’applicazione del respingimento. Sotto questo profilo, la già richiamata disposizione contenuta nell’art. 2 TU imm. relativa ai diritti di ogni straniero presente alla frontiera può essere considerata come una sorta di norma generale anche sul piano dei limiti legislativi al respingimento nel suo presupporre,

55. Il Tribunale dei Ministri di Palermo ha trasmesso gli atti al Procuratore della Repubblica di Palermo il 31 gennaio 2020 affinché rimettesse gli atti al Presidente del Senato della Repubblica con richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti del senatore Matteo Salvini, già Ministro dell’interno. La richiesta di autorizzazione a procedere inviata dalla Procura di Palermo è disponibile nel sito web del Senato.

in ogni caso, la necessaria tutela del diritto di asilo, del diritto alla salute, della libertà personale e del diritto alla difesa.

L'art. 10, quarto comma, TU imm. stabilisce che il respingimento non può essere eseguito nei confronti dei richiedenti asilo o degli stranieri ai quali siano applicabili forme di protezione temporanea⁵⁶. Si tratta di un limite che, probabilmente, è eccessivamente vago ma che, comunque, non può essere ignorato. Nell'ambito della disciplina dei respingimenti, dunque, il TU imm. sembra in qualche modo richiedere, sia pur non esplicitamente, un esame della condizione individuale dello straniero nel momento in cui stabilisce la necessità di attenersi alle disposizioni vigenti in materia di asilo e protezione internazionale. Anche in base a questa disposizione, pertanto, non dovrebbero essere consentiti respingimenti indiscriminati alla frontiera italiana senza un previo accertamento dell'identità e della provenienza dei cittadini stranieri, al fine di poter verificare se i migranti siano o meno potenziali beneficiari del diritto di asilo⁵⁷. Va comunque specificato che questa disposizione non è in grado di colmare quella che appare una lacuna dell'ordinamento italiano. Manca, infatti, una disciplina chiara e precisa sulla necessità di procedere alla valutazione della condizione individuale dello straniero che tenta di attraversare irregolarmente la frontiera, disciplina che sarebbe fondamentale per garantire effettività ai diritti fondamentali⁵⁸. Si tratta di un vuoto legislativo che ha un impatto negativo per quanto riguarda l'effettività dei limiti al respingimento e la necessità di verificare se lo straniero possa potenzialmente accedere a forme di protezione.

Sul piano delle procedure, va menzionato l'art. 11, sesto comma, TU imm., in base al quale presso i valichi di frontiera sono previsti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo (o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi). Inoltre, in base all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008⁵⁹, le informazioni di cui all'art. 10, primo comma⁶⁰, vanno fornite anche allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale

56. Il quarto comma dell'art. 10 prevede che le precedenti disposizioni contenute nell'articolo e volte a disciplinare il respingimento «non si applicano 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».

57. Cfr., sul punto, D.U. Galetta, *Il diritto di asilo in Italia e nell'Unione europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'“esternalizzazione” e politiche nazionali di gestione della c.d. “emergenza immigrazione”*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 6, 2010, p. 1463; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 352.

58. Così anche P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia*, cit., p. 180.

59. Articolo introdotto dal d.lgs. n. 142 del 2015.

60. In base all'art. 10, «all'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tale fine consegna al richiedente l'opuscolo informativo di cui al comma 2».

ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito⁶¹. Per quanto riguarda l'applicazione della misura del respingimento, ci sono due disposizioni del TU imm. che possono in qualche modo essere considerate dei limiti rispetto alle modalità con cui viene attuato. Agli stranieri respinti deve essere fornita l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera (art. 10, quinto comma): si tratta di una disposizione piuttosto generica che sembra limitarsi a forme di tutela e assistenza rispetto a esigenze urgenti. Viene stabilito, poi, che il respingimento di persone vulnerabili sia effettuato con modalità compatibili con le specifiche condizioni personali debitamente accertate (art. 19, comma 2-*bis*). Anche questa disposizione non appare particolarmente puntuale poiché non si specifica con quali modalità vada effettuato il respingimento delle persone vulnerabili.

Recentemente, il primo decreto sicurezza del 2018⁶² ha modificato la disciplina relativa al respingimento dell'art. 10 TU imm. in senso restrittivo prevedendo che, allo straniero destinatario di un provvedimento di respingimento sia fatto divieto di reingresso nel territorio dello Stato per un periodo da tre a cinque anni e che, in caso di trasgressione, sia punito con la reclusione da uno a quattro anni ed espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. Qualora lo straniero sia già stato condannato in base a quanto previsto dalla disposizione richiamata, in caso di nuovo ingresso illegale nel territorio italiano è prevista una pena da uno a cinque anni di reclusione⁶³. Per questi casi di violazione del divieto di reingresso, è previsto come obbligatorio l'arresto e si applica il rito direttissimo. Spetta, inoltre, all'autorità di pubblica sicurezza il compito di inserire il divieto di reingresso nel Sistema di Informazione Schengen (SIS) e tale divieto comporta, quindi, il divieto di ingresso negli Stati dell'Unione europea e negli Stati che applicano le regole del Sistema Schengen. Tali disposizioni appaiono eccessivamente sbilanciate sul versante delle misure di sicurezza e contrasto all'immigrazione irregolare. Si tratta di una normativa repressiva che non sembra proporzionata rispetto agli obiettivi da essa perseguiti dando luogo, di fatto, a una sorta di persecuzione del legislatore nei confronti dello straniero respinto a cui si impedisce, per anni, la possibilità di ingresso nell'UE.

61. A tal fine, è inoltre assicurato l'accesso ai valichi di frontiera dei rappresentanti dell'UNHCR e degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore. Accesso che, in base all'art. 10-*bis*, secondo comma, può essere limitato «per motivi di sicurezza, ordine pubblico o comunque per ragioni connesse alla gestione amministrativa, purchè non impedito completamente».

62. In generale, per un commento a tale decreto si rinvia a A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in Costituzionalismo.it, 2/2018; M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, 1/2019; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in Federalismi.it, n. 22, 2018; F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, Pacini giuridica, 2019.

63. Si fa riferimento ai commi dal 2-*bis* al 2-*sexies* dell'art. 10 TU imm., commi inseriti dall'art. 5-*bis*, co. 1, lett. b), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

Tra le norme di rilievo primario relative ai limiti al respingimento, vanno senz'altro compresi i divieti di respingimento ed espulsione previsti dal legislatore e contenuti nell'art. 19 TU imm. Si tratta di disposizioni che presentano luci e ombre.

Senz'altro positivo è il divieto di respingimento verso uno Stato in cui lo straniero rischi di subire persecuzioni, torture o maltrattamenti. A tale riguardo, va rilevato che nel 2017 il legislatore ha opportunamente inserito un'ulteriore garanzia che dovrebbe aggiungere tutele per lo straniero e limiti per le autorità nell'applicazione del respingimento: al comma 1.1. dell'art. 19 si prevede, infatti, che nella valutazione relativa al pericolo che in caso di respingimento o espulsione lo straniero possa subire torture, si deve tenere conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani⁶⁴. Queste disposizioni danno dunque applicazione, sul piano legislativo, al principio di *non-refoulement* che, come si è già evidenziato, assume valore costituzionale poiché è ricollegabile all'effettiva tutela dell'art. 10, terzo comma, Cost., oltre ad essere previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Inoltre, va certamente valutata positivamente la modifica dell'art. 19 operata dalla legge sui minori stranieri non accompagnati del 2017 che ha introdotto nell'ordinamento il divieto di respingimento di questa categoria di minori⁶⁵. Questo intervento normativo ha consentito di fare chiarezza dopo anni di dubbi interpretativi che avevano favorito l'emergere di prassi diverse in ragione del fatto che, prima di questa modifica normativa, l'art. 19 aveva previsto, al secondo comma, soltanto il divieto generale di espulsione del minore straniero (salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi), derogabile in via eccezionale per motivi di sicurezza e ordine pubblico. Introducendo il divieto di respingimento dei minori stranieri non accompagnati, il legislatore ha dunque giustamente fatto prevalere le esigenze di tutela del minore rispetto alle azioni di contrasto dell'immigrazione irregolare. È dunque opportunamente emerso un altro limite al respingimento, limite che, in forza dell'apertura internazionalista della nostra Costituzione, ha rilievo costituzionale nel suo ricollegarsi alla necessaria attenzione all'interesse prevalente del minore derivante dal diritto internazionale⁶⁶.

64. Comma inserito dall'articolo 3 della l. n. 110 del 2017.

65. Secondo quanto previsto dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 19, comma inserito dall'art. 3, co. 1, lett. a), della l. n. 47 del 2017, nota come legge sui minori stranieri non accompagnati. Per un commento alla legge si rinvia a C. Cascone, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di protezione di minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in questa *Rivista*, n. 2.2017. Per quanto riguarda, poi, la disciplina contenuta nella legge relativa al diritto alla salute e all'assistenza sanitaria degli stranieri minorenni e in particolare di quelli non accompagnati, si veda G.A. Giuffrè, *Il regime di assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati alla luce della l. n. 47 del 2017*, in Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, 15 novembre 2017.

66. E, in particolare, dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989.

Gli aspetti negativi relativi ai divieti di respingimento previsti dall'art. 19 del TU imm. risiedono soprattutto nel fatto che si tratta di divieti limitati poiché non coincidono con quelli, più ampi, previsti dal medesimo articolo relativamente all'espulsione e che riguardano, in alcuni casi, la tutela di diritti fondamentali. Se, infatti, con l'introduzione del divieto di respingimento dei minori stranieri non accompagnati si è parzialmente posto rimedio alla mancata tutela dei minori stranieri a fronte di un provvedimento di respingimento, lo stesso non può dirsi in relazione alla tutela del diritto alla salute. La tutela di questo diritto fondamentale rappresenta, da sempre, uno dei nodi critici dal punto di vista del bilanciamento tra politiche di contrasto all'immigrazione irregolare e tutela dei diritti, anche nell'esecuzione dei provvedimenti di espulsione⁶⁷. L'art. 19 prevede soltanto il divieto di espulsione delle donne in stato di gravidanza⁶⁸. Tale divieto, però, non è esteso anche ai respingimenti. Recentemente, con il primo decreto sicurezza del 2018 è stato introdotto un nuovo divieto di espulsione (e conseguente permesso di soggiorno per cure mediche non superiore a un anno) per persone che versano in condizioni di salute di particolare gravità⁶⁹. Si tratta di un'estensione positiva se si considera la necessità di innalzare il livello di tutela del diritto alla salute nei confronti dei cittadini stranieri destinatari di provvedimenti di espulsione. Tale disposizione andrebbe però estesa anche alle ipotesi di respingimento poiché, in questo caso, viene eccessivamente sacrificata l'esigenza di tutela della salute.

6. I nodi attuali del respingimento differito

Come noto, in base a quanto previsto dall'art. 10 TU imm., esistono due tipologie di respingimento. Il respingimento immediato alla frontiera, misura che comporta una limitazione della libertà di circolazione dello straniero⁷⁰, e il respingimento differito, vale a dire il respingimento con accompagnamento alla frontiera disposto dal questore nei

67. Il diritto alla salute è stato infatti tendenzialmente ridimensionato a fronte della possibilità di eseguire provvedimenti di espulsione, anche in assenza di disposizioni nell'impianto originario del TUI che prevedessero tale tutela. Si veda, sul punto, se si vuole, F. Scuto, *Il diritto sociale alla salute, all'istruzione e all'abitazione degli stranieri "irregolari": livelli di tutela*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2008, p. 381 ss.

68. Divieto al quale si è aggiunto, grazie alla sentenza n. 376 del 2000 della Corte costituzionale, il divieto di espulsione del marito convivente della donna durante il periodo della gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio.

69. Si fa riferimento all'art. 19, co. 2, lett. d)-bis, lettera aggiunta dall' art. 1, co. 1, lett. g), del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132.

70. Libertà di cui non è titolare lo straniero non regolarmente soggiornante. Tale limitazione non confligge peraltro con la riserva di legge di cui all'art. 16 Cost., anche in ragione del fatto che in materia si deve applicare l'art. 14 del Regolamento UE relativo al Codice di attraversamento delle frontiere Schengen. Cfr., Sul punto, P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 1.

confronti dello straniero che, entrando nel territorio statale sottraendosi ai controlli di frontiera, sia stato «fermato all'ingresso o subito dopo»⁷¹. In questa tipologia di respingimento rientra anche il respingimento dello straniero che, pur non essendo legittimato all'ingresso, sia stato temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso. Nella seconda tipologia di respingimento, pertanto, l'attuazione del provvedimento non è immediata e l'allontanamento avviene mediante una procedura simile a quella dell'accompagnamento coattivo a seguito di un provvedimento di espulsione.

Data la sua natura e le procedure ad esso connesse, il respingimento differito presenta notevoli problemi di costituzionalità e può essere assimilato alle questioni problematiche sollevate dai provvedimenti di espulsione e dal trattenimento dello straniero su cui si è più volte soffermata la dottrina⁷². Ci si riferisce, in particolare, al fatto che il respingimento differito incide sulla sfera della libertà personale prevedendo l'accompagnamento dello straniero alla frontiera. A tale riguardo, valgono le medesime conclusioni fornite a suo tempo dalla Corte costituzionale in merito all'espulsione coattiva e alla necessità che tale provvedimento sia conforme ai limiti di cui all'art. 13 Cost.⁷³ e, in particolare, alla riserva di giurisdizione e alla necessaria convalida del giudice anche a fronte di provvedimenti eccezionali di necessità e urgenza (art. 13, terzo comma). A lungo, la dottrina ha

71. In base a quanto previsto dall'art. 10, co. 2, TU imm.

72. Nell'ampia dottrina in materia si rinvia, tra i tanti, a P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2001, p. 48; C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 80 ss.; A. Pugiotto, *“Purché se ne vadano”. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, Jovene, 2010, p. 353 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 218 ss.; R. Cherchi *Il respingimento, l'espulsione e l'esecuzione dell'espulsione, il trattenimento del cittadino di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione europea*, in *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di P. Morozzo della Rocca, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 233-235; A. Marletta, *L'illegittimità del respingimento “differito” intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa* (nota a Giudice di pace Agrigento, 18.10.2011, n. 741), in *Giur. mer.*, 2012, p. 1138 ss.; F. Vassallo Paleologo, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, pp. 15-29.

73. Si fa riferimento alle note sentt. nn. 105/2001 e 222/2004 in cui la Corte costituzionale ha stabilito che la misura dell'accompagnamento coattivo dello straniero sottesa a un procedimento di espulsione o di respingimento differito incide sulla libertà personale ex art. 13 Cost.: è stato così sgomberato il campo dal dubbio sulla sua collocazione tra le misure che limitano la libertà personale o, viceversa, la libertà di circolazione ex art. 16 Cost., per cui non è prevista alcuna riserva di giurisdizione. Si tratta quindi di misure che, evidentemente, richiedono la necessaria convalida da parte del giudice. Sulla portata di queste sentenze si rinvia alla dottrina richiamata nella nota precedente. Sul “clima” di quegli anni, tra interventi del legislatore che hanno allontanato le procedure di allontanamento degli stranieri irregolari dall'art. 13 Cost. e parziali interventi riparatori della Corte costituzionale, si rinvia a C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 3 ss. che, sul punto, evidenzia anche che – in una chiara ottica di indebolimento delle garanzie nei confronti degli stranieri – fu devoluto alla competenza del Giudice di pace il contenzioso relativo all'allontanamento degli stranieri.

giustamente rilevato i profili di incostituzionalità del respingimento differito rilevando, *in primis*, la mancata previsione nel TU imm. di una convalida da parte del giudice⁷⁴.

In questo contesto, l'intervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 275 del 2017 ha indubbiamente avuto un impatto⁷⁵. Pur dichiarando inammissibile la questione così come era stata sollevata, la Corte ha rivolto al legislatore il monito di rendere conforme all'art. 13, terzo comma Cost., la disciplina del respingimento differito che comporta l'accompagnamento coattivo alla frontiera, confermando l'incostituzionalità del TU imm. laddove non prevedeva la necessaria convalida del giudice. Sul punto è, da ultimo, opportunamente intervenuto il legislatore che, tra le norme del primo decreto sicurezza del 2018, ha introdotto la convalida da parte del giudice per i provvedimenti di respingimento differito e ha operato un rinvio alla disciplina prevista per l'espulsione anche per quanto riguarda la comunicazione al destinatario del provvedimento e la possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria⁷⁶.

Nella sentenza n. 275, la Corte costituzionale ha confermato l'impostazione del TU imm. che capovolge, nei confronti degli stranieri irregolari, eccezione e regola generale disciplinate dall'art. 13 Cost. sia per quanto riguarda le espulsioni che i respingimenti. Di fatto, i casi eccezionali di necessità e urgenza che, in deroga alla previsione generale contenuta nel secondo comma, consentono interventi provvisori dell'autorità di pubblica sicurezza sulla base del terzo comma, diventano infatti la regola per l'esecuzione di questi provvedimenti⁷⁷. Sotto questo profilo, si potrebbe ritenere che la Corte abbia fornito un'interpretazione riduttiva richiedendo l'adeguamento della normativa al terzo comma dell'art. 13 Cost. piuttosto che al secondo comma del medesimo articolo. Del resto, la

74. In relazione ai profili di dubbia legittimità costituzionale del respingimento differito sulla base della normativa del TUI adottata nel 1998 si rinvia a C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, cit., p. 158 ss.; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., pp. 287 e 530; S. Romanotto, P. Bonetti, *Respingimenti*, in www.asgi.it, p. 5; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 17 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 148 ss.

75. Per un approfondimento sul contenuto e sugli effetti di tale sentenza di rinvia a P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore*, cit. p. 4 ss.; S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 136 ss.; R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 75 ss.; V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica (Nota a Corte cost., sent. n. 275/2017)*, in Federalismi.it, n. 17, 2018.

76. Il nuovo comma 2-bis dell'art. 10 TUI è stato inserito dall'art. 5-bis, co. 1, lett. a) del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla l. 1° dicembre 2018, n. 132. La nuova disposizione rinvia alla disciplina prevista dall'art. 13 TUI per l'esecuzione dei provvedimenti di espulsione coattiva dello straniero.

77. Sul tema del capovolgimento, di fatto, delle previsioni contenute nell'art. 13 Cost. in relazione della disciplina delle espulsioni degli stranieri irregolari si rinvia a P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale*, cit., p. 44 ss.; A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 44 ss.; F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona*, cit., p. 264 ss.

Corte ha anche in questo caso optato, come aveva già fatto in passato con le richiamate sentenze relative alla disciplina delle espulsioni, per il mantenimento dell'impianto generale di questa normativa che persegue, come evidenziato dalla stessa Corte, un interesse costituzionalmente rilevante legato al mantenimento dell'ordine pubblico e al contenimento dei flussi migratori irregolari. Tuttavia, va comunque ricordato che, con il riferimento alla necessaria conformità della disciplina rispetto al terzo comma dell'art. 13 non ci si riferisce solo alla convalida giudiziaria e al necessario ruolo del giudice, lacuna da ultimo colmata dal legislatore nel 2018.

Gli ultimi interventi del legislatore, infatti, non hanno risolto altre questioni problematiche del respingimento differito rispetto alle tutele previste dall'art. 13 Cost. Ci si riferisce, in particolare, ai requisiti della eccezionalità e tassatività richiesti dal terzo comma per l'adozione, da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, di provvedimenti limitativi della libertà personale.

Quanto al requisito dell'eccezionalità, esso appare carente se riferito al respingimento differito dal momento che, di fatto, l'autorità amministrativa lo dispone di regola non appena sia accertato che uno straniero sia entrato nel territorio statale senza essere in possesso dei requisiti richiesti⁷⁸. In via di prassi, dunque, il respingimento differito rappresenta la regola e non l'eccezione.

Tale provvedimento appare, poi, difficilmente compatibile con il requisito della necessaria tassatività della previsione di legge. Il presupposto per l'adozione di un respingimento differito previsto dall'art. 10 TU imm. relativo alla circostanza che lo straniero sia fermato «subito dopo» l'ingresso nel territorio appare eccessivamente generico e indeterminato. Infatti, non è possibile stabilire con certezza nemmeno se l'enunciazione «subito dopo» si riferisca a un criterio spaziale (interpretabile come una possibilità di intervento dell'autorità di pubblica sicurezza che dovrebbe avvenire poco dopo l'attraversamento della frontiera, ma non è precisato a quale distanza dal confine), temporale (riferibile alla possibilità di effettuare il respingimento poco tempo dopo l'attraversamento della frontiera, ma non si indica entro quale termine), oppure a

78. Riguardo ai dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito del 2018 si rinvia anche alle considerazioni di R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 80 ss., secondo cui continua ad essere controversa la legittimità di norme che, prevedendo un procedimento di convalida *ex post* del decreto questorile, sono conformi al modello di cui all'art. 13, co. 3, Cost. e non a quello di cui all'art. 13, co. 2, Cost. Sotto questo profilo, a giudizio dell'A., sarebbe stato meglio se la sentenza Corte cost. n. 275/2017 avesse contenuto un monito a conformare il regime giuridico del respingimento all'art. 13, co. 2, Cost., anziché all'art. 13, co. 3, Cost., perché l'indicazione di questo comma può aver alimentato la convinzione dell'adeguatezza di un procedimento di convalida *ex post*.

entrambi⁷⁹. In relazione all'applicabilità del criterio temporale, poi, viene spontaneo domandarsi quanto possa estendersi sul piano temporale questo periodo dal momento che la norma è alquanto vaga sul punto. Quel che è certo è che l'eccessiva genericità di questa disposizione consente, in via di prassi, di adottare il respingimento differito anche diversi giorni dopo che lo straniero sia stato fermato allontanandosi, però, in questo modo, dalla *ratio* della misura del respingimento. Allo stato attuale, dunque, appare indubbio che i presupposti per l'adozione del respingimento differito continuano ad essere eccessivamente vaghi rispetto al requisito della tassatività richiesto dall'art. 13, terzo comma, Cost. Inoltre, va rilevato che lo stesso presupposto – l'ingresso irregolare nel territorio – è previsto dall'art. 13 TU imm. per l'adozione di un provvedimento di espulsione. La conseguenza è che viene assegnato un potere discrezionale eccessivamente ampio all'autorità amministrativa in ordine alla scelta sull'adozione di un provvedimento di espulsione o di respingimento differito, dal momento che i presupposti tendono a coincidere.

Nella sostanza, dunque, il respingimento differito, così come previsto dal legislatore, tende a non rispettare i limiti costituzionali per il respingimento che derivano, in questo caso, dalle garanzie contenute nell'art. 13 Cost. Queste considerazioni portano a ritenere necessario un intervento del legislatore che preveda una disciplina del respingimento differito più puntuale e rispettosa delle garanzie costituzionali. Si potrebbe, peraltro, valutare anche l'opportunità di un'abrogazione della disciplina relativa al respingimento differito. Infatti, mantenere in vigore soltanto la disciplina del respingimento immediato e quella dell'espulsione amministrativa non darebbe luogo ad alcuna lacuna legislativa. La possibilità di un superamento del respingimento differito, peraltro, sembra giustificarsi ancora di più in ragione delle modifiche operate dal decreto sicurezza del 2018 che, come si è detto, ha previsto una disciplina di questa tipologia di respingimento che rimanda a quella dell'espulsione amministrativa di cui all'art. 13 TU imm. e che, pertanto, appare come un suo doppione sul quale continuano a gravare, però, le criticità che si sono evidenziate. Oltretutto, questa tesi sembra avvalorata dal contenuto dell'art. 14 del Regolamento UE relativo al Codice di attraversamento delle frontiere che, condivisibilmente, richiede che il provvedimento di respingimento sia di «applicazione immediata». Sotto questo profilo, si potrebbe quindi anche ipotizzare un contrasto della normativa italiana che consente, di fatto, l'adozione di provvedimenti di respingimento differito piuttosto dilatati nel tempo, con la normativa dell'Unione europea e, di conseguenza con l'art. 117, primo comma, Cost.

79. Cfr., sul punto, A. Pugiotto, *Purché se ne vadano*, cit., p. 18; R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 81; V. Carlino, *Il respingimento differito dello straniero*, cit., p. 9.

7. Il caso emblematico dei respingimenti nelle zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali

Le recenti vicende legate alle pratiche con cui viene limitata la libertà personale di molti cittadini stranieri in attesa di respingimento presso le zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali, come quello dell'aeroporto di Milano Malpensa⁸⁰, sono senz'altro emblematiche poiché riassumono molte delle attuali problematiche del respingimento.

Esemplificativa, sotto questo punto di vista, è la vicenda che ha riguardato due donne, cittadine straniere, giunte nell'aeroporto milanese e destinatarie di un provvedimento di respingimento immediato, motivato dalla mancanza di un titolo valido per l'ingresso nel territorio nazionale⁸¹. In quella come in altre circostanze, il respingimento non è stato immediatamente eseguito dal vettore che le aveva condotte alla frontiera, come invece prevede l'art. 10, terzo comma, TU imm. Le due donne sono state ricondotte nei loro Paesi di origine in un caso dopo tre giorni, nell'altro dopo cinque giorni di trattenimento nella zona di transito aeroportuale. In altre circostanze, peraltro, si sono verificati respingimenti dopo ben otto giorni di trattenimento all'interno dell'aeroporto⁸². Durante il periodo intercorso tra la notifica del provvedimento di respingimento e la sua attuazione che, come si è visto, può durare anche diversi giorni, i cittadini stranieri destinatari di questi provvedimenti sono trattenuti e, in seguito, allontanati senza alcuna convalida del giudice. In base alle testimonianze raccolte, inoltre, in diversi casi viene anche impedita l'assistenza legale essendo negato il diritto ad incontrare un legale, nonostante numerose richieste di accesso. Il trattenimento avviene, in condizioni quantomeno precarie⁸³, presso una sala all'interno dell'aeroporto di Milano Malpensa dalla quale è interdetta l'uscita fino all'imbarco sul volo di rinvio.

Queste vicende, qui soltanto brevemente richiamate, sollevano diverse questioni problematiche.

80. Si rinvia, sul punto, all'indagine condotta da ASGI e, in particolare, ad ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, in www.asgi.it, 2019. Nel corso del 2018, soltanto a Milano Malpensa sono state respinte con queste modalità 2109 persone. Recentemente ASGI ha rilevato pratiche del tutto analoghe presso l'aeroporto di Roma Fiumicino.

81. Per un approfondimento della vicenda si rinvia a ASGI, *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, in www.asgi.it, dicembre 2018.

82. Cfr. ASGI, *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale*, cit.

83. In base a quanto riportato da ASGI, le dimensioni del locale comune (circa 8x6 metri) non paiono adeguate, non offrendo una superficie abitabile adeguata rispetto al numero di persone ospitate che, secondo le testimonianze, possono variare dalle dieci alle diciotto a seconda dei giorni. La sala non dispone di alcuna finestra ed è dotata solo di luce artificiale al neon accesa di giorno e di notte. Non è garantita alcuna illuminazione naturale e la luce artificiale perennemente accesa può provocare nelle persone trattenute un forte senso di spaesamento e di perenne vigilanza. Non è data la possibilità di uscire all'aria aperta. Per quanto concerne le attrezzature per dormire, vengono fornite brandine in ferro, senza materasso, posizionate una accanto all'altra.

Innanzitutto, entra in gioco, anche in questo caso, la questione del territorio e la pretesa di differenziare le tutele sulla base di una distinzione tra territorio statale e presunta extraterritorialità della zona aeroportuale. In questo caso specifico, l'attribuzione di una natura extraterritoriale alla zona aeroportuale non ha obiettivamente ragion d'essere trattandosi, indiscutibilmente, di un territorio che va posto sotto la giurisdizione statale. Questo principio, peraltro, è stato da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel noto e risalente caso *Amuur c. Francia* del 1996 in cui il giudice di Strasburgo ha esplicitamente affermato che le zone internazionali degli aeroporti non hanno natura extraterritoriale e rientrano, invece, sotto la giurisdizione dello Stato⁸⁴.

Anche sul piano delle procedure, la pratica dei trattenimenti e respingimenti nelle zone di transito aeroportuali appare decisamente controversa. Non è chiara, innanzitutto, la tipologia di questo provvedimento che, pur facendo riferimento al respingimento immediato, possiede, però, per le modalità con cui viene eseguito, le caratteristiche del respingimento differito. Inoltre, come si è visto, questi respingimenti non sono eseguiti direttamente dal vettore che aveva condotto le persone alla frontiera, come prescrive il TU imm. Si tratta, quindi, solo sul piano formale di respingimenti immediati poiché, di fatto, assumono le caratteristiche di respingimenti differiti con tempi di esecuzione eccessivamente dilatati che possono arrivare sino ad otto giorni, come dimostrano i casi richiamati. Questi respingimenti incidono, evidentemente, sulla libertà personale per il significativo periodo di trattenimento senza che siano previste le necessarie garanzie della convalida da parte del giudice e vengono praticati, pertanto, in violazione dell'art. 13 Cost.⁸⁵. Oltre alla violazione della libertà personale, in diversi casi non è garantito, come si

84. Su tale giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a F. Scuto, *Aliens' protection against expulsion and prohibition of collective expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., e a R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 63 ss.

85. Inoltre, in relazione alla conformità di tale pratica rispetto alle disposizioni del diritto dell'Unione, si potrebbero avanzare alcuni dubbi non solo in relazione al già richiamato Codice di attraversamento delle Frontiere Schengen, ma anche alla luce di alcune disposizioni della direttiva rimpatri del 2008. Per quanto riguarda il rapporto tra la disciplina italiana del respingimento e la direttiva rimpatri, S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale*, cit., p. 151, ritiene che, sebbene l'istituto del respingimento sia sottratto all'ambito di applicazione della direttiva rimpatri, l'art. 4, par. 4, di tale direttiva imporrebbe comunque agli Stati membri di assicurare agli stranieri che vi sono sottoposti un livello minimo di tutela, attraverso il rinvio ad altre disposizioni della medesima direttiva anch'esse tuttavia riconducibili alla sfera delle norme di principio, una serie di canoni o parametri che devono orientare le scelte legislative nazionali, rimettendo comunque agli Stati membri l'esatta determinazione del livello di tutela garantito. A tale riguardo, la Corte di giustizia – Corte di giustizia, grande camera, 7 giugno 2016, causa 47/15, *Sélima Affum*, §. 74 – ha sottolineato come finalità di quest'ultima disposizione, quale risulta dai lavori preparatori della direttiva, consista nel consentire agli Stati membri di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di Paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere. Il menzionato articolo 4, paragrafo 4, è diretto in tale contesto a garantire che dette procedure nazionali semplificate rispettino le garanzie minime previste dalla direttiva 2008/115, tra le quali figurano, in particolare, le condizioni relative al trattenimento di cui agli articoli 16 e 17 di tale direttiva.

è detto, il diritto all'assistenza legale. Si tratta di pratiche che, oltretutto, sono in contrasto con la disciplina del TU imm. poiché, come si è già rilevato, in base all'art. 2, la tutela dei diritti fondamentali va garantita nei confronti di ogni straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato.

A questo quadro notevolmente problematico si aggiunge la difficoltà, più volte riscontrata, nel presentare domanda di asilo. In alcuni casi, peraltro, la richiesta di protezione è stata effettivamente presentata ma le Forze di polizia di frontiera di Milano Malpensa hanno rifiutato di accogliere la domanda di asilo⁸⁶. Nella sostanza, dunque, questa forma assai controversa di respingimento con trattenimento si traduce in una drastica riduzione dei livelli di tutela dei diritti fondamentali che può anche dar luogo a uno svuotamento della tutela del diritto di asilo, nei casi in cui non sia consentito presentare una domanda di protezione⁸⁷.

In assenza di un puntuale intervento legislativo che, integrando il contenuto del TU imm. in materia⁸⁸, introduca una disciplina rispettosa dei limiti costituzionali, dunque, le pratiche di respingimento presso le zone di transito dei valichi di frontiera aeroportuali danno luogo a procedure sommarie che, oltre ad allontanarsi dalla Costituzione e dal TU imm., rompono il già difficile equilibrio esistente tra disciplina del respingimento e suoi limiti.

8. Le inefficienze dell'Unione europea e l'esigenza di un riallineamento rispetto ai principi costituzionali

Le rilevanti questioni problematiche riconducibili all'applicazione del respingimento rispetto al quadro costituzionale impongono una riflessione più ampia che non può essere delimitata all'ambito dei confini nazionali. Occorre continuare a porsi, come è evidente da tempo, il tema ineludibile della necessità di una politica comune europea su controllo delle frontiere, respingimenti ed equa ripartizione delle domande di asilo. Applicare il principio della solidarietà tra gli Stati, peraltro esplicitamente previsto dal Trattato di Lisbona come

86. Come risulta dalla richiamata indagine effettuata da ASGI secondo cui la Polizia di frontiera di Milano Malpensa ha rifiutato di accogliere la domanda di asilo di una cittadina straniera di cui è stata raccolta la testimonianza, che aveva manifestato la sua intenzione di richiedere la protezione anche a mezzo del suo legale.

87. In questi casi di respingimenti operati presso i valichi di frontiera degli aeroporti, infatti, mancano spesso le pre-condizioni per poter presentare una domanda di asilo poiché le informazioni non sono adeguate e in molti casi le persone oggetto di respingimento non dispongono dei mezzi per esprimersi a causa delle difficoltà linguistiche.

88. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito*, cit., p. 60, in riferimento alla possibilità di differenziare il trattenimento nei locali della polizia di frontiera, che incide sulla libertà personale, dal «confinamento» nelle zone di transito: quest'ultimo, se la legge prevede un termine di breve periodo e assicura la facoltà di comunicare con l'esterno, l'assistenza legale e una relativa libertà di movimento, sarebbe considerato restrittivo della libertà di circolazione.

pilastro delle politiche comuni dell’immigrazione e asilo⁸⁹, iniziare a farlo davvero, avrebbe effetti positivi per gli Stati che devono affrontare una maggiore pressione alle loro frontiere. L’equo riparto delle domande di asilo e la condivisione degli oneri dovrebbe consentire di imporre agli Stati, come contropartita, di non adottare politiche di respingimento che si pongano in aperto contrasto con la tutela del diritto di asilo e, in generale, dei diritti fondamentali.

Sotto questo profilo appare ancora più criticabile, a distanza di tempo, la politica adottata in Europa nel periodo della c.d. emergenza profughi tra il 2015 e il 2017 che non è stata in grado, neppure in quella circostanza, di costruire un effettivo sistema di asilo europeo, ma si è basata su singole iniziative di Stati improntate alla logica dell’emergenza. Iniziative che, nella maggior parte dei casi, hanno ulteriormente abbassato i livelli di tutela del diritto di asilo. Le deroghe adottate rispetto alle regole del “sistema Dublino” – l’accoglienza di un milione di profughi decisa dalla Germania nel 2015, l’“accordo” tra l’Unione europea e la Turchia e quello tra l’Italia e la Libia, la costruzione di veri e propri muri, come avvenuto in Ungheria⁹⁰ – hanno tentato di far fronte a una questione epocale in maniera estemporanea e senza un approccio complessivo basato sull’adozione di una politica comune dell’Unione. Il risultato è sotto gli occhi di tutti. Sono riemersi i muri terrestri, si è fatta strada la politica dei “porti chiusi” e, più in generale, è andata ulteriormente sviluppandosi la pratica dei respingimenti per il contrasto all’immigrazione irregolare, con il suo impatto negativo in termini di tutela dei diritti. Un bilancio negativo, dunque, che evidenzia persino un peggioramento nell’ultimo quinquennio rispetto a un quadro precedente tutt’altro che positivo.

Del resto, le recenti tensioni riaffiorate nei primi mesi del 2020 dopo la decisione del Presidente Erdoğan di riaprire temporaneamente i confini della Turchia consentendo il passaggio in Grecia e in Europa di migliaia di profughi, al fine di rafforzare la propria politica di “ricatto” nei confronti dell’Europa, hanno mostrato, ancora una volta, l’incapacità dell’Unione di affrontare la questione con politiche comuni di lungo periodo rispettose dei diritti. La risposta dell’Unione, infatti, come ben testimoniato dalla dichiarazione della Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen che ha ringraziato la Grecia per il suo ruolo di “scudo d’Europa”, è stata quella di sostenere, anche sul piano finanziario, e assecondare le politiche generalizzate di respingimento dei

89. In base a quanto previsto, come noto, dall’art. 67.2 TFUE.

90. Sulle deroghe adottate nel periodo 2015-2017 rispetto al “sistema Dublino” e sulle ulteriori criticità, sul piano della tutela dei diritti ma anche della tenuta delle fonti del diritto dell’immigrazione, che tali decisioni hanno comportato si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *La gestione dell’“emergenza” tra interventi dell’Unione europea e ordinamento nazionale: l’impatto sulle fonti del diritto dell’immigrazione*, in F. Cortese, G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull’integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 373 ss.

migranti da parte del Governo greco, azioni che in alcuni casi si sono dimostrate particolarmente violente⁹¹.

In questo contesto, il c.d. accordo siglato dall'Unione europea con la Turchia nel 2016⁹² con l'obiettivo di ridurre drasticamente gli arrivi di migranti dalla Turchia alle isole greche appare un esempio significativo delle debolezze di fondo di queste politiche. L'accordo "informale" derivante dalla Dichiarazione UE-Turchia la cui natura giuridica presenta non poche ambiguità⁹³, ha introdotto, come noto, misure straordinarie che hanno alterato il quadro generale della normativa dell'Unione su immigrazione e asilo. Il suo contenuto è piuttosto controverso anche se si procede ad un'analisi del testo. Il primo punto prevede che tutti i migranti irregolari che giungono nelle isole greche debbano essere ricondotti in Turchia. Se questa fosse la misura da applicare ci si troverebbe di fronte, evidentemente, a gravi violazioni del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea⁹⁴. Non a caso, per rendere maggiormente conforme, quantomeno sulla carta, la Dichiarazione UE-Turchia al diritto dell'Unione, in un passaggio successivo il testo ha specificato che i migranti irregolari giunti in Grecia non possono essere respinti se presentano domanda d'asilo e che, in ogni caso, devono essere rispettati il principio di *non-refoulement* e il divieto di espulsioni collettive. Si tratta, evidentemente, di una contraddizione del testo che dimostra in pieno le difficoltà di stipulare accordi di questo genere con Paesi terzi che siano efficaci per limitare i flussi migratori irregolari e siano, al tempo stesso, rispettosi della disciplina europea sul diritto di asilo e, più in generale, dei diritti fondamentali.

91. Diverse associazioni e organizzazioni, a partire da Amnesty international, hanno denunciato azioni di respingimento da parte della Grecia con cui si sono utilizzate armi da fuoco e lacrimogeni nei confronti dei migranti che tentavano di attraversare la frontiera, nonché respingimenti in mare.

92. Si fa riferimento alla Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo del 2016 che contiene il testo dell'Accordo in questione, testo reperibile in <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.

93. Si rinvia, sul punto, alle osservazioni di A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit., p. 148 secondo cui tale accordo presenta una natura informale. A giudizio dell'A., la forma è così "informale" da porre dubbi sulla natura di accordo internazionale. In tal senso però depongono il criterio sostanzialista seguito in ambito UE in materia di fonti e il contenuto dell'accordo, che comporta obblighi giuridici non riconducibili ad altri atti. Si tratterebbe, quindi, di un tipico atto di *soft law*: non ha efficacia giuridica vincolante per la sua forma ma ha effetti giuridici pratici. Sulla natura giuridica dell'accordo si rinvia, inoltre, a C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Dir. um. e dir. intern.*, n. 2, 2016, p. 405 ss.; M. Den Heijer, T. Spijkerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 7 aprile 2016; S. Peers, *The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?*, in *EU Law Analysis*, eulawanalysis.blogspot.it, 16 marzo 2016.

94. In riferimento, *in primis*, evidentemente, alla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come detto, agli articoli 18 e 19 tutela il diritto di asilo e contiene due principi come il divieto di respingimento ed il divieto di espulsioni collettive che sono finalizzati a dare, in concreto, maggiore tutela a tale diritto.

L'esempio fornito da questa Dichiarazione è quindi esemplificativo della contraddizione di fondo, che appare di fatto insanabile, tra effettività del diritto di asilo e pratica generalizzata dei respingimenti: il respingimento immediato e sommario in forza di accordi con Paesi terzi, infatti, non può essere praticato poiché svuota di contenuto il diritto di asilo.

Più in generale, l'accordo "informale" con la Turchia sembra riproporre un orientamento dell'Unione riguardo alle questioni migratorie e del diritto di asilo che lascia diverse perplessità. Sin dal Programma dell'Aia del 2004, l'Unione ha inserito tra le sue linee guida per le politiche dell'immigrazione l'obiettivo di affidare ai Paesi di origine e di transito dei flussi migratori la protezione dei rifugiati, sostenendo *in loco* i sistemi di asilo nazionali. Questa tendenza ad esternalizzare l'enorme questione della protezione internazionale al di fuori dei confini europei⁹⁵ non appare una soluzione convincente sia in ragione delle difficoltà dell'Unione a sviluppare reali politiche di partenariato con i Paesi di origine e di transito unite all'estrema debolezza della politica estera dell'Unione, sia in ragione del fatto che molti di questi Paesi terzi presentano *standard* di tutela dei diritti eccessivamente bassi e, in alcuni casi, si pensi alla Libia, non hanno neppure aderito alla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati. In relazione alla Libia, poi, per quanto riguarda il difficile rapporto tra respingimenti e tutela del diritto di asilo, l'accordo stipulato nel 2017 dall'Italia con questo Paese appare anche più problematico di quello concluso dall'Unione con la Turchia. Il tema del rispetto dei diritti è del tutto marginale nel *memorandum* d'intesa Italia-Libia e questo è un elemento di grave criticità. A differenza dell'accordo con la Turchia, inoltre, il *memorandum* non fa alcun riferimento alla necessità di rispettare il diritto di asilo.

Queste ultime osservazioni inducono a un'ulteriore riflessione. Allo stato attuale, l'esternalizzazione della gestione dei flussi migratori e dei potenziali richiedenti asilo può essere vista come la prima forma di respingimento. Nel senso che è il primo strumento, forse il più efficace, per non dover neppure applicare i respingimenti ed evitare il problema della presenza alla frontiera dei cittadini stranieri o del loro ingresso nel territorio dell'Unione. Il che, evidentemente, consente di non doversi conformare al diritto e ai diritti, *in primis* il diritto di asilo. La pratica dell'esternalizzazione del diritto di asilo e gli accordi ad essa riconducibili, in questa prospettiva, possono essere letti come il tentativo di rendere ancora più sommaria la già problematica disciplina dei respingimenti.

L'Unione europea è dunque palesemente inadeguata, allo stato attuale, per sviluppare politiche di gestione dei flussi migratori che evitino di appiattirsi sui respingimenti e di

95. Sul punto e sulle questioni problematiche connesse a questo approccio, si rinvia, se si vuole, a F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite all'immigrazione irregolare*, cit., p. 98 ss.

svuotare di contenuto il diritto di asilo, che pure è solennemente tutelato all'interno dei suoi trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Ed è anche per questa ragione che diviene più impellente una decisa inversione di marcia sul piano interno, al fine di rimettere in asse rispetto ai principi costituzionali le politiche italiane sui respingimenti e, più in generale, in materia di immigrazione e asilo.

L'analisi dei limiti costituzionali al respingimento che qui si è affrontata spinge a portare avanti la riflessione partendo sì dai limiti richiamati, ma sviluppando il ragionamento al fine di verificare in quale maniera tali limiti possano tradursi in azioni costituzionalmente conformi, se non necessarie. Nel rapporto tra art. 10, terzo comma, Cost., principio solidarista e principio personalista incardinati nell'art. 2 Cost., da un lato, e, dall'altro, l'interesse di rilievo costituzionale, più volte sottolineato dalla Corte, come si è visto, a una regolazione ordinata dei flussi migratori in ingresso, si impongono delle scelte. Allo stesso modo, nel rapporto tra sovranità, territorio e confini, da una parte, e tutela del diritto di asilo e dei diritti, dall'altra, i medesimi principi costituzionali richiedono delle politiche di gestione dei flussi migratori che seguano un approccio slegato dall'ancoraggio all'idea del confine da sigillare. Un approccio che possa considerarsi, quantomeno in parte, anche di natura extraterritoriale.

Per queste ragioni, ad esempio, appare opportuno praticare e istituzionalizzare con più convinzione l'opzione dei c.d. corridoi umanitari⁹⁶ per consentire ingressi regolari, sicuri, regolati e governati di richiedenti asilo nel nostro Paese. Si tratta, in questo caso, di forme di tutela "extraterritoriali" il cui fondamento può essere individuato anche nell'art. 10, terzo comma, Cost. stante la sua tutela, appunto, "extraterritoriale" nel senso che si è già evidenziato in precedenza e alla luce dell'interpretazione, anch'essa richiamata, fornita da tempo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. I corridoi umanitari possono essere considerati una misura costituzionalmente legittima e, forse, anche opportuna poiché consentono di dare una risposta al nodo problematico relativo alla difficoltà di accesso, in concreto, alle forme di protezione previste per dare tutela al diritto di asilo. Com'è evidente, un ricorso crescente ai corridoi umanitari potrebbe rendere, in parallelo, meno necessario un utilizzo generalizzato e così ampio delle politiche di respingimento.

Pertanto, la politica dei corridoi umanitari per i richiedenti asilo dovrebbe rientrare con maggiore decisione nelle politiche strutturali dell'Unione nell'ottica di un superamento dell'attuale Sistema Dublino. Essa rappresenta, infatti, una misura di contrasto

96. Per un inquadramento del tema dei corridoi umanitari, intesi come vie di accesso legali e sicure alla protezione internazionale all'interno dell'UE nonché alla questione dei visti umanitari tra giudici di Lussemburgo e Strasburgo, si rinvia a F.L. Gatta, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1, 2019.

all'immigrazione irregolare – con tutti i gravi problemi che genera tale fenomeno anche in termini di perdite di vite umane nel Mediterraneo – e, al tempo stesso, un tentativo di regolamentazione e governo dei flussi migratori di ingresso per motivi umanitari. Sotto questo profilo, va dato atto alla Commissione europea di avere tentato di implementare tale politica poiché nella sua Agenda per l'immigrazione del 2015 ha previsto, oltre al ricollocamento temporaneo delle domande di asilo, la misura del reinsediamento di cittadini stranieri per consentire, appunto, l'ingresso con canali regolari di richiedenti asilo da Paesi terzi a Stati dell'Unione europea con una suddivisione delle domande di protezione. Sul piano numerico, però, gli esiti di questa azione sono stati deludenti. Dal momento che, com'è evidente, l'Unione europea non è in grado, allo stato attuale, di procedere in questa direzione, appare opportuno tentare di perseguire questa strada sul piano interno considerandola come una delle possibili applicazioni dei principi costituzionali in materia.

Un altro esempio di una possibile azione concreta finalizzata a realizzare politiche in grado di rispettare i limiti costituzionali al respingimento, riguarda l'inversione di rotta della disciplina legislativa attualmente in vigore in Italia relativamente all'ingresso di lavoratori stranieri. Una disciplina che, come noto, sulla base dell'impianto del TU imm. introdotto dalla legge Bossi-Fini del 2002, rende oggettivamente proibitivi gli ingressi regolari per motivi di lavoro nel nostro Paese⁹⁷. Una radicale e necessaria inversione della normativa italiana in materia attenuerebbe la tensione esistente tra pratica dei respingimenti e principi costituzionali, poiché ridurrebbe i numeri dei flussi migratori irregolari e consentirebbe, quindi, di ridimensionare le politiche di respingimento.

Nella sostanza, la traduzione in politiche attive dei limiti costituzionali al respingimento sembra richiedere interventi, quali, ad esempio, quelli appena richiamati, che trovano un loro fondamento costituzionale anche nei limiti (costituzionali) al respingimento.

Come si è visto, l'estensione e la generalizzazione della misura del respingimento solleva evidenti criticità sul piano costituzionale. Criticità che, per le ragioni che si sono illustrate, non possono essere superate mediante un intervento dell'Unione europea che, in ogni caso, richiederebbe comunque tempi lunghi anche qualora si optasse, opportunamente, per un radicale ripensamento delle politiche comuni in materia. Le attuali questioni aperte richiedono quindi di ricondurre nell'immediato la disciplina del respingimento al quadro costituzionale e, *in primis*, alla tutela costituzionale del diritto di asilo.

97. Come noto, la disposizione relativa al c.d. contratto di soggiorno lega la possibilità del rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato, e quindi l'ingresso regolare in Italia per motivi di lavoro, all'esistenza di un contratto tra datore di lavoro e cittadino straniero prima che quest'ultimo giunga in Italia (art. 5-*bis* del TUI).

Sotto questo profilo, l'art. 10, terzo comma, Cost., va interpretato non tanto dal punto di vista della sua portata più ampia rispetto a quella prevista dalla Convenzione di Ginevra sulla quale poggia la normativa dell'Unione europea in materia⁹⁸. Non è questo, allo stato attuale, il problema principale da affrontare che consiste, piuttosto, come si è evidenziato, nel progressivo svuotamento di effettività del diritto di ricevere protezione. Il legislatore ha ulteriormente aumentato le problematiche già esistenti in questo ambito mediante l'adozione dei due decreti sicurezza che, in un certo senso, hanno fatto crollare il castello tenuto faticosamente in piedi in questi decenni dalla normativa contenuta nel TU imm. In precedenza, infatti, era legittimo ritenere che, pur avendo l'asilo costituzionale portata più ampia rispetto alla Convenzione di Ginevra e al diritto d'asilo dell'Unione che ad essa fa riferimento, l'implementazione delle direttive europee⁹⁹ e le norme del TU imm., in particolare i permessi di soggiorno per motivi umanitari¹⁰⁰, garantissero, quantomeno sulla carta, un soddisfacente livello di tutela¹⁰¹. Tutela che, come si è rilevato, è andata comunque affievolendosi con l'aumento delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare. Il quadro, ora, è decisamente mutato in peggio. Con il primo decreto sicurezza del 2018, infatti, la protezione umanitaria prevista dal TU imm. nei confronti di cittadini stranieri che, pur non potendo ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria, potevano comunque essere ritenuti meritevoli di ricevere protezione, è stata abrogata¹⁰² e

98. Laddove, infatti, l'art. 10, co. 3, Cost. ritiene sufficiente per assegnare la protezione che lo Stato da cui proviene lo straniero non rispetti effettivamente i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, la Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati ammette, invece, il riconoscimento dello *status* di rifugiato soltanto nei casi in cui vi sia stata una accertata persecuzione individuale, oppure qualora lo straniero in fuga dal Paese di provenienza abbia il fondato timore di essere perseguitato. La Convenzione presuppone pertanto – a differenza del precetto costituzionale – una specifica azione persecutoria indirizzata verso lo straniero. Cfr., sul punto, G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, p. 94.; G. Strozzi, *Rifugiati e asilo territoriale*, in E. Vitta, V. Grementieri (a cura di), *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 366; M.R. Saulle, *Il diritto di migrare come diritto fondamentale*, in *Affari sociali internazionali*, fasc. II, 1992, p. 71 ss.

99. Direttive che hanno introdotto una disciplina relativa alle modalità di applicazione del diritto asilo e un'ulteriore forma di tutela come la protezione sussidiaria.

100. Si trattava della disposizione del TUI relativa ai c.d. permessi di soggiorno per motivi umanitari (art. 5, co. 6, d.lgs. 286/1998), in base alla quale si prevedeva che il questore potesse rilasciare permessi di soggiorno per motivi umanitari nei confronti di cittadini stranieri che non erano nelle condizioni di ottenere lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria. Tali permessi potevano essere rilasciati qualora ricorressero seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano. Si trattava, nella sostanza, di una ulteriore forma di applicazione della tutela costituzionale del diritto di asilo di cui all'art. 10, co. 3, Cost.

101. A tale riguardo va ricordato che l'asilo costituzionale è stato comunque interpretato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., sez. VI, n. 10686/2012, confermata da Cass. civ., sez. VI, n. 16362/2016) come sostanzialmente assorbito dalle forme di protezione derivanti dalla normativa dell'Unione europea (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) e dalla normativa italiana relativa, appunto, alla protezione umanitaria.

102. Sulle nuove norme in materia di protezione umanitaria e sui profili di dubbia legittimità costituzionale relativi all'abrogazione della clausola generale di protezione umanitaria si veda C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, Pisa, Pacini giuridica, 2019, p. 3 ss.; v. M. Balboni, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, cit., p. 20 ss.; D. Belluccio, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di*

sostituita da tipologie specifiche di permessi di protezione per motivi umanitari assai limitate e precarie nei livelli di tutela¹⁰³. Il decreto sicurezza *bis* del 2019, poi, consentendo di impedire l'accesso delle imbarcazioni con a bordo migranti nei porti italiani, ostacola l'applicazione dell'asilo costituzionale. Il legislatore ha quindi inserito nuovi mattoni nell'edificio costruito per contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare che, di fatto, contribuiscono a ridimensionare la portata del diritto di asilo costituzionale.

I giudici possono certamente attenuare alcuni eccessi della disciplina in vigore, ma il loro intervento non può essere considerato sufficiente, da solo. È quindi indispensabile che la politica torni ad affrontare la questione con un approccio diverso, ripristinando e ristrutturando l'edificio costituzionale del diritto di asilo. L'intervento riparatore del legislatore, *in primis* per quanto riguarda la disciplina introdotta dai due decreti sicurezza, è, pertanto, necessario e ineludibile.

soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno in Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza, cit., p. 31 ss.

A tale riguardo, va evidenziato che la già richiamata, recente, sentenza n. 194 del 2019 della Corte costituzionale apre la strada a un sindacato di ragionevolezza sulle norme del decreto legge sicurezza del 2018 che può condurre alla loro declaratoria d'illegittimità costituzionale in presenza delle seguenti condizioni: *a)* consolidamento di una prassi amministrativa *non costituzionalmente orientata*; *b)* insufficienza dell'intervento del legislatore Regionale, dell'amministrazione regionale e locale e della magistratura nell'assicurare adeguata garanzia dei diritti inviolabili e del diritto d'asilo. Per un commento, sotto questo profilo, della sentenza in questione si rinvia a E. Cavasino, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, cit, p. 51 ss.

103. Le nuove tipologie di permessi di soggiorno sono state introdotte mediante il decreto legge n. 113 del 4 ottobre 2018, convertito in legge dalla legge n. 132 del 1° dicembre 2018. Si tratta, in particolare, dei seguenti permessi di soggiorno: permesso di soggiorno «per cure mediche», secondo quanto previsto dall'art.19, co. 2, lett. d-*bis* TU imm.; permesso di soggiorno «per calamità», secondo quanto previsto dall'art. 20-*bis* TU imm.; «permesso di soggiorno per protezione speciale» (art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008, come modificato dal d.l. n. 113/2018) nel caso in cui la Commissione territoriale che esamina la domanda di asilo dello straniero ritenga sussistente il rischio di persecuzione o di tortura di cui all'art. 19, co. 1 e co. 1.1 TU imm.