

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2023

L'ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO: PROBLEMI E PROSPETTIVE

di Claudio Panzera

Abstract: *Un terzo delle Costituzioni vigenti riconosce il diritto all'asilo, tre Stati su quattro hanno sottoscritto la Convenzione di Ginevra sui rifugiati e tutti i Paesi membri dell'UE condividono un sistema comune di asilo. Nonostante l'abbondanza di regole, l'istituto attraversa da tempo una crisi di effettività che, alla lunga, potrebbe tradursi anche in una crisi di legittimità. Il rischio che le garanzie apprestate restino "sulla carta" è particolarmente elevato nella prospettiva dell'accesso all'asilo: dinnanzi alle gravi crisi umanitarie del tempo presente, questo rappresenta "il" problema davvero comune alle diverse forme di protezione in cui si articola l'istituto. Al nocciolo della questione, com'è noto, sta l'ambiguo rapporto fra asilo e sovranità territoriale degli Stati. Sullo sfondo di questa relazione problematica, verranno messi a confronto i regimi di tutela esistenti sotto il profilo dell'accesso alla protezione, rispetto a cui emerge il ruolo integrativo e sussidiario attualmente svolto dalla disciplina costituzionale. Speciale attenzione sarà riservata, sempre limitatamente al tema dell'accesso, alle recenti novità legislative intervenute in materia, per concludere con alcune considerazioni de iure condendo.*

Abstract: *One third of the world Constitutions enshrines the right to asylum, three States out of four are Parties to the 1951 Refugee Convention while EU Members share a common asylum system. Nonetheless, this right is suffering a crisis of effectiveness that in the long run might undermine its legitimacy. The risk of turning this fundamental right in a droit de papier becomes dramatically real when access to asylum comes at stake. In light of the imperative challenges of the several world humanitarian crises, this appears a key issue for all the existing tools of protection for asylum seekers. The core of the question lays on the well-known ambiguity concerning the 'right to asylum-State sovereignty' correlation. Against this backdrop, the different types of protection available will be confronted, as to emphasize the integrative and supplementary role of the constitutional regime. Special attention will be given to the recent legislative enactments on the subject, to finally offer some prospective conclusion.*

L'ACCESSO AL DIRITTO DI ASILO: PROBLEMI E PROSPETTIVE

di Claudio Panzera*

In memoria di Cecilia Corsi

SOMMARIO: 1. Un *droit de papier*? – 2. Stranieri e territorio. – 3. Per un'eguale libertà di migrare. – 4. Asilo e accesso al territorio: una prospettiva multilivello. – 5. segue: l'art. 10, co. 3, Cost. fra autonomia concettuale e sussidiarietà funzionale. – 6. Le novità introdotte dal d.l. n. 20/2023: prime osservazioni. – 6.1. L'inserimento di rifugiati e apolidi nel decreto flussi. – 6.2. Ingressi protetti e sistema di accoglienza e integrazione. – 6.3. La nuova procedura accelerata di frontiera. – 7. Vie legali di ingresso per i richiedenti asilo come vie d'uscita dall'*impasse*.

1. Un *droit de papier*?

Oltre un terzo delle Costituzioni vigenti garantisce, in varie forme, il diritto di asilo e quasi tre quarti dei Paesi membri dell'ONU (145) hanno ratificato la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 1951¹. Ulteriori vincoli discendono da specifiche previsioni contenute in strumenti di tutela settoriale, come la Convenzione sui diritti dell'infanzia del 1989 (art. 22), ratificata da 196 Stati, e soprattutto regionale: è il caso della Convenzione americana sui diritti umani del 1969 (art. 22, par. 7), cui aderiscono 25 Paesi dell'Organizzazione degli Stati americani, e della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 (art. 12, par. 3), recepita da 54 Stati dell'Unione africana. Per quanto riguarda il Vecchio Continente, poi, 46 Stati sono vincolati alla protezione *par ricochet* apprestata dalla CEDU (i cui artt. 2 e 3, unitamente all'art. 4 prot. n. 4, garantiscono una tutela rafforzata contro il *refoulement*) e 27 di questi condividono anche un sistema comune di asilo in quanto membri dell'Unione europea (art. 78 TFUE).

Nonostante la materia appaia sufficientemente regolata a vari livelli, ottenere la protezione cui si ha diritto costituisce ancora, per molti richiedenti, l'ambito traguardo di un

* Professore associato di diritto costituzionale, Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.

1. I contenuti e le modalità della protezione costituzionale differiscono significativamente. Talvolta l'asilo è configurato come un diritto individuale (ad es. in Italia e Germania), talaltra come prerogativa sovrana dello Stato (così in Francia, Cina, Croazia e Ucraina); di solito formulato in termini generali e (apparentemente) incondizionati, in determinati casi è invece garantito subordinatamente all'interesse pubblico (Arabia Saudita) o solo in assenza di alcuni impedimenti (Croazia, El Salvador, Iran); alle previsioni compiute e autosufficienti – ancora quella italiana – si contrappongono, poi, clausole di rinvio integrale alla legge (come in Albania, Colombia, Polonia, Slovenia e Spagna) o alle norme internazionali vigenti (Romania, Russia). Nell'evoluzione in materia si possono cogliere tre generali fenomeni. V'è, anzitutto, una significativa *costituzionalizzazione* dell'istituto, disciplinato ormai dal 35% dei testi vigenti (era appena l'11% nel secondo dopoguerra); una scelta dietro la quale si mescolano tradizioni giuridiche e spinte ideali, battaglie ideologiche e calcoli economici, esigenze demografiche e interessi reputazionali [cfr. L. Kowalczyk-M. Versteeg, *The Political Economy of the Constitutional Right to Asylum*, in *Cornell L.R.*, 2017, vol. 102(5), p. 1219 ss., spec. p. 1250 ss.]. Secondariamente, si registra una progressiva estensione *in chiave umanitaria* del modello di asilo, quale risposta preordinata non solo ai fenomeni di persecuzione "politica" ma rivolta anche ad altre forme di privazione della dignità e libertà della persona. A questa curvatura si accompagna, infine, l'*avvicinamento* delle garanzie statali a quelle internazionali e sovranazionali, tarate sulla figura convenzionale del "rifugiato".

percorso irto di ostacoli e dall'esito spesso incerto². Essi risultano spesso titolari *solo sulla carta* di un diritto che pure si assume universale³. Le cause di questa ridotta effettività sono molteplici, ma non sembrano derivare dalla penuria di regole quanto, piuttosto, da difficoltà di coordinamento fra le stesse, da carenze, rigidità e distorsioni nella loro attuazione e – non ultimo – dalla parziale o totale inadeguatezza (originaria o sopravvenuta) di alcune di esse rispetto all'attuale dinamica delle migrazioni c.d. "forzate"⁴. Il numero delle persone interessate è in crescita esponenziale nel nuovo millennio: le ultime stime dell'UNHCR parlano di oltre 100 milioni a metà del 2022 (il doppio rispetto al 2013 e cinque volte il numero registrato nel 2000), di cui il 40% sono rifugiati, richiedenti asilo e altre categorie assimilate⁵. Correlando tali dati all'aumento della popolazione mondiale, passata da 6 a 8 miliardi nello stesso periodo, risulta un costante incremento del tasso di rifugiati, profughi e richiedenti asilo nel XXI secolo: dallo 0,35% nel 2000 allo 0,64% del 2013, fino all'1,25% del 2022.

Plurimi interventi sarebbero necessari per trasformare l'asilo da diritto "di carta" in un diritto "effettivo" in tutti i casi in cui lo si possa invocare con ragionevole fondamento. In questo contributo ci si soffermerà, in particolare, sulla questione dell'*accesso* all'asilo. Non tanto dal punto di vista soggettivo, ossia dei titolari della protezione (che dipende dal modello normativo di riferimento), bensì su quello oggettivo delle modalità o condizioni di esercizio del medesimo. Di fronte alle gravi crisi umanitarie del tempo presente, la garanzia nell'accesso all'asilo rappresenta evidentemente *il problema* davvero comune alle diverse forme di protezione vigenti, toccandone uno dei «nodi strutturali irrisolti»⁶, ossia il collegamento del richiedente con il territorio dello Stato di rifugio.

Dopo aver brevemente inquadrato il tema sullo sfondo del problematico rapporto fra lo straniero e il territorio statale (§§ 2-3), si confronteranno i regimi di protezione esistenti per il profilo che qui interessa (§ 4), mettendo in risalto la funzione integrativa e sussidiaria assoluta dall'asilo costituzionale ed alcuni aspetti critici del nuovo corso interpretativo inaugurato da una recente giurisprudenza (§ 5). Verrà poi esaminato l'impatto sul tema

2. Per una schietta disamina delle maggiori criticità a livello regolativo e applicativo nell'ordinamento italiano, v. per tutti G. Famiglietti, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino, Giappichelli, 2021.

3. Cfr. l'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

4. Com'è noto, mentre esiste una definizione giuridica di rifugiato (art. 1A della citata Convenzione di Ginevra del 1951), il concetto di "migrazione forzata" è oggetto di studio ed elaborazione prevalentemente da parte di altre discipline – storiche, antropologiche, sociologiche e politiche – e presenta, oltre ad aree di parziale sovrapposizione semantica, contorni sfumati e incerti. Neppure la distinzione tra migrazioni forzate e migrazioni volontarie – cruciale nel campo giuridico – può dirsi rilevante per tutti gli ambiti disciplinari (non lo è, ad es., in antropologia: cfr. S. Stankovic-J. Ecke-E. Wirtz, *Forced Migration*, in *Oxford Research Encyclopedia of Anthropology*, a cura di M. Aldenderfer, 22 dicembre 2021, <https://bit.ly/3KiRh8q>). Comunque sia, l'ambigua etichetta comprende situazioni eterogenee di "costrizione" ad abbandonare il luogo in cui si vive, generalmente contrapposte a scelte migratorie "volontarie", e abbraccia una casistica piuttosto ampia: persecuzioni, guerre, violenze o altri gravi disordini pubblici, ma anche privazione dei diritti umani, catastrofi climatiche e ambientali o, infine, l'essere vittime di tratta, traffico e sfruttamento. Al lemma «Forced Migration» del *Glossary on Migration* predisposto dall'Organizzazione mondiale per le migrazioni (2nd ed., IOM, Geneva 2019, p. 77), si parla di genericamente di «A migratory movement which, although the drivers can be diverse, involves force, compulsion, or coercion», precisando però che l'uso del termine è discusso come pure la distinguibilità, in non pochi casi, tra movimenti forzati e volontari. Analogamente, l'*Asylum and Migration Glossary* edito dall'European Migration Network (EMN, ult. agg. 2021, <https://bit.ly/3KFThsu>) definisce il migrante forzato «A person subject to a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes».

5. Cfr. UNHCR, *Mid-Years Trends 2022*, in <https://bit.ly/3zypBav>.

6. P. Bonetti, *Editoriale. La crisi afghana come spunto per risolvere i nodi strutturali del diritto di asilo*, in questa Rivista, 3.2021, p. X.

dell'accesso all'asilo delle novità contenute nel c.d. decreto "Cutro" (§ 6), per concludere con alcune notazioni finali (§ 7).

2. Stranieri e territorio

A causa della loro maggior vulnerabilità, i titolari del diritto d'asilo sono oggetto di un particolare *favor* nella disciplina internazionale sul trattamento degli stranieri. Gli standard normativi variano in base all'intensità della protezione riconosciuta e al tipo di situazione giuridica considerata, ma non sono in genere lontani dal trattamento goduto dai cittadini dello Stato ospitante o riservato agli stranieri stabilmente integrati (ad es., residenti a tempo indeterminato)⁷. Anche la Costituzione italiana, che disciplina in modo autonomo la figura dell'asilante (art. 10, co. 3) da quella dello straniero comune (art. 10, co. 2), offre un implicito avallo a tale impostazione⁸.

La differenza di posizioni rileva pure in rapporto all'accesso e alla permanenza dello straniero nel territorio, «regolati in modo diverso» – afferma il giudice costituzionale – «a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. "migranti economici"»⁹. Tale diversità si apprezza specialmente dal punto di vista del modello *costituzionale* di asilo, del cui contenuto precettivo fanno indubbiamente parte l'ingresso e il soggiorno (temporaneo), oggetto di un vero e proprio *diritto soggettivo* dello straniero «al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana»¹⁰. Si tratta di un «effetto proiettivo» della garanzia costituzionale, che «rompe l'impostazione dogmatica tradizionale» su cui viene solitamente a giustificarsi il diverso trattamento di cittadini e stranieri nel diritto interno¹¹, la quale, si vedrà, connota in modo ancora preponderante gli altri regimi di protezione esistenti.

Per meglio comprendere le implicazioni del riconoscimento costituzionale di un diritto soggettivo "perfetto" all'asilo¹² in ordine al problema dell'accesso al territorio, può essere utile ripercorrere nelle sue linee essenziali la nota giurisprudenza costituzionale relativa allo straniero in generale.

Il rapporto esclusivo con il territorio rappresenta da sempre, insieme alla partecipazione politica, uno dei tratti qualificanti lo *status civitatis* negli ordinamenti contemporanei. Mentre i diritti politici costituiscono il "nocciolo" della cittadinanza in senso *sostanziale* (la partecipazione attiva al governo della comunità), l'incolato appare il contenuto minimo ed

7. Sui diversi standard previsti nel diritto internazionale e dell'UE, cfr. per tutti B. Nascimbene, *Asilo e statuto di rifugiato*, in AIC, *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, Jovene, 2010, p. 327 ss.

8. Come si sa, la nozione giuridica di straniero non è affatto unitaria bensì frammentata in un'ampia tipologia di figure corrispondenti alla pluralità dei modelli di regolazione previsti dall'ordinamento, accomunabili soltanto "in negativo" dall'assenza dello *status civitatis*. Per tutti, E. Grosso, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. pubbl.*, vol. XV, Torino, Utet, 1999, p. 159.

9. Sent. n. 5/2004, sulla penalizzazione della violazione dell'ordine di lasciare il territorio.

10. Resta confinata al dibattito più risalente l'opposta conclusione secondo cui l'asilante, non diversamente da qualunque altro straniero, vanta un mero interesse legittimo all'ingresso e soggiorno: cfr. G. Biscottini, *L'ammissione e il soggiorno dello straniero*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Padova, Cedam, 1957, p. 174, ribadita ancora in Id., *Rifugiati*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, Giuffrè, 1989, p. 900.

11. M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, Cedam, 2007, p. 178.

12. Il rinvio che l'art. 10, co. 3, Cost. fa alla legge per le «condizioni» di esercizio dell'asilo non inficia l'immediata azionabilità del diritto medesimo, onde ottenerne l'accertamento in via giudiziaria: così, già C. Esposito, *Asilo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 224; in giurisprudenza, dopo la storica decisione di App. Milano, 27 novembre 1964, v. spec. Cass. civ., SU, sent. 26 maggio 1997, n. 4674.

essenziale di quella in senso *formale* (l'appartenenza giuridica allo Stato)¹³. Gli uni e l'altro derivano come logica conseguenza dalla "incorporazione" del popolo – l'insieme dei cittadini – nello Stato democratico e al contempo dalla natura territoriale di tale forma politica¹⁴. In tale prospettiva, quegli aspetti differenziano radicalmente, e irriducibilmente, la posizione giuridica dello straniero rispetto a quella del cittadino¹⁵.

Nell'affermare il principio di eguaglianza fra cittadini e stranieri quando è in gioco la protezione dei diritti inviolabili della persona¹⁶, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che sia proprio il diverso rapporto con il territorio a giustificare, in ultima istanza, differenze di trattamento (non arbitrarie) sulla base della nazionalità.

In una risalente questione concernente il reato di omessa denuncia all'autorità di pubblica sicurezza delle generalità dello straniero ospitato, la Corte si sofferma ripetutamente sul legame con il territorio quale esemplificazione di quelle differenze di fatto fra cittadini e stranieri il cui apprezzamento consente di modulare sul piano soggettivo la disciplina (non della titolarità, bensì) del godimento dei diritti di libertà che spettano a tutti:

Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati¹⁷.

Si tratta di dati incontestabili ma, a ben vedere, di natura *giuridica* prima che fattuale. La "normalità" delle situazioni concernenti il cittadino negli ambiti richiamati (stabilità dell'elezione del domicilio, diritto a risiedere liberamente dove e quanto si vuole, divieto di espulsione) è *creata* dalla previsione di quelle medesime fattispecie legali; non è un *fatto*

13. Sul diritto di residenza nel territorio come unico contenuto davvero indefettibile della cittadinanza-appartenenza, cfr. G.U. Rescigno, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 41 ss.

14. Cfr. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Dritte Auf., Häring Verlag, Berlin 1914, p. 394 ss.

15. Invero, è discusso se sia consentito al legislatore ordinario estendere la rappresentanza politica nazionale, come mero diritto *legale*, anche agli stranieri regolarmente residenti: per una ricostruzione del nutrito dibattito in tema, si rinvia per tutti a I. Ciolli-P. Chirulli, *Partecipazione politica*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 505 ss.

16. A partire dalla lontana affermazione circa la riferibilità dell'art. 3, co. 1, Cost. – interpretato sistematicamente con gli artt. 2 e 10, co. 2, Cost. – a tutti e non solo ai cittadini, «quando trattisi di rispettare [i] diritti fondamentali» della persona: sent. n. 120/1967 (in tema di libertà provvisoria su cauzione). Anche in quest'ambito – di incerta perimetrazione – situazioni diverse richiedono trattamenti diversi, sicché la parificazione fra cittadini e stranieri non è né assoluta né totale, ma graduata secondo apprezzamenti discrezionali del legislatore soggetti a un controllo di razionalità/ragionevolezza successivo (cfr. M. Luciani, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/1992, p. 217). A questo punto, come si vedrà, il problema principale diventa comprendere quale spazio possa avere il possesso della cittadinanza «all'interno del sindacato di "ragionevolezza"» (così, M. Cuniberti, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1997, p. 168, c.vo testuale; v. pure C. Corsi, *Lo Stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, p. 122 ss.). Per altri versi, il giudizio di eguaglianza si è esteso nel tempo oltre l'area considerata, andando a coprire la disciplina di garanzie o prestazioni non concernenti diritti "fondamentali" (per un esempio, v. la sent. n. 432/2005 sul diritto degli invalidi civili totali a circolare gratuitamente sui mezzi del trasporto pubblico locale lombardo). Fra i primi a sostenere che l'art. 3 comporti un generale divieto di discriminazioni arbitrarie in danno agli stranieri, L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 206 ss.

17. Sent. n. 104/1969, ma la conclusione è di lì a poco ribadita anche in riferimento al parallelo obbligo di denuncia dello straniero assunto per lavoro: sent. n. 144/1970.

registrato dal diritto oggettivo, ma un *effetto* intenzionale della “normatività”¹⁸. Le differenze di trattamento disposte dal legislatore finiscono, così, per essere difficilmente sindacabili poiché del tutto autoreferenziali, visto che «proprio il soggetto chiamato a non discriminare irragionevolmente fra cittadini e stranieri (lo Stato) sarebbe allo stesso tempo legittimato a determinare in che misura le loro condizioni sono davvero “diverse”»¹⁹. Il punto, piuttosto, è capire se, ai fini del rispetto dell’eguaglianza formale, il diverso trattamento legale abbia o meno un fondamento razionale nella situazione di fatto; in altri termini, se la generalizzazione legislativa sia a propria volta “ragionevole” in quanto «realmente idonea ad esprimere la “situazione reale” del soggetto»²⁰. Forse spinta dalla consapevolezza del cortocircuito ingenerato, la Corte esplicita alla fine l’unico, “vero” elemento di fatto che impedirebbe di omologare la posizione giuridica del cittadino e dello straniero: quella «basilare differenza [...] consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»²¹.

Lo spunto viene sviluppato nella giurisprudenza successiva, in relazione a questioni che attengono in via diretta al legame (di regola precario e temporaneo) dello straniero con il territorio, come nelle vicende concernenti l’esercizio del potere espulsivo. Il “fatto” che solo il cittadino abbia il diritto «di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo», e non possa «esserne allontanato per nessun motivo», si spiega per la Corte con i caratteri intrinseci della statualità, rappresentando l’insieme dei cittadini (il popolo) uno degli elementi indefettibili per l’esistenza dello Stato²². Viceversa, la mancanza «di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato», non consentirebbe allo straniero di vantare un analogo *status libertatis* in ordine all’ingresso, alla circolazione e al soggiorno sul territorio²³. Questi, infatti,

non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni, e per lo più, per un periodo determinato, sottostando a quegli obblighi che l’ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile.

Lo Stato ospitante può, pertanto, revocare in ogni momento il permesso di soggiorno o limitare la circolazione di esso straniero nel proprio territorio, così come l’ordinamento prevede, nella salvaguardia pur sempre dei [suoi] diritti fondamentali²⁴.

Nella valutazione della richiesta dello straniero di accedere al territorio o di rimanervi confluiscono interessi pubblici di varia natura, quali «la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione»²⁵, il cui “peso” determina per lo straniero una «tutela meno intensa» rispetto

18. Non incide su tale conclusione l’osservazione, contenuta nella sentenza citata, che le diversità rilevate si rinvenivano in ogni ordinamento, come se ciò solo bastasse a trasformare una valutazione giuridica in un dato di realtà oggettivo o “naturale”. Altra cosa è sostenere – come propone M. Luciani, *op. cit.*, p. 219 – che tali elementi rilevino all’interno del giudizio di ragionevolezza.

19. M. Luciani, *op. et loc. ult. cit.*

20. M. Cuniberti, *La cittadinanza*, cit., pp. 178 e 180.

21. *Ibid.*

22. Sent. n. 244/1974, in tema di allontanamento prefettizio con foglio di via obbligatorio.

23. Sent. n. 62/1994, in materia di espulsione giudiziaria su richiesta dell’interessato come alternativa all’espiazione della pena, ove, è appena il caso notare, la presunta disparità era denunciata in quanto in danno *al cittadino*.

24. Sent. n. 244/1974.

25. Sent. n. 62/1994.

al cittadino²⁶. Sempre a questo genere di interessi pubblici rimanda l'ellittico richiamo fatto, anni dopo, al presidio delle frontiere come compito «ineludibile» dello Stato²⁷ e alla ordinata gestione dei flussi quale «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale»²⁸. Nella prospettiva considerata, quelle sull'ingresso e soggiorno degli stranieri sono regole (limiti) indispensabili «poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali»²⁹.

Non si tratta, invero, di argomenti particolarmente innovativi: già verso la fine del XIX secolo, la Corte Suprema statunitense qualificava il potere di rifiutare l'ingresso o di espellere lo straniero, comunque fosse regolato (in termini assoluti o condizionati, in tempo di pace o di guerra), «an inherent and inalienable right of every sovereign and independent nation, essential to its safety, its independence, and its welfare»³⁰. Nello stesso periodo, al di qua dell'Atlantico, la posizione giuridica dello straniero rispetto al territorio veniva attenuandosi da generale diritto di libertà³¹ ad interesse legittimo³², finendo con l'essere interamente attratta nel cono d'ombra del potere discrezionale dell'amministrazione e soggetta alle (minori) garanzie giurisdizionali interne alla medesima³³. Soltanto la separazione formale di status fra cittadino e straniero poteva continuare ad occultare, ma non completamente, la contraddizione insita nella coeva accezione della libertà di emigrare – per qualunque motivo – come *diritto naturale* dell'individuo che lo Stato può solo riconoscere³⁴. Questa asimmetria rivela piuttosto «il lato oscuro del liberalismo» di fine Ottocento, poiché affonda le sue radici «su un'idea di società pensata come intrinsecamente ed originariamente composta da soggetti diseguali»³⁵.

26. Ord. n. 503/1987, sull'immediata esecutività dell'espulsione prefettizia.

27. Sent. n. 353/1997, in materia di espulsione degli immigrati irregolari.

28. Sent. n. 250/2010, sul reato di immigrazione clandestina.

29. Sent. n. 353/1997.

30. *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 711 (1893).

31. Cfr. per tutti P. Fiore, *Nuovo diritto internazionale pubblico secondo i bisogni della civiltà moderna*, Milano, Casa ed. tip. autori-editori, 1865, p. 126: «una legislazione la quale conferisse al governo il potere discrezionale, e senza controllo di rinviare i forestieri, o di proibire l'entrata sarebbe imperfetta, perché legittimerebbe l'abuso e la flagrante violazione dei diritti imprescrittibili dell'uomo» (tesi sostanzialmente inalterata nell'arco di quattro decenni: Id., *Trattato di diritto internazionale pubblico*, II ed., vol. I, Torino, Utet, 1879, p. 528 ss.; III ed., 1887, p. 453 ss.; IV ed., 1904, p. 453 ss.).

32. Con riguardo all'ordinamento italiano, v. per tutti O. Ranalletti, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, diretto da V.O. Orlando, vol. IV, t. 1, Milano, Soc. ed. libr., 1904, p. 1006.

33. Sul paradigma «liberal-nazionale» della disciplina dell'immigrazione italiana a fine Ottocento, v. M. Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 78 ss. (p. 89 ss. per il dibattito sull'incolato).

34. F.P. Contuzzi, *Emigrazione*, in *Dig. it.*, vol. X, Torino, Utet, 1895-1898, p. 369; ma v. anche il dibattito parlamentare relativo alle leggi italiane sull'emigrazione del 1888 e del 1901. Per gli opportuni approfondimenti, anche comparatistici, di questa fase storica, si rinvia a M. Pifferi, *Antinomie e caratteri costanti dello ius migrandi tra Otto e Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2019, p. 395 ss.

35. M. Pifferi, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale. Qualche riflessione sulla «falsa» libertà di migrare in Italia e negli USA*, in *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, a cura di M. Meccarelli, P. Palchetti e C. Sotis, Macerata, EUM, 2012, p. 254.

3. Per un'eguale libertà di migrare

L'asimmetria e la contraddizione persistono anche oggi – dopo l'abbandono del paradigma statualistico della cittadinanza come unico titolo ascrivibile di diritti positivi³⁶ – nel formale riconoscimento *ad ogni individuo* del diritto di lasciare qualunque Paese e *solo al cittadino* del correlativo diritto di rientrare nel proprio³⁷.

La distinta qualificazione giuridica di quelli che risultano, a tutti gli effetti, due momenti di una condotta sostanzialmente unitaria – l'attraversamento di un confine – si spiegherebbe con la natura intrinsecamente *politica* dell'atto del migrare: la pretesa correlata al passaggio da «una comunità politica territoriale» ad un'altra legittimerebbe, cioè, una diversa regolazione dei fenomeni dell'emigrazione e dell'immigrazione³⁸. È questa separazione, artificiale come il suo fondamento (la sovranità territoriale dello Stato)³⁹, a reggere la contestuale riproposizione della libertà di emigrare come «diritto fondamentale, che lo Stato “riconosce” e non attribuisce»⁴⁰ e della prerogativa statale di controllare e limitare l'ingresso dei non cittadini. Declinata in questi termini, la questione fa un salto di piano: al centro non v'è la relazione fra due complementari espressioni della medesima libertà ma il rapporto fra opposte pretese, individuali e collettive. Non si ragiona tanto di effettività del diritto di migrare (l'immigrazione come conseguenza dell'esercizio, volontario o forzato, della libertà di emigrare), bensì di bilanciamento tra principi antagonisti (libertà di migrare e autodeterminazione della comunità politica).

In sintesi, è l'unione indissolubile tra cittadini, territorio e sovranità nello Stato – le tre “sostanze” nell'unica “persona” (giuridica) – a connotare in senso *oggettivamente* politico l'atto del migrare, a prescindere dalle intenzioni di chi attraversa i confini. Dopo aver acquisito il weberiano monopolio dell'uso legittimo della forza (*means of violence*), con l'invenzione del passaporto lo Stato avrebbe conseguito anche quello dell'attraversamento legale delle frontiere (*means of movement*)⁴¹.

36. Residua, tuttavia, l'influenza della nozione *ontologica* della cittadinanza-appartenenza, come necessaria (ma astratta) “compenetrazione” del cittadino nei fini e valori dello Stato, sinteticamente espressa dalle clausole di fedeltà (per l'Italia, l'art. 54 Cost.): acute notazioni critiche a tale approccio sono in A. Rauti, *La cittadinanza tra «sostanza», mercato e persona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2019, p. 495 ss. e Id., *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 383 ss.

37. Art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; ma v. anche: art. 12 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; artt. 2 e 3 prot. 4 CEDU del 1963; art. 22 Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969; art. 12 Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981. Il medesimo principio è espresso nel diritto primario dell'UE – che distingue la posizione del cittadino dell'Unione (libero di circolare e stabilirsi in qualunque parte del territorio europeo) da quella dei cittadini di Paesi terzi (soggetti alle politiche comuni in tema di visto, asilo e immigrazione): artt. 21 e 79 TFUE, nonché art. 45 Carta dei diritti fondamentali – ed è ovviamente affermato in vari testi costituzionali vigenti (artt. 16, co. 2, e 35, co. 4, Cost. italiana; ma v. pure, ad es., l'art. 19 Cost. spagnola).

38. G. Itzcovich, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion pratica*, 2/2013, p. 435. Al modello “politico” si può contrapporre un modello “biologico-evoluzionistico” della libertà di migrare, per il quale cfr. V. Calzolaio-T. Pievani, *Libertà di migrare. Perché ci spostiamo da sempre ed è bene così*, Torino, Einaudi, 2016.

39. G. Itzcovich, *op. et loc. cit.* La stessa distinzione tra le comunità politiche, può aggiungersi, è il frutto di un processo artificiale di *unificazione mediante il diritto*, a prescindere dal carattere imposto o consensuale di tale processo e dalle vicende storiche che lo hanno determinato (la nascita dello Stato moderno).

40. Sent. cost. n. 269/1986, sull'incriminazione penale dell'incitamento all'emigrazione. Sulla riconducibilità del diritto di lasciare il proprio Paese ai diritti inviolabili *ex art. 2 Cost.*, v. poi la sent. n. 278/1992, in tema di mancata esenzione dagli obblighi di leva di chi abbia mutato cittadinanza.

41. J.C. Torpey, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge-New York 2018 (1 ed. 2000), p. 5 ss.

Può forse apparire singolare oggi che proprio l'accesso al territorio continui ad essere la pietra più salda in una volta che scricchiola da tutte le altre parti⁴². Ma così non è, per una serie di motivi. Anzitutto, perché l'ingresso genera – nei regimi democratico-liberali – precisi obblighi di protezione, assistenza, garanzia in capo allo Stato, qualunque sia la condizione giuridica dello straniero immigrato e per tutto il tempo che questi vi si trattiene: per l'Italia, l'art. 2, co. 1, del TUI (d.lgs. n. 286/1998) lo esplicita abbastanza bene⁴³. Secondariamente, perché la presenza (regolare) degli stranieri impatta sull'elaborazione delle politiche di *welfare*, obbligando i cittadini ad uno sforzo di apertura solidaristica che raramente viene percepito dagli interessati come accettabile, ancorché esso sia doveroso sul piano costituzionale⁴⁴. Infine – stante il suo rilievo pre-politico e pre-giuridico, l'osservazione meriterebbe invero il primo posto – perché l'apertura al “diverso da sé” richiede un'implicita disponibilità a rivedere i tratti costitutivi della propria identità, a livello individuale e comunitario, accettando la sfida di una costruzione progressiva e inclusiva del “noi” sulla base di presupposti politico-culturali più che semplicemente etnico-nazionalistici, in un processo di ridefinizione costante mai veramente concluso che rappresenta una scommessa per il costituzionalismo post-nazionale⁴⁵.

In tempi di globalizzazione economica, l'ontologia trinitaria dello Stato riesce a far coesistere la massima apertura delle frontiere alla circolazione di *beni, capitali e servizi*, e la regola opposta per la circolazione delle *persone*. In effetti, quest'ultima è resa più facile se agganciata alla prima, come dimostra l'esempio della libertà di movimento dei lavoratori agli albori dell'avvio del processo di integrazione delle economie e degli ordinamenti giuridici nazionali nel mercato comune (poi unico) delle Comunità europee. Ed anche se la libera circolazione nel territorio dell'Unione rappresenta ormai “il” tratto qualificante la cittadinanza europea, a prescindere dall'esercizio o dalla fruizione di un'attività economica, resta il fatto che nella più ampia dimensione globale la libertà di migrare costituisce spesso un *bene accessorio* della disponibilità economica del soggetto e della sua capacità di agire efficacemente nel mercato⁴⁶. Come l'eguaglianza formale proclamata nelle Carte

42. Per un verso, la categoria della sovranità statale attraversa come si sa una fase di ripensamento che dura da parecchi decenni, sotto la spinta di concomitanti processi interni ed esterni. Per l'altro, la moltiplicazione degli *status civitatis* (doppia cittadinanza nazionale e cittadinanza duale dell'UE) priva la relazione Stato-cittadino del carattere dell'esclusività, mentre le forme intermedie di legame sociale basate sulla residenza e le relazioni di prossimità accrescono *per i non cittadini* le occasioni di partecipazione sostanziale alla formazione democratica della volontà collettiva (mediante l'esercizio delle libertà “democratiche” – come le qualifica proprio il terzo comma dell'art. 10 Cost. – e dei doveri di solidarietà).

43. «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».

44. Quasi mai, poi, rileva nel dibattito pubblico la distinzione fondamentale tra prestazioni a carico della fiscalità generale e prestazioni a base contributiva. Sotto altro aspetto, neppure si sottolinea adeguatamente che gli stranieri contribuiscono con il loro reddito alla spesa sociale generale (pensioni, sanità, assistenza, istruzione) in una percentuale maggiore del valore dei servizi e delle prestazioni che ricevono. Fra i contributi che tentano di sfatare questo ed altri comuni stereotipi associati all'immigrazione, v. S. Allievi-G. Dalla Zuanna, *Tutto quello che non vi hanno mai detto sull'immigrazione*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

45. Fra i molti scritti sul punto, mi piace qui richiamare le lucide osservazioni di P. Carrozza, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi, F. Biondi Dal Monte e M. Vrenna, Bologna, il Mulino, 2013, p. 39 ss.

46. È sufficiente incrociare i dati raccolti dal Dipartimento per gli affari economici e sociali delle Nazioni Unite (*Popular Division*) e dalla Banca mondiale per scoprire – senza grandi sorprese – che gli abitanti dei Paesi sviluppati sono molto più “mobili” degli altri e che buona parte di tali flussi si concentra nelle classi a reddito alto e medio-alto. Altra conferma viene

costituzionali di epoca liberale, il riconoscimento nelle odierne Carte internazionali della libertà di migrare quale diritto universale sembra guardare al soggetto astratto, mentre *l'homme situé* ne gode appieno, abbastanza, poco o per nulla in ragione dei fattori economici, sociali, culturali che in concreto ampliano o restringono la sua *facultas agendi* in proposito.

Questa «stratificazione del diritto alla mobilità»⁴⁷ appartiene in fondo alla storia dello *ius migrandi*⁴⁸, ma non per questo desta minore preoccupazione. Lo “svantaggio competitivo” a carico dei cittadini dei Paesi meno sviluppati evidenzia il carattere paradossalmente *ineguagliario* del riconoscimento universale della libertà di migrare non accompagnato dalla previsione di strumenti che ne rendano effettivo per tutti l'esercizio. Come la cittadinanza *iure sanguinis*, così pure lo *ius migrandi* entra nell'asse ereditario, scadendo da libertà fondamentale dell'uomo a bene patrimoniale che si riceve automaticamente, senza particolari meriti o demeriti⁴⁹.

Com'è evidente, il problema della dissociazione fra riconoscimento ed effettività non riguarda esclusivamente il diritto alla mobilità internazionale, ma appartiene come dato intrinseco all'assiologia e alla teleologia dei diritti umani nella misura questi si pongono, quanto a modi e gradi di realizzazione, come obiettivi sostanzialmente *inesauribili* per i pubblici poteri. Al contempo, le dinamiche reali del fenomeno migratorio confermano che i valori di libertà ed eguaglianza, lungi dal porsi in termini antitetici, sono «reciprocamente convertibili»⁵⁰. Si tratta, allora, di cogliere lo scarto fra idealità ed effettività del diritto a migrare e individuarne le cause profonde, allo scopo di accorciare il più possibile quella distanza e tentare di coniugare ad un livello ultra-statale eguaglianza formale e giustizia sostanziale, avendo come obiettivo finale quello dell'*eguale libertà* di migrare. Non è infatti possibile «realizzare la libertà» senza «creare le condizioni dell'eguale libertà»⁵¹. Nel caso specifico del diritto alla mobilità internazionale, tale ambizioso obiettivo sembra in parte perseguibile con un'opportuna integrazione in via sussidiaria degli strumenti già esistenti (se ne vedrà un esempio proprio con riguardo al diritto all'asilo). Esso, tuttavia, necessiterebbe di una riforma dell'ONU, baricentro dell'assetto organizzativo mondiale, e

dalla classifica dei passaporti più “appetibili”, quelli cioè che possono vantare le più alte esenzioni dai visti di ingresso nel territorio di altri Stati: le analisi quantitative elaborate negli anni dalla Henley & Partners (società di servizi nell'acquisto della residenza e della cittadinanza per investimenti) attestano una prevedibile diretta correlazione tra la “forza” del passaporto e la “potenza” economica dello Stato di emissione.

47. L'espressione è di M. Ambrosini, *Confini, migrazioni, accoglienza: una sfida per le società democratiche*, in *Confini, migrazioni e diritti umani*, a cura di M. Ambrosini, M. D'Amico, E. Perassi, Milano University Press, Milano 2022, p. 54, per il quale la selezione dei migranti c.d. economici nei Paesi del *Global North* avviene sulla base delle tre “P”: passaporti, portafogli, professioni.

48. Cfr. ancora M. Pifferi, *Ius peregrinandi e contraddizioni dell'età liberale*, cit., p. 253.

49. Di «ereditarietà» e «patrimonialità» del diritto alla mobilità internazionale parlano, da un diverso approccio, anche V. Calzolaio-T. Pievani, *Libertà di migrare*, cit., p. 125. Sull'applicazione di questo paradigma alla cittadinanza-nazionalità, con alcune interessanti proposte per compensarne gli effetti disegualitari, v. poi A. Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 2009.

50. Cfr. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 70 ss. e 113 ss.

51. *Ibid.*, p. 56. Proprio la *ratio* dell'asilo consente di immaginare una visione alternativa e controcorrente, «fondata sul diritto di migrare quale corollario del diritto a vivere, sempre e ovunque, una vita degna»: così, A. Algostino, *L'eccedenza del diritto di asilo costituzionale: il diritto di migrare in nome del «pieno sviluppo della persona»*, in www.questionegiustizia.it, 11 maggio 2023, p. 4.

della creazione di idonei dispositivi di garanzia primaria e secondaria⁵², l'una e l'altra purtroppo di là da venire.

È bene non farsi troppe illusioni al riguardo, specie in una fase così instabile delle relazioni geopolitiche mondiali dopo lo scoppio della guerra russo-ucraina e, da ultimo, il violento riaccendersi della conflittualità in Medio Oriente. Genera comunque stupore e rammarico constatare con quanta poca lungimiranza i *policy-makers* nazionali guardino al fenomeno migratorio nelle sue attuali implicazioni, anche all'interno di un contesto giuridico altamente integrato come quello dell'Unione europea. Il "governo" dell'immigrazione rappresenta una voce immancabile nei programmi elettorali di tutte le forze politiche, eppure la sua efficace gestione dipende da una serie di condizioni che raramente vengono esplicitate. Per ragioni di brevità, si farà un rapido cenno solo a due di esse.

La prima deriva dal livello di azione necessario ad affrontare la questione, ossia quello "regionale-europeo": l'Unione andrebbe dotata di maggiori competenze politiche – e non solo amministrative, come per il *borders management* – rispetto alle attuali, sì da far prevalere sui diversi e spesso opposti interessi particolaristici nazionali l'interesse generale ad una regolazione del fenomeno coerente con un'analisi costi/benefici di scala continentale.

La seconda riguarda la coerenza delle politiche europee e nazionali rispetto alle molteplici cause dei flussi che possono ragionevolmente definirsi "forzati" (conflitti armati, sfruttamento capitalistico di forza lavoro e risorse naturali, crescenti disegualianze mondiali nelle opportunità di sopravvivenza, inquinamento ambientale, progressiva desertificazione delle terre coltivabili, cambiamento climatico e catastrofi naturali, solo per citare le più evidenti): un approccio meramente difensivo al tema dell'immigrazione, che trascuri di mettere in campo tutte le iniziative volte a mitigare tali *push factors*, sarà pure elettoralmente vincente ma è destinato ineluttabilmente al fallimento. Il primo argine ai flussi incontrollati, infatti, non consiste nell'impedire con ogni mezzo materiale e giuridico a masse di disperati l'esercizio del diritto di migrare, ma in una seria e duratura cooperazione internazionale volta a garantire agli interessati le condizioni minime per fruire del diritto a *restare* nel proprio Paese⁵³.

In mancanza di un fondamentale riequilibrio delle inaccettabili disparità nelle condizioni di vita in moltissime aree del pianeta, la lotta per la sopravvivenza di centinaia di milioni di persone continuerà ad alimentare esodi sempre più consistenti e al di fuori dei canali legali previsti (in larga parte insufficienti e causa non secondaria di *business* per i gruppi criminali che gestiscono il traffico di esseri umani), ma finirà soprattutto per distorcere il senso della proclamazione universale del diritto alla mobilità: "libertà" per pochi privilegiati, "necessità" per molti altri. Nell'orizzonte dischiuso da tale prospettiva, si

52. Riprendo qui la distinzione fra istituzioni di garanzia *primaria* (sostanziale o amministrativa) e *secondaria* (processuale o giurisdizionale) elaborata da L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, p. 668 ss. e 869 ss. e vol. II, pp. 203 e 548 ss. Sulle prospettive costituzionalistiche della giustizia distributiva globale, v. poi A. Spadaro, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2005.

53. «[N]on si è spinti ad emigrare quando la tutela e l'attuazione dei diritti fondamentali condizionano e sono condizionate a un tempo dal regime democratico di Paesi in cui regna la pace»: con queste parole, T. Mazzarese, *Diritto di migrare e diritti dei migranti. Una sfida al costituzionalismo (inter)nazionale ancora da superare*, in questa *Rivista*, 1.2020, p. 22. Sull'incerta prefigurazione del diritto a restare nel proprio Paese, v. G.S. Goodwin-Gill, *The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain*, in *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, a cura di V. Gowlland-Debbas, M. Nijhoff, The Hague 1996, p. 102 ss., che lo riconduce, in termini più concreti, al diritto a non diventare un rifugiato, a non essere costretto a migrare o sfollare e a godere della protezione nei propri bisogni fondamentali nel luogo in cui si vive.

comprende il senso di due recenti affermazioni teoriche all'apparenza ardite sulla "vocazione" contemporanea dello *ius migrandi*: quella di chi lo esalta come «il diritto umano del nuovo secolo che, sostenuto dall'associazionismo militante, dai movimenti internazionali e da una opinione pubblica sempre più avvertita e vigile, richiederà una lotta pari a quella per l'abolizione della schiavitù»⁵⁴; e quella di chi, a fronte della spinta inarrestabile al cambiamento degli attuali (dis)equilibri globali generata da una pressione migratoria crescente, intravede nel "popolo" dei migranti «il *soggetto costituente* di un nuovo ordine mondiale»⁵⁵.

4. Asilo e accesso al territorio: una prospettiva multilivello

Rispetto alla generalità degli stranieri, il titolare del diritto all'asilo vanta una fondata aspettativa a che il suo rapporto con il territorio di un altro Stato, o con le sue sedi ufficiali di rappresentanza all'estero, sia regolato in modo più favorevole e comunque in maniera tale da non precludergli l'accesso finalizzato al godimento della protezione cui ha (o che reclama come) diritto. Si tratta di un'esigenza logica prima ancora che giuridica, connaturata alla *ratio* dell'istituto e rimasta costante, attraverso i concetti di rifugio e immunità, nella sua lunga e tortuosa evoluzione storica⁵⁶. Anche oggi, pur nella relativa diversità di approcci e contenuti delle discipline disposte in ambito internazionale, sovranazionale e costituzionale, il riconoscimento di questo *favor* rappresenta un dato comune. Chi chiede asilo in genere lo fa per il bisogno di disporre di un luogo fisico che metta al riparo dall'abuso di potere punitivo, dalla persecuzione, dalla minaccia alla vita e alla libertà riconducibili all'azione (o all'omissione) di chi esercita – s'intende: in forme non liberali né democratiche – l'autorità sul territorio in cui il soggetto si trova⁵⁷. Non è dunque possibile riconoscere il diritto alla protezione senza ammettere *al contempo* le correlative facoltà di ingresso e soggiorno (provvisorio e, poi, definitivo) nel territorio dello Stato ospitante⁵⁸, o di accesso alle rispettive sedi di rappresentanza all'estero nel caso dell'asilo diplomatico (che non verrà però trattato in questo contributo)⁵⁹. Da un punto di vista teorico-giuridico, *asilo e (accesso al) territorio sono inscindibili*.

54. D. Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, p. 93.

55. L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 218 (c.vo testuale).

56. Sulla quale si ricorda l'importante studio di E. Reale, *Le droit d'asile*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1938, vol. 63, p. 469 ss. Fra i contributi più recenti: F.A. Cappelletti, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo*, a cura di B.M. Bilotta e F.A. Cappelletti, *Il diritto di asilo*, Padova, Cedam, 2006, p. 1 ss.; C. Latini, *Il privilegio dell'immunità. Diritto di asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano, Giuffrè, 2002 e Ead., *Alle origini del diritto di asilo. Una prospettiva storica*, Torino, Giappichelli, 2021; F. Mastromartino, *L'asilo nella società e nella cultura greco-antica*, in *L'Acropoli*, 2/2009, p. 173 ss.

57. Le condotte indicate nel testo sono state richiamate per il loro carattere idealtipico e ovviamente non sono esaustive dei presupposti cui le varie normative esistenti riconnettono il godimento dell'asilo. Quanto agli eccessi del potere punitivo statale, in riferimento alla nozione di "reato politico" si intersecano le strade dell'asilo e del divieto di estradizione dello straniero (art. 10, co. 4, Cost. it.), che pure restano istituti concettualmente autonomi.

58. Per la differenza tra asilo provvisorio e asilo definitivo, v. P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004, p. 1150, ma l'intuizione è risalente: C. Esposito, *Asilo*, cit., p. 222; A. Cassese *Art. 10*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, p. 537; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, IX ed., Padova, Cedam, 1976, p. 1157.

59. Nel panorama internazionale, l'asilo extraterritoriale (riconosciuto all'interno di ambasciate e sedi diplomatiche, ma anche a bordo di navi da guerra, aeromobili o basi militari situate nel territorio di altro Stato) rappresenta una forma di

Non è banale ripeterlo oggi, in una stagione in cui la chiusura difensiva dei confini – anche in ambito meramente locale – sembra l’opzione di maggior successo presso le opinioni pubbliche nazionali, mentre il dibattito politico-mediatico si intorbidisce di narrazioni controfattuali del fenomeno venate di spinte xenofobe, fra nostalgici del nazionalismo *d’antan* ed entusiasti seguaci di un populismo sovranista piuttosto indifferente alle forme (e alla sostanza) dello Stato di diritto.

Il tema, com’è ovvio, supera le contingenze della competizione partitico-elettorale poiché investe più generali e profonde dinamiche evolutive nel rapporto fra democrazia e diritti umani. La richiesta di asilo tocca infatti un nervo scoperto di tale rapporto, ovvero la gestione del confine che separa idealmente e materialmente chi fa parte del *demos*, e ha perciò il diritto a stare su quel territorio, da tutti gli altri – gli *xenoi* – che invece ne sono originariamente privi⁶⁰. Sta qui la causa principale dell’attrito fra l’asilo quale diritto fondamentale della persona, che lo Stato costituzionale riconosce e tutela, e il contestuale potere dello Stato medesimo di selezione degli ingressi quale diretta esplicazione della sua *summa potestas in territorio*. Ed è qui che rileva la configurazione giuridica dell’asilo nei diversi contesti. Trattandosi di aspetti noti, mi limiterò a pochi ed essenziali riferimenti⁶¹.

Nella dimensione internazionale, è ancora forte l’impronta dell’accezione moderna di asilo⁶², quale prerogativa sovrana dello Stato che lo concede cui non si contrappone alcuna pretesa all’ingresso da parte del beneficiario. In ordine a tale aspetto, la posizione giuridica dello straniero assomiglia più ai diritti *imperfecti* della tradizione giusnaturalistica o ai *Reflexrechte* della dogmatica tedesca di metà Ottocento⁶³. Il divieto di *refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra, cui si riconosce ormai natura consuetudinaria⁶⁴, tempera

protezione “minore”, ma comunque efficace in tutte le ipotesi nelle quali, per la situazione politica del Paese cui appartiene o in cui risiede lo straniero bisognoso di rifugio, sia per questi impossibile o molto difficile uscire dal territorio. La sua diffusione in America latina, prima in via di prassi e poi come oggetto di numerosi accordi internazionali, ha indotto la dottrina a prefigurare – non senza contrasti: v. la nota decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Haya de la Torre* (20 novembre 1950, Colombia/Perù, in *ICJ Reports*, 1950, pp. 266 ss.) – la formazione di una *consuetudine particolare* in materia. Sul punto, cfr.: A. Migliazza, *Asilo (dir. int.)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, t. 2, Torino, Utet, 1957, p. 1039 ss.; M. Giuliano, *Asilo (dir. int.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 209 ss.; ma spec. F. Francioni, *Asilo diplomatico. Contributo allo studio delle consuetudini locali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 119 ss. Nella dottrina più recente, F. Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L’evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 37 ss.

60. V. al § 2 i richiami alla giurisprudenza costituzionale sul punto.

61. Ho approfondito il confronto tra le diverse fattispecie di asilo in precedenti studi, cui rinvio per maggiori indicazioni, anche bibliografiche: C. Panzera, *Il diritto di asilo*, cit., p. 143 ss. e, con specifico riguardo al tema dell’accesso al territorio, Id., *Attuazione, tradimento e riscoperta del diritto d’asilo*, in *Quad. cost.*, 4/2022, p. 829 ss.

62. Su tali origini, con speciale attenzione all’apporto teorico della dottrina giusnaturalista (Grozio, Pufendorf, Wolff e Vattel), v. F. Mastromartino, *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 13 ss.

63. Si evidenzia, al riguardo, un’emblematica continuità fra documenti anche molto distanti nel tempo: dalla definizione di asilo offerta dall’*Institut de droit international* nella sessione di Bath del 1950, alla *Dichiarazione sull’asilo territoriale* adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 1967, fino al più recente *Global Compact on Refugees* del 2018.

64. Questa è l’opinione prevalente in dottrina: *ex multis*, G.S. Goodwin-Gill-J. McAdam (with E. Dunlop), *The Refugee in International Law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford 2021, p. 300 ss.; J. Allain, *The jus cogens Nature of Non-refoulement*, in *Int’l J. Ref. L.*, 2001, vol. 13(4), p. 533 ss.; E. Lauterpacht-D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, in *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, a cura di E. Feller, V. Türk e F. Nicholson, Cambridge University Press, Cambridge 2003, p. 149 ss. In senso contrario, tuttavia, J.C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge 2021, pp. 435 ss. Nella letteratura italiana sul punto, v. per tutti F. Salerno, *L’obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, Cedam, 2011, p. 3 ss.

notevolmente la discrezionalità statale in materia ma non fa nascere alcun “diritto” del rifugiato ad ottenere asilo nello Stato che ne assume spontaneamente la tutela⁶⁵. Peraltro, com'è noto, la nozione di rifugiato è circoscritta a ipotesi ben definite e non coincide interamente con la figura del titolare del diritto di asilo come disciplinata da altri sistemi normativi rilevanti, quali l'ordinamento UE e il diritto costituzionale italiano. Anche laddove il principio di *non refoulement* si è consolidato in termini rigidi e inderogabili, come nel sistema CEDU, tale garanzia non si estende fino ad includere l'*obbligo* per lo Stato di concedere asilo o rilasciare un titolo di soggiorno all'interessato⁶⁶. Nella giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo, poi, si delinea una stretta delle condizioni per invocare la protezione *par ricochet* di fronte a respingimenti statali, la cui legittimità viene a dipendere anche dalla condotta tenuta dal ricorrente (nella specie dal tentativo di attraversamento illegale della frontiera)⁶⁷.

Più ricca ed elaborata la disciplina dell'UE, che accresce le tutele derivanti dallo *status* convenzionale del rifugiato (protezione *internazionale*) e istituisce forme di protezione complementari aggiuntive (p. *sussidiaria* e p. *temporanea*). Insieme al principio del non respingimento, già introiettato nel sistema dal rinvio operato dalle fonti primarie alla Convenzione di Ginevra⁶⁸, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione enuncia espressamente il diritto di asilo (art. 18), benché in una formulazione un po' anodina che ha giustamente fatto parlare di un diritto ancora «troppo amorfo»⁶⁹. Non sembra discutibile, alla luce del contesto e del valore della Carta, che si sia positivizzato un diritto dell'individuo e non una prerogativa statale, ma resta l'incertezza sul suo effettivo contenuto, in particolare se da intendere come meramente riassuntivo delle garanzie previste dal diritto secondario per ciascuno *status* di protezione (il che indebolirebbe la sua funzione parametrica) o piuttosto generativo di profili anche nuovi e autonomi di tutela⁷⁰.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è piuttosto scarna di indicazioni in merito, ma i suoi richiami all'art. 18 consentono comunque di puntualizzare due aspetti rilevanti.

Il diritto di asilo è anzitutto garanzia di *accesso alla procedura* per il suo riconoscimento: la possibilità di “chiedere” asilo deve essere effettiva e gli Stati hanno il dovere di non

65. Per tutti, G.S. Goodwin-Gill-J. McAdam, *op. cit.*, p. 476. Si consideri, poi, che la stessa Convenzione contempla alcune eccezioni al divieto di *refouler* e che quest'ultimo ha carattere relativo, ossia impedisce allo Stato di allontanare il rifugiato verso luoghi che lo esponano al rischio di persecuzione (da cui parte della dottrina ritiene discenda un dovere almeno *de facto* di consentire l'ingresso del richiedente nel territorio: J.C. Hathaway, *op. cit.*, p. 339 s., seguito da V. Chetail, *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, p. 193) ma non verso altri Stati – come quelli di transito – ove tale pericolo non sussista.

66. Si tratta di un'affermazione costante nella giurisprudenza della Corte europea, fin dalla sent. *Vilvarajah et al./Regno Unito* del 30 ottobre 1991.

67. Cfr. le sentt. 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T./Spagna (Grand Chambre)* e 4 aprile 2022, *A.A. et al./Macedonia del Nord*. Per un'esposizione del percorso giurisprudenziale in materia, cfr. M. Savino-D. Vitiello, *Non respingimento*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., p. 476 ss.; con riferimento al tema delle espulsioni collettive, v. ora l'ampia analisi di F.L. Gatta, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, spec. pp. 235 ss. e 285 ss.

68. V. l'art. 78, par. 1, TFUE e l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Incorporando il livello di tutela assicurato dalla CEDU (art. 6 TUE e art. 52, par. 3, Carta), il diritto dell'Unione opta per una tutela rafforzata del principio di *non refoulement* – quale divieto assoluto e incondizionato – rispetto alla Convenzione di Ginevra (cfr. Corte giust. UE, sentt. 19 marzo 2019, C-163/17, *Jawo* e 14 maggio 2019, C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M. e X. e X.*), ancorché residui qualche margine di ambiguità nella sua applicazione. Sul punto, v. M. Starita, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, p. 141 ss.

69. S.F. Nicolosi, *Going Unnoticed? Diagnosing the Right to Asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Eur. L.J.*, 2013, vol. 23(1-2), p. 116.

70. Per l'esame in dettaglio delle diverse tesi in campo, rinvio a C. Panzera, *Il diritto all'asilo*, cit., p. 168 ss.

ostacolarla mediante aggravamenti burocratici inutili o sproporzionati, come purtroppo accade nella fase di registrazione della domanda, che è un atto dovuto e da compiere senza ritardi⁷¹. Alcune recenti decisioni contro l'Ungheria confermano quanto sia alto il rischio di un uso distorto della discrezionalità statale in questa cruciale fase, mediante l'adozione di norme e prassi organizzative che rendono pressoché impossibile l'esercizio di tale diritto⁷², il quale non può essere limitato neppure in caso di dichiarazione dello stato di emergenza conseguente ad una situazione di afflusso massiccio di stranieri⁷³. Anche prolungati ritardi amministrativi nell'adempimento dell'obbligo di registrazione della domanda aggravano la condizione di vulnerabilità e precarietà dei richiedenti asilo, poiché questi sono autorizzati a rimanere provvisoriamente sul territorio e hanno diritto di accedere al sistema di accoglienza solo *dopo* il rilascio del documento attestante la formalizzazione della richiesta di protezione⁷⁴. Si ricorda, infine, che i difetti e le inefficienze gravi nel funzionamento di questa fase costituiscono una legittima deroga al trasferimento del richiedente in applicazione dei criteri di Dublino⁷⁵ e la stessa mancanza di mezzi di sussistenza, nell'impossibilità di accedere per un lungo periodo al sistema di accoglienza, concreta l'ipotesi di trattamenti inumani e degradanti vietati dalla CEDU e dal diritto dell'Unione⁷⁶. Valga per tutti il recente caso della "nota circolare" del 5 dicembre 2022 con la quale le autorità italiane chiedevano la sospensione dei trasferimenti Dublino in ragione dell'alto flusso di richiedenti e (implicitamente) dello stato di sofferenza del sistema di accoglienza;

71. V. l'art. 6 dir. "procedure" 2013/32/UE e l'art. 6, par. 6, dir. "accoglienza" 2013/33/UE.

72. Così, è illegittimo imporre la presentazione della domanda esclusivamente nelle zone di transito e per un numero di accessi giornalieri drasticamente contingentati su base discrezionale, con conseguente trattenimento generalizzato e obbligatorio per la durata della procedura di esame (sent. 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione/Ungheria*). Del pari, rappresenta un ostacolo all'effettività del diritto di chiedere asilo la criminalizzazione dell'aiuto prestato, in forma organizzata, per la presentazione o l'inoltro della domanda di asilo quando si ha la prova che il soggetto era in grado di sapere che la domanda non sarebbe stata accolta (sent. 16 novembre 2021, C-821/19, *Commissione/Ungheria*). Infine, è palesemente irragionevole costringere i richiedenti presenti sul territorio o giunti alla frontiera di recarsi in un'ambasciata estera – a Belgrado o a Kiev – per manifestare la loro intenzione e attendere la decisione discrezionale dell'autorità ungherese di autorizzare l'ingresso nel territorio per presentare la propria domanda di protezione (sent. 22 giugno 2023, C-823/21, *Commissione/Ungheria*).

73. Sent. 30 giugno 2022, C-72/22 PPU, *M.A.*, concernente la legislazione lituana emanata a seguito della proclamazione dello stato di emergenza che impediva la presentazione della domanda da parte di uno straniero per il solo fatto del suo ingresso illegale nel territorio e ne disponeva il trattenimento. Questa decisione, come le altre citate alla nota che precede, riflette una maggiore sensibilità della Corte verso la protezione del diritto di chiedere asilo rispetto all'approccio "burocratico" che aveva caratterizzato la sua giurisprudenza negli anni della crisi dei rifugiati del 2015. Cfr. D. Thym, *Upholding the right to asylum in times of its "instrumentalization" by neighbouring States: Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, in *Common Market L.R.*, 2023, vol. 60(4), p. 1101 ss.

74. La giurisprudenza di merito italiana (fra le tante, Trib. Roma, sez. dir. pers. imm., ord. 2 novembre 2022, R.G. 47051/2022; ord. 31 marzo 2023, R.G. 7365/2023; ord. 28 luglio 2023, R.G. 29048/2023) si mostra particolarmente sensibile sul punto, censurando la prassi delle questure di limitare il numero giornaliero degli accessi per la verbalizzazione della domanda e rinviare anche di molti mesi la fissazione di un appuntamento in ragione della carenza di posti disponibili nel sistema di accoglienza, con un'illegittima inversione logica dei criteri previsti dalla normativa. La destinazione al sistema di accoglienza, infatti, è successiva alla registrazione della domanda, mentre il richiedente acquisisce tale *status* – e i connessi diritti concernenti il prosieguo della procedura e l'accoglienza – dal momento in cui manifesta *in qualunque forma* ad un'autorità competente a riceverla la volontà di chiedere protezione: per questa lettura dell'art. 6 dir. accoglienza, v. Corte giust. UE, sent. 25 giugno 2020, C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal* e, per l'ordinamento italiano, Cass. civ., sez. I, sent. 17 settembre 2020, n. 21920.

75. Art. 3, par. 2, reg. (UE) n. 604/2013. Com'è noto, la scelta normativa è stata anticipata dalla giurisprudenza della Corte europea (sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S./Belgio e Grecia*) e della Corte di giustizia (sent. 21 dicembre 2011, C-411 e 493/10, *N.S. e M.S. et al.*).

76. Sent. *Jawo*, cit.

decisione che ha indotto il 26 aprile 2023 la sezione amministrativa del Consiglio di Stato danese (*Raad van State*) a derogare al principio di *mutual trust* fra gli Stati membri e non procedere ai trasferimenti previsti per non mettere a rischio i diritti garantiti dall'art. 3 CEDU e dall'art. 4 Carta dei diritti fondamentali UE⁷⁷. Ai fini della garanzia anche del diritto di chiedere asilo rileva, sia pure indirettamente, la recente bocciatura dei respingimenti operati dalle autorità francesi ai valichi di frontiera interni nei confronti degli stranieri in posizione irregolare rintracciati in un raggio di dieci chilometri dal confine⁷⁸. Per la Corte di giustizia, il ripristino eccezionale dei controlli alle frontiere interne disposto dalla normativa d'oltralpe – sul presupposto, indicato dall'art. 14 del reg. (UE) 2016/399 (codice frontiere Schengen), dell'esistenza di una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale – non esonera lo Stato membro dal rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali (fra cui la disponibilità di un termine per il rimpatrio volontario e la tutela giudiziaria) dettate dalla direttiva “rimpatri” 2008/115/CE nei riguardi del cittadino di Paese terzo rintracciato sul territorio in una posizione irregolare. Le deroghe all'applicazione di tali garanzie operano, infatti, per i respingimenti realizzati alle frontiere *esterne*, non pure a quelle interne. Sulla scorta di tale ragionamento, dovrebbe pianamente riconoscersi che le medesime garanzie spettino *a fortiori* allo straniero che manifesti la volontà di chiedere asilo, il quale dovrà essere inserito nel circuito procedurale della presa in carico disposto dal capo VI del reg. Dublino III, con le correlative tutele (diritto ad essere informato, ad un ricorso effettivo, all'assistenza legale e linguistica, all'applicazione delle condizioni e garanzie previste dalla dir. accoglienza in caso di trattenimento).

Un secondo profilo sotto il quale rileva immediatamente l'art. 18 è il diritto a *ottenere la protezione di cui si hanno i requisiti*, che induce la Corte di giustizia ad un'interpretazione restrittiva delle clausole che consentono agli Stati di respingere la domanda presentata, come ad esempio per la nozione di «domanda reiterata» ex art. 2, lett. q), dir. procedure⁷⁹, o per il rifiuto sistematico e senza un esame nel merito di riconoscere la protezione “maggiore” solo perché il richiedente già gode di uno *status* di protezione “minore”⁸⁰.

Anche se la prospettiva del diritto individuale è qui maggiormente definita, il sistema comune di asilo europeo⁸¹ si qualifica comunque per la sua natura “doppiamente”

77. Sulla vicenda, v. il commento di E. Cavasino, *Il sistema di accoglienza italiano in “crisi sistemica”: strategie nazionali e risposte sovranazionali*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, giugno 2023. Per un'ipotesi inversa, può vedersi fra le altre pronunce: Trib. Torino, IX sez. civ., decr. 14 luglio 2023, R.G. 23165/2020, che ha bloccato il trasferimento di un richiedente protezione in Bulgaria avviato nell'ambito della “procedura Dublino”, dichiarando la competenza delle autorità italiane, in ragione del pericolo di esporre l'interessato a un trattamento inumano e degradante.

78. Sent. 21 settembre 2023, C-143/22, *ADDE et al.*

79. Sent. 22 settembre 2022, C-497/21, *SI et al.* Per altri versi, se il giudice nazionale non è tenuto a riesaminare d'ufficio una decisione definitiva di rigetto che risulti successivamente contraria al diritto UE, l'interessato ha facoltà di reiterare la sua domanda per vedersi riconosciuto il diritto ad ottenere la protezione cui ha astrattamente titolo: sent. 14 maggio 2020, C-924 e C-925/19, *PPU, FMS et al.*

80. Sent. 19 marzo 2019, C-297/17, C-318/17, C-319/17 e C-438/17, *Ibrahim et al.*, § 99.

81. Il termine “europeo” è volutamente collocato alla fine rispetto alla consueta dizione (peraltro, comune alle varie traduzioni nelle lingue ufficiali dell'Unione: *Common European Asylum System, Régime d'asile européen commun, Gemeinsames Europäisches Asylsystem, Sistema Europeo Común de Asilo*) per evidenziare quel che è divenuta, a mio parere, la caratteristica saliente di tale complesso di norme, strutture burocratiche, prassi amministrative e garanzie giurisdizionali, “europee” non più solo per l'origine ma per la stessa accezione di asilo che esse veicolano: più ampia di quella convenzionale (*status* di rifugiato), ma diversa anche dai modelli costituzionali dei Paesi membri. *Un modello tutto europeo*, dunque, esattamente come quello che si è inteso proporre con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali nel 2000 (v. spec. A. Spadaro, *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2001, p. 621 ss.).

territoriale: non soltanto quanto alla *tipologia* di asilo disciplinato (è espressamente escluso quello diplomatico), ma anche per l'*accesso* alla protezione, dal momento che la domanda va presentata necessariamente sul territorio (o alla frontiera, o nelle acque territoriali o nelle zone di transito) e non da sedi di rappresentanza all'estero⁸². Questa scelta, del tutto legittima e funzionale all'originario progetto di realizzare all'interno dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne⁸³, mostra ormai la corda di fronte al mutamento della natura e dell'entità dei flussi di rifugiati, alle annose contrapposizioni fra blocchi di interessi statali che paralizzano all'interno del Consiglio le pur necessarie riforme⁸⁴, alle pastoie burocratiche che penalizzano i richiedenti e aprono la strada a diseguaglianze di trattamento nazionale, alle inefficienze dei meccanismi di riparto delle domande volte a frenare i movimenti secondari, alla sostanziale carenza di strumenti obbligatori di solidarietà nella distribuzione degli oneri fra gli Stati⁸⁵, ai limiti del coordinamento UE nel pattugliamento delle frontiere marittime del Mediterraneo lungo le rotte battute dai migranti (è appena il caso di ricordare i due più recenti e gravi casi di naufragio a Cutro, sulle coste calabresi, e a largo di Pylos in Grecia).

Nella politica europea di controllo degli accessi al territorio è poi entrata in pieno uso la prassi di esternalizzare il ruolo di *gatekeeper*, mediante accordi di cooperazione con Paesi terzi che garantiscano, in cambio di consistenti aiuti finanziari (e un'implicita tolleranza politica per quanto concerne il rispetto dei diritti umani), un efficace freno alle partenze verso l'Europa, sorvolando sulle gravi questioni relative al trattamento che i potenziali beneficiari del sistema di asilo ricevono in quei Paesi, pur documentate da organizzazioni

82. Art. 3 dir. procedure.

83. Secondo il programma elaborato nel Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, l'adozione di un regime europeo di asilo doveva rappresentare l'asse portante della neoistituita politica comune di asilo e immigrazione (Trattato di Amsterdam del 1997), da sviluppare in modo coordinato ad altre azioni strategiche quali il partenariato con Paesi terzi di origine e transito dei flussi, l'equo trattamento degli stranieri legalmente residenti, un'efficace gestione dei flussi migratori. Nel quadro programmatico descritto, il presidio delle frontiere esterne comuni rappresentava una preconditione operativa per una realistica politica di ammissione degli *outsiders* nello spazio di libera circolazione interna. Non era considerato un valore in sé, né assurgeva ad obiettivo politico autonomo. La sua utilità era pragmaticamente connessa alla compiuta realizzazione dei vari elementi dello "spazio" progettato: una normativa comune sui visti, l'europeizzazione delle regole sui canali di ingresso legali (soprattutto per ragioni economiche), il contrasto alla tratta e allo sfruttamento economico dei migranti, l'integrazione degli stranieri regolarmente soggiornanti mediante un tendenziale eguagliamento del loro *status* a quello dei cittadini europei e, non ultimo, un'effettiva garanzia del diritto di asilo e del principio di non *refoulement*. Due decenni sono un tempo più che sufficiente per un bilancio dei risultati e dei fallimenti di tale ambizioso programma: cfr. *From Tampere 20 to Tampere 2.0: Towards a New European Consensus on Migration*, a cura di P. De Bruycker, M. De Somer e J.-L. De Brouwer, EPC, Brussels 2019; A. Di Pascale, *A vent'anni dal Programma di Tampere quali prospettive per le politiche di immigrazione e asilo dell'Unione europea?*, in *Eurojus.it*, 4/2019, p. 107 ss.; M. Savino, *La chimera di Tampere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, pp. 3 ss.; *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, a cura di A. Di Stasi e L.S. Rossi, Napoli, Editoriale scientifica, 2020.

84. Situazione che si è recentemente sbloccata con l'adozione di un accordo nel Consiglio giustizia e affari interni dell'8-9 giugno di quest'anno sulla posizione negoziale da assumere nei triloghi che seguiranno con Commissione e Parlamento europei circa le proposte di regolamento "procedure" e "gestione asilo e migrazione" (sostitutivi dell'attuale direttiva procedure e del regolamento Dublino III) del *New Pact on Migration and Asylum* varato dalla Commissione europea nel settembre del 2020. Per una prima analisi del contenuto di tale posizione e del suo contesto politico, v. M. Savino, *Il rilancio del Patto UE sulla migrazione e l'asilo: perché l'Italia ha messo d'accordo (quasi) tutti gli Stati membri*, in *ADiM Blog*, Editoriale, giugno 2023.

85. Anche le proposte più recenti (come il citato reg. sulla gestione dell'asilo e della migrazione, p.te IV) escludono che uno Stato membro possa essere obbligato ad accettare una *relocation* dei richiedenti asilo per alleviare la pressione eccessiva sugli Stati di primo ingresso: questa è soltanto una delle iniziative possibili, su base volontaria, e in alternativa ad altre forme meno impegnative come il supporto alla *capacity building* e il contributo finanziario all'accoglienza sostenuta dallo Stato beneficiario.

internazionali e ONG attive in quei territori⁸⁶. Si tratta, com'è noto, di una tendenza più generale degli Stati a prevenire gli ingressi irregolari e le difficoltà nella gestione delle procedure di asilo in caso di flussi costanti ricorrendo a pratiche di "deterrenza" delle partenze, anche con il coinvolgimento di soggetti privati, che hanno l'effetto di estendere oltre la sfera di azione statale la gestione delle frontiere, combinando esternalizzazione e privatizzazione degli strumenti di controllo⁸⁷. Un fenomeno grave e preoccupante dal punto di vista delle garanzie costituzionali e internazionali dei diritti fondamentali della persona – inclusi il diritto di lasciare il proprio Paese e di cercare asilo dalle persecuzioni – e della tradizionale funzione di limitazione dell'esercizio autoritativo del potere propria del costituzionalismo⁸⁸.

Il rapporto fra asilo e accesso al territorio tende ad a divenire ancor più labile nelle proposte di riforma del sistema di asilo, in particolare nella previsione della nuova *procedura di esame e di rimpatrio alla frontiera*, la quale consente agli Stati membri di esaminare fino a un massimo di 30 mila domande all'anno (ripartite fra gli stessi secondo criteri che tengono conto del numero di ingressi illegali) senza essere costretti ad ammettere il richiedente sul territorio, se non in casi particolari, con conseguente suo trattenimento nel luogo di espletamento della procedura, che deve concludersi entro 12 settimane prorogabili a 16. Tale procedura diventa obbligatoria qualora il richiedente abbia fornito false informazioni o documenti, rappresenti un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico, oppure provenga da un Paese terzo rispetto a quale il tasso di accoglimento delle domande sia inferiore al 20% della media UE⁸⁹. L'obiettivo di agevolare il disbrigo delle domande *prima facie* infondate o inammissibili, senza caricarsi dell'onere di accogliere il richiedente nel territorio (i cui diritti fondamentali dovranno, evidentemente, essere comunque garantiti anche nei nuovi "spazi" collocati presso la frontiera), è rafforzato da un'accezione estensiva della nozione di "Paese terzo sicuro"⁹⁰, frutto dell'insistenza del Governo italiano durante le

86. Dopo la Dichiarazione UE-Turchia del 18 maggio 2016, è stato da ultimo siglato un *Memorandum* con la Tunisia (16 luglio 2023) volto a regolare, fra gli altri temi, anche la collaborazione nella gestione delle migrazioni verso l'Europa. A questi si aggiungono gli accordi conclusi con Paesi terzi da singoli Stati, come il *Memorandum* Italia-Libia del 2017 (con durata triennale e tacito rinnovo) o l'altrettanto discusso accordo concluso da un ex Paese membro, la Gran Bretagna, con il Ruanda per il rimpatrio (e successivo esame della domanda) dei richiedenti asilo entrati illegalmente nell'Isola, la cui esecuzione in un paio di casi era stata sospesa dalle *interim measures* adottate dalla Corte europea il 14 e il 15 giugno 2022, ma la cui piena legittimità è stata di ribadita dalla *High Court* britannica con una decisione del 19 dicembre 2022: *AAA and others v Secretary of State for the Home Department* [2022] EWHC 3230 (*Admin*).

87. Un'analisi critica di tali pratiche, nella prospettiva della responsabilità internazionale degli Stati, può vedersi in T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*, Cambridge University Press, Cambridge 2011. Un utile riesame del fondamento e dei limiti dei poteri autoritativi statali in ambito extraterritoriale è ora in F.V. Virzi, *L'extraterritorialità nel diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2023, p. 53 ss. (p. 127 ss. con riguardo al diritto all'asilo).

88. In tal senso, le disfunzioni e i divari statali nell'attuazione del sistema europeo di asilo rappresentano un aspetto della più generale crisi dello "Stato di diritto" nel Vecchio Continente: cfr. E. Tsourdi, *Asylum in the EU: One of the Many Faces of Rule of Law Backsliding?*, in *Eur. Const. L.R.*, 2021, vol. 17(3), p. 471 ss.

89. Artt. da 41 a 41-*nonies* della proposta di regolamento procedure, nel testo risultante dalle modifiche approvate dal citato Consiglio GAI dello scorso giugno (10444/23). Il rigetto della domanda comporta la facoltà di proseguire il trattenimento del richiedente (o disporlo *ex novo*, se questi non era già trattenuto, in presenza di alcune condizioni) per un massimo di 12 settimane ai fini dell'espletamento delle procedure di rimpatrio.

90. Considerando n. 37 e art. 45 della proposta cit. Quella di "Paese sicuro" rappresenta una nozione dai molteplici usi. L'etichetta si applica agli Stati di origine, di transito o terzi di un richiedente protezione che soddisfino alcune condizioni, legate all'inesistenza di rischi di persecuzione ai sensi della Convenzione di Ginevra o di gravi danni ai sensi della protezione sussidiaria, al rispetto del principio di *non-refoulement* e alla possibilità di chiedere il riconoscimento dello

trattative, che include anche i Paesi di transito verso i quali il richiedente abbia un qualche collegamento (familiare, di pregresso soggiorno o altro ancora) che renda ragionevole il suo trasferimento *in loco*⁹¹. Sembrano così replicarsi, a livello europeo, le dinamiche di “de-territorializzazione” già praticate dagli Stati al fine di sottrarsi agli obblighi internazionali e costituzionali nel trattamento dignitoso degli stranieri – e, in specie, della categoria vulnerabile dei richiedenti asilo – scaturenti dal contatto di questi con il luogo fisico di esercizio dei poteri sovrani⁹². Una tendenza, però, che allontana l’Unione e gli Stati membri dall’ideale comunità di valori che fonda e legittima il progetto di integrazione sovranazionale (art. 2 TUE).

5. *segue*: l’art. 10, co. 3, Cost. fra autonomia concettuale e sussidiarietà funzionale

L’attenuazione delle garanzie in tema di accesso alla procedura di asilo, conseguente alla flessibilizzazione giuridica dei confini e allo “scivolamento” verso la de-territorializzazione⁹³, apre molti interrogativi sulla trasformazione di quel diritto nell’attuale fase delle migrazioni mondiali. Riammissioni informali lungo i confini terrestri e respingimenti in mare aperto

status di rifugiato (artt. 36-39 dir. procedure). Si tratta di una presunzione *relativa* che consente, fra l’altro, di: a) adottare misure di respingimento, espulsione e allontanamento degli stranieri in astratto compatibili con il divieto di *refoulement*; b) velocizzazione dell’esame delle domande di protezione; c) assicurare la rigida applicazione del meccanismo Dublino. In tutti questi casi, spetta all’interessato dimostrare l’esistenza di validi motivi per non ritenere un Paese (o una parte del suo territorio) “sicuro” ai fini della misura già adottata o che si sta per adottare. Il contenzioso giurisprudenziale rivela che la clausola si presta a facili abusi, soprattutto in ordine al rigetto delle domande avanzate (la Corte di giustizia, ad esempio, ha ribadito che le condizioni poste dall’art. 38 dir. cit. devono sussistere *integralmente* affinché operi la presunzione: sent. 19 marzo 2020, C-564/18, LH e sent. FMS *et al.*, cit. in nt. 79). Il suo sistematico impiego nelle procedure di accertamento del diritto alla protezione non solo prelude al «rischio di una pretermissione dell’approccio individualistico» essenziale in tali procedure, sostituito da valutazioni standardizzate (C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *Federalismi.it*, 23/2020, p. XXXIII), ma tende anche a rafforzare gli stereotipi che distorcono la realtà dell’asilo, nel senso che «la sicurezza del Paese di origine del richiedente non viene più considerata una circostanza da accertare per stabilire l’infondatezza di una domanda di protezione o per verificare l’insussistenza di circostanze ostative al suo rimpatrio, ma una situazione da valutare *ex ante* in via generale e astratta, quale indice di un tentativo di accesso fraudolento al sistema di protezione internazionale» (così, C. Pitea, *La nozione di «Paese di origine sicuro» e il suo impatto sulle garanzie per i richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Riv. dir. int.*, 3/2019, p. 629). Su alcuni profili di possibile illegittimità costituzionale della recezione della clausola nella legislazione interna (art. 2-bis d.lgs. n. 25/2008, c.d. decreto “procedure”), v. P. Bonetti, *L’evoluzione delle norme e delle politiche del diritto di asilo in Italia e in Europa tra protezione internazionale e asilo costituzionale*, in *Ius migrandi. Trent’anni di politiche e legislazione dell’immigrazione in Italia*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, Milano, FrancoAngeli, 2020, p. 799 ss.

91. Poiché si tratta di condizioni accertate dallo Stato che ha respinto la domanda di protezione, non può affatto escludersi che la decisione eluda surrettiziamente il divieto di respingimento (cfr. U. Villani, *I principi della politica di asilo e d’immigrazione dell’Unione e il rischio di ‘Fortezza Europa’*, in *FSJ: European Legal Studies*, 2/2023, p. 13), come conferma il sospetto che la strategia del Governo italiano mirasse probabilmente al coinvolgimento della Tunisia nelle operazioni di rimpatrio dei migranti partiti dalle sue coste (così, M. Savino, *Il rilancio*, cit., 2). Paese al quale non sembra potersi attualmente applicare la presunzione di Paese terzo sicuro, tanto per l’instabilità politico-sociale interna quanto per il modo in cui sono trattati i migranti provenienti dall’Africa centrale: v. infatti Trib. Catania, decr. 4 maggio 2023, di sospensione della decisione della Commissione territoriale competente che rigettava come manifestamente infondata la domanda di protezione avanzata da un cittadino tunisino. Da ultimo, si segnala la disapplicazione del citato decr. interm. sui Paesi di origine sicuri per effetto del mancato aggiornamento della situazione attuale della Tunisia, che non consentirebbe più di qualificarla come Paese sicuro ai fini dell’applicazione delle norme sulla protezione internazionale: Trib. Firenze, sez. spec. imm., prot. int. e libera circ. citt. UE, decr. 20 settembre 2023, R.G. 9787/2023.

92. Cfr. J.-P. Cassarino-L. Marin, *The Pact on Migration and Asylum: Turning the European Territory into a Non-Territory?*, in *E.J. Migration & L.*, 2022, vol. 24(1), p. 1 ss.

93. V. già A. Shachar, *The Shifting Borders of Immigration Regulation*, in *Stanford J. CR & CL*, 2007, vol. 3(2), p. 165 ss.

continuano ad essere diffusamente praticati in sostanziale elusione al divieto di *refoulement* (ad es., da Italia, Croazia, Francia, Grecia, Malta, Slovenia, Spagna, Ungheria) e al diritto dei migranti di chiedere asilo, depotenziato proprio nel suo meccanismo di “innesco” ossia il raggiungimento del territorio⁹⁴.

Ci si può dunque chiedere se tale requisito sia indispensabile per il sorgere del diritto, fermo restando che l’accesso al territorio rappresenta il suo primo contenuto “minimo-necessario” una volta che la protezione sia stata riconosciuta⁹⁵. La risposta dipende, ancora una volta, dal modello normativo di riferimento. S’è visto che nell’ordinamento internazionale non è possibile istituire una connessione necessaria tra non respingimento e asilo⁹⁶, mentre il diritto UE non contempla la possibilità di presentare una domanda di protezione se non in prossimità delle frontiere esterne comuni o nel territorio.

L’approccio formale più rigorista è stato ribadito in occasione del tentativo di alcuni rifugiati siriani nel 2016 di ottenere un visto di ingresso per motivi umanitari – con la prospettiva di avanzare una richiesta di asilo una volta raggiunto il territorio europeo – dall’ambasciata libanese del Belgio, che ne ha però rifiutato il rilascio⁹⁷. Investita di una questione pregiudiziale di interpretazione, anche sotto il profilo del rispetto dell’art. 18 della Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha escluso che il caso rientrasse nell’ambito di applicazione del diritto UE, stante la competenza statale a regolare le condizioni per l’emissione del suddetto visto e la piena discrezionalità in merito. La Corte aggiunge, *en passant*, che la finalizzazione della richiesta al successivo esercizio del diritto di presentare una domanda di protezione determinerebbe un *vulnus* all’impianto generale del sistema di asilo, introducendo una via traversa di accesso alla procedura rispetto ai criteri di Dublino (che non prevedono la facoltà del richiedente di scegliere lo Stato cui indirizzare la propria domanda) e contravvenendo alla natura esclusivamente “territoriale” del modello europeo di asilo⁹⁸. Anche la Corte di Strasburgo, sollecitata da un ricorso sulla medesima vicenda per la presunta violazione dell’art. 3 CEDU, ha declinato la propria competenza affermando, in modo forse troppo assertivo, che la decisione statale su una richiesta di visto non fa sorgere quel *connecting link* con la *jurisdiction* dello Stato indispensabile per l’applicazione della Convenzione. Sebbene tale nozione giunga a coprire ipotesi di esercizio anche extraterritoriale del potere autoritativo in casi particolari, estendere il controllo a situazioni come quella dei ricorrenti, secondo la Corte, avrebbe l’effetto di trasformare uno strumento di garanzia “regionale” come la Convenzione in un rimedio ad applicazione

94. Contro tali pratiche si è pronunciato anche il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d’Europa, che il 30 marzo 2023 ha rivolto agli Stati europei un pressante invito affinché cessino i respingimenti illegittimi via terra e via mare e si evitino in ogni modo i maltrattamenti dei migranti alle frontiere: DC 079(2023). Per il loro carattere non più eccezionale ma “ordinario”, i respingimenti illegittimi messi in atto dagli Stati europei sono stati definiti a «pan-European human rights problem» dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d’Europa (Raccomandazione *Pushed beyond the limits. Four areas for urgent action to end human rights violations at Europe’s borders*, April 2022, p. 7). Per una considerazione del tema, alla luce delle proposte modifiche al codice frontiere Schengen, v. E. Pistoia, *Verso la riforma del codice frontiere Schengen: le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali*, in questa Rivista, 3.2022, p. 38 ss.

95. Per maggiori indicazioni sul contenuto del diritto all’asilo, v. P. Bonetti, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit., p. 45 ss.; M. Benvenuti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 173 ss.; C. Panzera, *Il diritto all’asilo*, cit., p. 124 ss.

96. *Supra*, note 64 e 65.

97. In base al diritto dell’Unione, la concessione del visto rappresenta una mera facoltà per gli Stati membri: art. 25 reg. (CE) n. 810/2009 (codice visti). Ciò non impedisce, ovviamente, che l’obbligo possa derivare da altri vincoli, sia internazionali (come il divieto di respingimento) che costituzionali (come, appunto, il diritto all’asilo).

98. Sent. 7 marzo 2017, C-638/16 PPU, X. e X.

potenzialmente “universale”, in tesi attivabile da chiunque nel mondo entri legalmente in contatto con sedi di rappresentanza di uno Stato parte⁹⁹.

Tale coppia di pronunce evidenzia il grande limite della protezione multilivello del diritto di asilo in ambito europeo: la mancanza di un *sistema coordinato* di canali legali di ingresso idoneo rispetto alle attuali dimensioni e natura dei flussi migratori “forzati”; mancanza che le applicazioni sporadiche e a macchia di leopardo di istituti esistenti (reinsediamenti, ricollocazioni, evacuazioni urgenti, visti temporanei rilasciati da singoli Stati, corridoi umanitari, *sponsorship private*) non possono ovviamente compensare¹⁰⁰. La scarsità di vie legali alternative all’ingresso irregolare, unita alle politiche di contenimento delle procedure di asilo, ha però l’effetto di incentivare anziché ridurre l’illegalità complessiva e le disfunzionalità del sistema, avviluppando in una spirale prevalentemente *difensiva* le proposte di riforma delle attuali politiche di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere, contando anche sulle possibilità dischiuse dai progressi dell’innovazione tecnologia e dell’AI¹⁰¹. Anche per questo, il duplice esito negativo della vicenda descritta ha suscitato delusione in quanti avevano ritenuto possibile ed auspicabile una diversa interpretazione sia dell’art. 25 del codice visti (alla luce degli artt. 4 e 18 della Carta) che della nozione di giurisdizione funzionale ai sensi della CEDU¹⁰², sebbene i limiti – dovuti alla sua origine casistica – della supplenza giudiziaria in ambiti complessi e politicamente sensibili come il governo degli ingressi non vadano trascurati¹⁰³.

Una diversa e più ampia prospettiva sembra aperta dalla *disciplina costituzionale*. Questa, come si sa, menziona il «territorio della Repubblica» ai fini del godimento dell’asilo ma non eleva il suo raggiungimento a requisito preliminare per l’accesso alla protezione¹⁰⁴. Il modello di asilo delineato dall’art. 10, co. 3, Cost. si differenzia infatti dagli istituti disciplinati dal diritto internazionale e dell’UE o da altre Carte costituzionali in tre aspetti: riconosce allo straniero un diritto soggettivo perfetto immediatamente esigibile, assume a

99. Sent. *M.N. et al./Belgio* del 5 maggio 2020 (*Grand Chambre*).

100. Fra i contributi più recenti sul tema, v. F.L. Gatta, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell’Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in questa *Rivista*, 2.2018, p. 1 ss.; S. Marinai, *L’Unione europea e i canali di accesso legale per i soggetti bisognosi di protezione internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 1/2020, p. 57 ss.; C. Siccardi, *Quali vie di ingresso legale per i richiedenti protezione in Europa? Contesto europeo e costituzionale*, in questa *Rivista*, 2.2022, p. 75 ss.; *Complementary Pathways in Murky Legal Waters*, a cura di V. Stoyanova, in *E.J. Migration & L.*, 2023, vol. 25(2): special issue, p. 131 ss.

101. Una prima analisi sul punto, a partire dalla proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 – COM(2021) 206 final – può vedersi in E. Longo, *Il possibile impatto dell’AI Act sull’immigrazione: iniziamo a discuterne*, in *ADiM Blog*, Editoriale, febbraio 2023.

102. Cfr. spec. V. Moreno-Lax, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part II)*, in www.eumigrationlawblog.eu, 21.02.2017 e Ead., *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German L.J.*, 2020, vol. 21(3), p. 385 ss. Una diversa soluzione del caso *X. e X.*, d’altronde, era stata patrocinata nelle Conclusioni dell’Avv. Gen. Mengozzi, mentre l’estensione della nozione di *jurisdiction* al rilascio dei visti di ingresso ad opera delle ambasciate aveva formato oggetto di una opinione concorrente del giudice A. Pinto de Albuquerque nella precedente decisione sul caso *Hirsi Jamaa et al./Italia* del 21 febbraio 2012 (*Grand Chambre*), §§ 69-71.

103. Una valutazione complessiva, benché un po’ datata, delle possibilità di ottenere asilo dall’estero nel quadro delle *Protected Entry Procedures* (PEP) seguite in passato da alcuni Stati UE può trovarsi in G. Noll, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *Int’l J. Refugee L.*, 2015, vol. 17(3), p. 542 ss.

104. Così già M. Benvenuti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 127 e P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 44 s. Secondo P. Morozzo della Rocca (*Sul diritto al rilascio del visto per motivi umanitari*, in *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, a cura di M. Savino e D. Vitiello, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, p. 210 ss.), invece, è arduo immaginare che, per i costituenti, il diritto all’asilo «non avesse riguardo allo straniero sottoposto alla sfera di controllo [...] dello Stato, pensata in termini essenzialmente di territorio e di confini».

presupposto legittimante una fattispecie più ampia della persecuzione in senso stretto (quale l'impedimento all'esercizio effettivo delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione) e non postula la presenza sul territorio del richiedente, almeno per quanto riguarda il momento in cui avviene il riconoscimento, in via amministrativa o giudiziaria, dell'asilo¹⁰⁵; rimane invece dubbio se l'accesso al territorio sia una *precondizione* per la presentazione della domanda.

La risposta, evidentemente, non dipende dalla tipologia di asilo che i Costituenti avevano in mente, poiché anche per quello "territoriale" – su tale identificazione non sembrano esserci molti dubbi¹⁰⁶ – la richiesta di protezione può essere indifferentemente avanzata nel territorio o inoltrata dall'estero. Tanto che nel d.d.l. volto a disciplinare la materia, in parallelo a quello che sarebbe poi diventato il TUI del 1998, si contemplava originariamente la facoltà di presentare la domanda anche «c) alla rappresentanza diplomatica o consolare italiana nello Stato di cittadinanza o di dimora nonché nello Stato di transito; d) al comandante di una nave o aeromobile italiani in navigazione»¹⁰⁷. È dunque del tutto coerente con la *ratio* della norma in esame che questa si indirizzi anche agli stranieri «che si trovano nell'impossibilità concreta di lasciare il loro Paese proprio in ragione di quella *obiettiva* situazione evocata dall'enunciato costituzionale»¹⁰⁸.

Resta da domandarsi se la presenza sul territorio o alla frontiera possa legittimamente essere imposta dal legislatore ordinario, cui spetta dettare le «condizioni» per il godimento del diritto all'asilo in base ad un esplicito rinvio dell'art. 10, co. 3. In tal caso, il recepimento della disciplina europea (quale regime di protezione esclusivamente territoriale) soddisferebbe già tale esigenza e, giusta la tesi che individua negli istituti di protezione regolati dal diritto UE una forma di attuazione del precetto costituzionale, sarebbe di conseguenza applicabile anche a quest'ultimo. Dalle medesime premesse discende, *a fortiori*, la conseguenza che le limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. potrebbero giustificare il contemperamento del diritto di chiedere asilo in Italia dall'estero con il rispetto dei criteri di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda, preordinati al funzionamento del sistema comune di asilo¹⁰⁹.

Un orientamento costante della Cassazione ritiene, infatti, che la norma costituzionale sia interamente attuata dagli *status* di rifugiato, beneficiario di protezione sussidiaria e titolare della "ex" protezione umanitaria disciplinata dal legislatore interno (oggi scomposta in una serie di figure normative distinte, fra cui spicca la protezione "speciale" ex art. 19 TUI),

105. Cfr. la decisione sul noto caso Öcalan del Trib. Roma, XI sez., sent. 1° ottobre 1999.

106. C. Esposito, *Asilo*, cit., p. 223; in senso conforme G. D'Orazio, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1992, p. 38 s. e F. Rescigno, *Il diritto di asilo*, Bari, Carocci, 2011, p. 217.

107. Art. 3, co. 1, del d.d.l. presentato il 9 maggio 1996 (AP Senato – XIII legislatura, n. 203). In Commissione affari costituzionali, però, la previsione scomparve e rimase solo quella concernente la presentazione della domanda di asilo sul territorio o alla frontiera. L'articolato, approvato in aula il 5 novembre 1998, non giunse mai in porto per le forti divisioni emerse sui suoi contenuti: cfr. P. Bonetti, *I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in *Diritto degli stranieri*, cit., p. 18.

108. E. Bettinelli, *I diritti "essenziali" (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, Giappichelli, 1992, p. 38 (c.vo testuale). Sull'ammissibilità della domanda dall'estero, e sul conseguente obbligo dello Stato di agevolare l'ingresso dello straniero ove i presupposti per il riconoscimento dell'asilo siano soddisfatti, già A. Cassese, *Art. 10*, cit., p. 537 e, in tempi più vicini, L. Chieffi, *La tutela costituzionale del diritto di asilo e di rifugio a fini umanitari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, a cura di M. Revenga Sánchez, Milano-Valencia, Giuffrè-Tirant Lo Blanch, 2005, p. 188, nonché M. Benvenuti, *op. et loc. ult. cit.*

109. P. Bonetti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 45.

senza che sopravviva «alcun margine di residuale diretta applicazione»¹¹⁰. Da ciò si ricava anche la restrittiva conclusione che «il diritto di asilo nasce quando il richiedente *faccia ingresso in Italia* in condizioni di vulnerabilità che mettano a repentaglio l'esercizio dei propri diritti fondamentali»¹¹¹.

Al di là dei passaggi argomentativi meno convincenti di tale indirizzo interpretativo¹¹², proprio la recente e tumultuosa evoluzione della disciplina nazionale in tema di protezione interna¹¹³ conferma che la norma costituzionale non si “cristallizza” una volta per tutte negli istituti specifici da cui riceve (parziale) concretizzazione, ma conserva una capacità nomogenetica inesauribile la cui utilità pratica si apprezza nel momento dell'immediata invocazione e applicazione in giudizio del precetto¹¹⁴. Imporre al richiedente asilo di essere presente nel territorio o alla frontiera al fine di accedere alla garanzia costituzionale che lo riguarda significa alterare il modello di tutela prefigurato, scambiando – come già ricordato – il contenuto minimo del diritto (l'ingresso nel territorio) con un suo prerequisite, aggiuntivo e ulteriore rispetto all'unico previsto dall'art. 10, co. 3 (l'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche). S'è poi già notato, in relazione alle altre forme di protezione, come la territorialità della *domanda* d'asilo finisca per indebolire l'efficacia delle garanzie prescritte nel momento in cui la rigorosa osservanza di tale requisito coesiste con l'acquiescenza verso le ricordate pratiche di respingimento e deterrenza delle partenze.

Di fronte a questa deriva, una recente giurisprudenza di merito ha “preso sul serio” l'affermata precettività e diretta applicabilità della norma costituzionale¹¹⁵, sanzionando condotte degli organi di pubblica sicurezza italiani lesive del diritto di accesso alla procedura che consistevano esattamente nell'aver illegittimamente impedito ai ricorrenti l'ingresso o

110. Cass. civ., sez. VI, ord. 26 giugno 2012, n. 10686; ord. 29 novembre 2013, n. 26887; sent. 23 giugno 2016, n. 13081; ord. 5 febbraio 2018, n. 2682; ord. 19 aprile 2019, n. 11110. A tale premessa segue nei fatti il rifiuto di un'autonoma applicazione dell'art. 10, co. 3 (fra le ultime, Cass. civ., sez. I, ord. 5 settembre 2022, n. 26089). L'orientamento è richiamato anche dalla Corte costituzionale in un passaggio della sent. n. 194/2019, ma non sembra che da ciò possa dedursi alcuna acquiescenza all'interpretazione citata, per le ragioni che altrove ho provato a sintetizzare: cfr. C. Panzera, *Il diritto di asilo*, cit., p. 150 ss.; analogamente, E. Rossi, *Il diritto di asilo tra Costituzione e normativa di attuazione: i recenti sviluppi del tema*, in *Diritti oltre frontiera. Migrazioni, politiche di accoglienza e integrazione*, a cura di F. Biondi Dal Monte ed E. Rossi, Pisa, Plus, 2020, p. 169 ss.

111. Cass. civ., SU, sentt. 13 novembre 2019, nn. 29459, 29460 e 29461, per il resto di importanza decisiva nel risolvere in senso conforme all'art. 10, co. 3, Cost. i gravi problemi di diritto intertemporale generati dall'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 (in specie, dalle disposizioni transitorie dettate nei commi 8 e 9 dell'art. 1), per una ricostruzione dei quali può utilmente vedersi N. Canzian, *La non retroattività dell'abrogazione della protezione umanitaria*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, p. 393 ss.

112. Sullo “svuotamento” contenutistico dell'asilo costituzionale derivante dalla giurisprudenza richiamata, v. le condivisibili critiche di M. Benvenuti, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Quest. giust.*, 2/2018, p. 19 ss.

113. Mi riferisco alle modifiche introdotte dai dd.ll. n. 113/2018 (conv. in l. 132/2018: sostituzione della protezione umanitaria ex art. 5, co. 6, TUI con una serie di fattispecie tipizzate), n. 130/2020 (conv. in l. 173/2020: modifica della protezione speciale e del regime degli altri permessi di soggiorno di recente istituzione), n. 20/2023 (conv. in l. n. 50/2023: ulteriore modifica della protezione speciale e del sistema di accoglienza, su cui v. il § 6), n. 124/2023 (prolungamento della durata massima del trattenimento amministrativo e realizzazione di nuove strutture di prima accoglienza, permanenza e rimpatrio) e n. 133/2023 (estensione delle fattispecie di espulsione, nuove previsioni sul trattamento di minori stranieri non accompagnati e sulle misure di accoglienza).

114. Per una discussione più approfondita di questo punto rinvio a C. Panzera, *Attuazione*, cit., spec. p. 819 ss., ma v. *passim*.

115. *Supra*, nt. 12.

la permanenza nel territorio al fine di presentare una domanda di protezione¹¹⁶. Il *trend* si segnala per alcuni aspetti positivi e altri negativi¹¹⁷.

Fra i primi, il più importante è senza dubbio lo “sganciamento” sul piano ricostruttivo fra *riconoscimento* dell’asilo e *presenza* sul territorio, che porta i giudici a ricondurre l’ingresso nello Stato fra i contenuti (da garantire) e non fra le condizioni (da assolvere) per la diretta applicazione della norma costituzionale, in linea con le premesse interpretative qui sostenute¹¹⁸. Anche se previsto come sanzione a condotte illegittime delle autorità statali, l’accertamento giudiziario dell’*obbligo* di autorizzare l’ingresso dei ricorrenti apre nuove prospettive per un recupero della centralità dell’art. 10, co. 3, nel quadro del sistema euro-nazionale integrato di protezione dei richiedenti asilo.

A fronte di tale cospicuo risultato, suscitano invece perplessità le decisioni che pretendono di vincolare l’amministrazione anche nella scelta dei mezzi idonei a realizzare l’obiettivo, disponendo ad esempio il rilascio di un visto umanitario quale modalità *obbligata* per il giudice in ragione della sua funzione di garanzia dei diritti (accentuata nei procedimenti cautelari *ex art. 700 c.p.c.* come quelli in esame), laddove lo strumento indicato resta – per il diritto dell’Unione come per quello interno – ad applicazione facoltativa e discrezionale per le autorità statali. Non desta dunque sorprese che, su questo aspetto, le decisioni più nette e *tranchant* siano state riviste in sede di reclamo¹¹⁹, mentre “resistono” quelle che hanno correttamente rimesso il *quomodo* dell’ingresso del ricorrente alle valutazioni discrezionali dell’amministrazione interessata¹²⁰. Il secondo aspetto negativo, e più preoccupante, concerne la discutibile riduzione dell’asilo costituzionale a *mera garanzia procedurale di accesso* alle altre forme di protezione. È infatti questa la prospettiva che guida l’invocazione e l’applicazione dell’art. 10, co. 3, nei giudizi in esame: l’unico senso che può avere una previsione che si reputa interamente attuata dagli *status* di protezione esterni e interni ricordati – le sole, autentiche forme di asilo – è garantire l’accesso a questi ultimi. Un

116. Si segnalano, fra le tante, Trib. Roma, I sez. civ., sent. 28 novembre 2019, n. 22917, conf. da App. Roma, sent. 11 gennaio 2021 (respingimento collettivo operato in acque internazionali nel 2009 dalla Marina militare italiana con successiva consegna dei migranti soccorsi alla guardia costiera libica); Trib. Roma, sez. diritti pers. imm., sent. 18 gennaio 2021, R.G. 56420/2020 (riammissioni informali in Slovenia con respingimenti a catena lungo la rotta balcanica nel 2020; con la recente ord. 9 maggio 2023, R.G. 3938/2022, il medesimo giudice ha anche riconosciuto in favore del primo ricorrente il risarcimento danno); ord. 23 maggio 2022, R.G. 15094/2022 (diniego di ingresso a un cittadino marocchino a rischio persecuzione per il suo attivismo in materia di diritti umani, che aveva precedentemente soggiornato in Italia); ord. 8 giugno 2023, R.G. 17732/2023 e ord. 14 settembre 2023, n. 24070 (rilascio di visto umanitario o altra modalità per l’ingresso di cittadini afgani avente una relazione qualificata con l’Italia che non hanno usufruito del programma di evacuazione); ord. 9 giugno 2023, R.G. 20121/2023 (rifiuto di verbalizzare la domanda di asilo e successivo rimpatrio dello straniero); ord. 7 luglio 2023, R.G. 21667/2023 (riammissione informale via mare, da Brindisi alla Grecia, di richiedente afgano minorenne non accompagnato).

117. Alcune prime considerazioni in proposito sono in C. Siccardi, *La giurisprudenza ordinaria (in particolare, sull’accesso dei richiedenti asilo al territorio nazionale)*, in *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici*, cit., p. 192 ss.

118. Critici, sul punto, G. Del Turco-M. Savino, *Chi è stato illegittimamente respinto ha diritto di rientrare in Italia?*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020, p. 4 ss.

119. Mi riferisco alla revisione, in sede collegiale, delle ordd. 21 dicembre 2021, R.G. 62652/21 e 14 gennaio 2022, R.G. 76126/2022, rese dal Tribunale capitolino in composizione monocratica: cfr. Trib. Roma, XVIII sez. civ. (dir. pers. imm.), ord. 25 febbraio 2022, R.G. 75658/2022, seguita dalle ordd. 25 marzo 2022, 7 e 8 aprile 2022. Poiché un eccesso spesso chiama un altro eccesso, i giudici del reclamo si sono spinti ad un pericoloso declassamento dell’art. 10, co. 3, da norma precettiva a norma programmatica efficace solo nei riguardi del legislatore, in una battaglia argomentativa di retroguardia che trascina con sé anche il diritto UE, come quando si sostiene la mancanza di attuazione legislativa dell’art. 25 codice visti precluda al potere esecutivo e al giudiziario la facoltà di rilasciare visti umanitari in singoli casi.

120. V. le pronunce citate in nt. 116.

diritto-mezzo per conseguire altri *diritti-fine*, che non ha contenuti propri a parte quello di permettere il godimento di questi ultimi quando la distanza fisica dal territorio annullerebbe ogni *chance* di accedervi.

Ora, l'ingresso e il soggiorno provvisorio sono tutele logicamente preordinate a consentire l'accesso ad *ogni* fattispecie di asilo (inclusa quella regolata dall'art. 10, co. 3, Cost.); sono, cioè, garanzie preliminari ad applicazione generale, particolarmente importanti quando la normativa non consenta l'inoltro della domanda dall'estero come nel caso dell'asilo europeo. Non si può invece affermare con altrettanta sicurezza che tale esclusione valga per la fattispecie costituzionale. È dunque paradossale che, per assicurare a quest'ultima un minimo di efficacia, se ne disconosca l'autonomia contenutistica riducendola al (pur essenziale) diritto di ingresso nel territorio per presentare domanda di protezione internazionale o sussidiaria. Eppure, il ragionamento non è nuovo: già nel 2005, la Cassazione aveva affermato che il precetto costituzionale non avesse «contenuto legale diverso e più ampio del diritto a ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno per la durata dell'istruttoria della pratica attinente al riconoscimento dello *status* di rifugiato»¹²¹. E se pure volesse vedersi nell'intreccio fra strumenti di protezione esterni e disciplina interna la chiave per sostenere la "attualità" di una previsione costituzionale che non troverebbe facili agganci nel presente, in un contesto geo-politico globale molto diverso da quello di origine, sarebbe quanto meno singolare l'evoluzione toccata in sorte all'art. 10, co. 3: una garanzia nata quando gli strumenti di protezione odierni ancora non esistevano e dotata all'evidenza di un contenuto proprio viene interamente funzionalizzata all'esigenza di rendere effettiva la richiesta diretta a conseguire le tutele previste per fattispecie giuridiche *altre*¹²².

Dal percorso interpretativo qui criticato consegue poi un restringimento della portata applicativa della norma, misurabile nei condizionamenti cui viene subordinato il riconoscimento dell'asilo, come l'esistenza di una condotta illegittima delle autorità statali o la dimostrazione di un preesistente legame dello straniero con il territorio. Fattori, questi, in sé comprensibili alla luce delle vicende concrete e non privi di una ragionevole utilità nell'orientare la discrezionalità giudiziaria¹²³ ma, si deve precisare, non previsti dalla norma costituzionale né dalla legislazione vigente¹²⁴.

121. Cass. civ., sez. I, sent. 25 novembre 2005, n. 25028, annotata criticamente da P. Passaglia, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, in *Foro it.*, 2006, I, cc. p. 2851 ss.

122. In altra sede ho contestato questa equazione, argomentando in favore dell'autonomia concettuale e giuridica dell'istituto costituzionale (C. Panzera, *Il diritto di asilo*, cit., p. 145 ss.) sulla scia delle pertinenti osservazioni di M. Benvenuti, *Il diritto di asilo*, cit., p. 211 ss., ma *passim*, e Id., *La forma dell'acqua*, cit., p. 19 ss. Altri, poi, hanno sottoposto a revisione critica anche la *communis opinio* (per tutti: P. Bonetti, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in questa *Rivista*, 1.2008, p. 14; Id., *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, cit., p. 49 ss.) circa il rapporto di "genere" a "specie" esistente fra l'asilo costituzionale e gli altri *status* di protezione: cfr. E. Cavasino, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano: struttura, garanzie, effettività*, in *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. Caligiuri, G. Cataldi e N. Napoletano, Padova, Cedam, 2010, p. 324 ss.

123. Sulla rilevanza empirica della nozione di "relazione qualificata", v. ancora P. Morozzo della Rocca, *Sul diritto al rilascio del visto*, cit., pp. 217 e 222 ss., ma già P. Morozzo della Rocca-M. Sossai, *Chiedere asilo da lontano*, in www.questionegiustizia.it, 12.09.2022, p. 12.

124. I parametri che compongono i criteri del reg. Dublino, i quali richiamano anche precedenti legami con il territorio o la comunità ospitante, hanno infatti il solo scopo di individuare lo Stato membro competente ad esaminare la domanda e non incidono sul diritto ad ottenere la protezione anche in assenza di tali legami. È vero che il tasso di accoglimento delle domande varia tra i Paesi UE, ma questo è un dato di fatto che richiede semmai una riflessione sulla effettiva eguaglianza di trattamento che il sistema attuale è in grado di assicurare.

Dalle aperture giurisprudenziali segnalate restano invece fuori tutti coloro che avrebbero diritto a ricevere asilo, trovandosi nelle condizioni indicate dall'art. 10, co. 3, ma in base alla normativa vigente non possono farne domanda dall'estero. L'alternativa, per molti di loro, è intraprendere quei viaggi della speranza su cui prosperano reti criminali di trafficanti che da decenni Governi nazionali e istituzioni europee dichiarano concordemente di voler smantellare con scarsi risultati pratici, pagando così la scelta di puntare più su iniziative manifesto ad alto impatto comunicativo (talvolta puramente velleitarie)¹²⁵ e sull'ipertrofia dello strumento penale, che sulla cooperazione internazionale necessaria per agire in profondità sui *push factors* dei flussi o sulla predisposizione di un sistema europeo – o anche solo nazionale – di vie legali e sicure di accesso per chi fugge in cerca di asilo. Si tratta, come ricordava Bauman, di annunci politici con un'efficacia "manifesto" immediata, cui si sovrappone un'efficacia "traversa" indiretta: nello specifico, orientare il dissenso sociale e politico dalle sue vere cause, che le forze governanti non fanno o non vogliono affrontare alla radice, verso problemi comuni – come l'insicurezza – che le stesse forze si mostrano alacramente impegnate a risolvere. Un «trucco da prestigiatori», chiosava l'Autore¹²⁶.

6. Le novità introdotte dal d.l. n. 20/2023: prime osservazioni

L'applicazione giudiziaria diretta dell'art. 10, co. 3, Cost. rappresenta una soluzione provvisoria e individuale di fronte ai casi di «abuso di sovranità» compiuti dallo Stato italiano in violazione di obblighi anche internazionali di tutela del richiedente asilo¹²⁷. In tal senso, della garanzia costituzionale viene esaltata la *funzione integrativa e sussidiaria* nel sistema multilivello di protezione di tale categoria di soggetti vulnerabili. La supplenza giudiziaria però non elimina, semmai accentua, il problema della mancanza di una disciplina organica di settore – un Testo unico o "codice" del diritto d'asilo – che pure la coerente e piena attuazione del precetto costituzionale avrebbe reso necessaria¹²⁸. Un *corpus* normativo in cui il legislatore assuma la responsabilità di bilanciare, in una prospettiva generale e in maniera conforme ai vincoli costituzionali e internazionali vigenti, i molteplici interessi individuali e collettivi che affollano tale delicata materia, regolando ad esempio lo *status* del titolare del diritto costituzionale all'asilo (durata del soggiorno, diritti e doveri, cessazione e revoca del beneficio) e il suo cruciale coordinamento – sotto forma di integrazione o di concorrenza – con le altre forme di protezione esistenti¹²⁹.

L'opzione ermeneutica che assorbe per intero l'istituto costituzionale negli strumenti già vigenti, con le rispettive discipline, rende però vana l'attesa che Parlamento e Governo procedano alla razionalizzazione auspicata, la cui principale forza argomentativa sta proprio

125. Come la promessa di dare la caccia agli scafisti «lungo tutto il globo terraqueo» fatta dalla Presidente del Consiglio dei Ministri italiano all'indomani della tragedia di Cutro (la dichiarazione è riportata sui principali organi di stampa del 10 marzo 2023).

126. Z. Bauman, *Stranieri alle porte*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 24 ss.

127. Riprendo tra virgolette la formula usata, in un contesto pur attento alle "ragioni" dello Stato, da G. D'Orazio, *Condizione dello straniero e "società democratica" (sulle «ragioni» dello Stato)*, Padova, Cedam, 1994, p. 93 ss.

128. Cfr. P. Bonetti, *I profili generali della normativa italiana*, cit., p. 17 ss.; M. Benvenuti, *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti e A. Schillaci, Napoli, Jovene, 2011, p. 76; C. Panzera, *Attuazione*, cit., pp. 812 e 835.

129. Quanto alle autorità competenti e la procedura, sarebbero sufficienti le norme attuative della dir. "procedure" (d.lgs. n. 25/2008 e ss.mm.ii.).

nell'opposta convinzione della irriducibile *alterità* dell'asilo costituzionale rispetto alle altre forme di protezione e della *obbligatoria* attuazione legislativa dell'art. 10, co. 3.

L'approccio seguito negli ultimi tre decenni, come si sa, è stato invece improntato ad un disimpegno progettuale sul piano interno, dovuto in buona parte allo slittamento verso l'esterno della competenza regolatoria, di modo che l'elaborazione delle politiche comuni UE e la loro attuazione in ambito nazionale legittimasse l'idea di aver così risolto anche il problema della disciplina del diritto costituzionale di asilo¹³⁰.

Non pare necessario ripercorrere le note tappe dell'evoluzione legislativa in materia¹³¹, mentre è indispensabile soffermarsi sulle novità introdotte da uno degli ultimi anelli della catena normativa, il d.l. n. 20/2023, conv. in l. n. 50/2023 (c.d. decreto "Cutro"). Benché volto a dettare disposizioni urgenti sui flussi di ingresso per ragioni economiche e sul contrasto all'immigrazione irregolare, il provvedimento ha immediate ricadute sul profilo dell'accesso all'asilo, che viene interessato da almeno tre prospettive diverse¹³²: la previsione di quote in favore di rifugiati e apolidi nel nuovo decreto flussi; un fugace riferimento agli ingressi per reinsediamento, evacuazioni e corridoi umanitari nell'ambito della (ri)definizione dei destinatari del sistema di accoglienza e integrazione (SAI); una nuova disciplina della procedura di esame accelerato alla frontiera.

6.1. *L'inserimento di rifugiati e apolidi nel decreto flussi*

L'art. 1, co. 5-*bis*, del decreto "Cutro" deroga la procedura dettata dall'art. 3 TUI per la programmazione triennale delle politiche di immigrazione e integrazione e la definizione annuale dei flussi di ingresso *per motivi di lavoro*, stabilendo che sia un unico d.p.c.m. a definire criteri comuni e quote per il triennio 2023-2025. Una parte di tali ingressi – è la novità che qui interessa – può essere riservata a rifugiati e apolidi riconosciuti dall'UNHCR o dalle autorità competenti nei Paesi di primo asilo o di transito.

Questa riserva è un primo passo nella direzione di facilitare l'accesso del titolare del diritto di asilo nel territorio italiano, coerente con l'invito delle organizzazioni internazionali e dell'UE a sfruttare ogni spazio ricavabile dalle maglie della disciplina esistente per agevolare il reinsediamento dell'asilante nel territorio di uno Stato UE¹³³. Lo strumento

130. Già il primo intervento legislativo in materia – il d.l. n. 416/1989, conv. in l. n. 39/1990 – appariva fortemente condizionato, più che dall'impellenza di un imperativo costituzionale (l'art. 10, co. 3), dall'obiettivo di cominciare ad allineare la legislazione italiana sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri (risalente nei suoi tratti essenziali all'epoca fascista, con l'eccezione della l. n. 943/1986, di attuazione della Convenzione OIL n. 143/1975 sulla parità di trattamento dei lavoratori stranieri e delle loro famiglie) alle norme sulla libera circolazione interna e sui controlli alle frontiere esterne comuni poste dall'Accordo di Schengen e relativa Convenzione di applicazione, cui l'Italia avrebbe aderito proprio nel 1990. L'effettivo ingresso nello spazio di libera circolazione, avvenuto solo nel 1997, in concomitanza con la comunitarizzazione dell'*aquis* di Schengen nel Trattato di Amsterdam, è poi all'origine dell'unica disciplina *organica* finora adottata in materia di immigrazione, il TUI del 1998 (l. n. 40 e d.lgs. n. 286).

131. Per un quadro articolato e completo sul punto, v. P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo*, cit., p. 1133 ss. e G. Famiglietti, *Il richiedente protezione*, cit., p. 41 ss.

132. Altra novità significativa concerne la modifica *in peius* del regime della protezione speciale (art. 7 d.l. cit.), sulla quale non ci si soffermerà in questa sede. Per un primo commento, v. tuttavia M. Starita, *Le protezioni complementari in Italia e i trattati in materia di diritti umani dopo la l. 5 maggio 2023, n. 50: una questione d'interpretazione*, in *Dir. umani dir. int.*, 2/2023, p. 337 ss. e N. Zorzella, *La riforma 2023 della protezione speciale: eterogenesi dei fini?*, in *Quest. giust.*, 3/2023, anticip. *online* il 14 settembre 2023.

133. V. anche *infra*, § 7. Nella sua *Nota tecnica* di commento alla novella legislativa, del maggio 2023, l'UNHCR ha manifestato apprezzamento per la misura, auspicando il concreto avvio di "corridoi lavorativi" stabili per i rifugiati (p. 1 s., <https://shorturl.at/bdvDW>).

consente poi di immettere subito il beneficiario nel mercato del lavoro, conseguendo uno degli obiettivi della protezione ossia l'autonomia dello straniero e la sua integrazione nella comunità ospitante.

Tuttavia, da un lato, la riserva prevista non è obbligatoria né predeterminata nella quota minima (il d.p.c.m., adottato il 27 settembre 2023, prevede appena 750 ingressi nel triennio su un totale di 452 mila)¹³⁴; dall'altro, la disponibilità di tale canale privilegiato dipende dall'effettiva programmazione periodica dei flussi: condizione che, in passato, si è rivelata spesso aleatoria e rimessa anche per il futuro alla buona volontà del Governo; infine, rimane contraddittoriamente applicabile anche al triennio in esame la previsione del TUI (art. 22, co. 2) che subordina il rilascio del nulla osta per l'assunzione alla previa verifica, da parte del datore di lavoro richiedente, della indisponibilità di lavoratori già presenti sul territorio, sicché la semplificazione che era lecito attendersi da questa riforma appare quantomeno «incompleta»¹³⁵. Si consideri, ancora, che il permesso di soggiorno rilasciato avrà le caratteristiche del permesso di lavoro (in base alle diverse tipologie cui il decreto si riferisce: subordinato, stagionale e autonomo) e non di quello per asilo, con la conseguenza – non solo simbolica¹³⁶ – che la condizione di soggetto avente titolo alla protezione rileverà ai fini del visto di ingresso per poi scomparire dal “radar” legislativo sotto le vesti di un qualunque lavoratore straniero ed infine riemergere solo se l'interessato, come pare ragionevole, presenti la sua domanda di protezione (ma non v'è, né potrebbe esservi, alcun obbligo di legge al riguardo). Restano poi fuori dalle quote coloro che hanno necessità di ricevere protezione in base alla normativa vigente ma non rivestono la qualifica convenzionale di “rifugiato”.

Sempre nel sistema delle quote si prevede, ancora, una riserva di ingressi (stavolta obbligatoria) in favore dei cittadini di Paesi che promuovano campagne mediatiche sui rischi dell'inserimento in traffici migratori irregolari, con l'esplicito obiettivo di «prevenire l'immigrazione irregolare»¹³⁷. Non è detto, ovviamente, che i beneficiari di tali riserve siano gli stessi migranti costretti a fuggire per la propria incolumità; sicché, sotto tale aspetto, la misura si limita a promuovere un generico *trade off* tra offerta di lavoro e deterrenza delle partenze (sul presupposto, si può intuire, del carattere misto dei flussi migratori contemporanei), ma non pare ascrivere alla logica garantista dell'art. 10, co. 3, Cost. o delle altre forme di protezione, poiché opera a prescindere da una previa individuazione delle categorie di stranieri da inserire nella “corsia” riservata.

Al di fuori del sistema delle quote annuali, si contempla infine la possibilità di rilasciare un visto di ingresso per lavoro subordinato su richiesta del datore di lavoro (*ex art. 22 TUI*) per lo straniero – inclusi apolidi e rifugiati riconosciuti nei termini anzidetti – che abbia completato le attività di istruzione e formazione professionale e civico-linguistica nei Paesi di origine «organizzate sulla base dei fabbisogni manifestati al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dalle associazioni di categoria del settore produttivo interessato»¹³⁸. L'intenzione è lodevole, ma anche in tale caso appare labile il nesso tra formazione di

134. Artt. 6, co. 4, lett. b) e 7, co. 2, lett. c), del citato d.p.c.m. (in *Gazz. Uff. - Serie gen.* del 3 ottobre 2023, n. 231).

135. Così P. Bonetti, nella rubrica *Osservatorio italiano* di questa *Rivista*, 2.2023, par. 4, n. 1.

136. Si considerino, in particolare, la maggiore durata del permesso di soggiorno e le condizioni agevolate per l'acquisto della cittadinanza che la normativa prevede in favore dei titolari di protezione internazionale.

137. Art. 1, co. 5, d.l. cit.

138. Art. 3, co. 1, lett. c), d.l. cit. Sull'organizzazione di tali programmi di formazione v. pure le *Linee guida* adottate Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali (d.d. 7 luglio 2023, n. 27).

manodopera diretta a soddisfare una domanda di lavoro interna, dunque un'esigenza economica nazionale, con le finalità politico-umanitarie dell'asilo, che risponde a un bisogno di protezione individuale ove il fulcro delle valutazioni giuridiche è dato dalla situazione del richiedente. La sovrapposizione tra le due prospettive suscita riserve soprattutto ove tali misure complementari dovessero malauguratamente fungere da contropartita all'ostentato disimpegno – o alla disseminazione di ostacoli burocratici e materiali – verso il diritto di chiunque di accedere alla procedura volta al riconoscimento dell'asilo.

Emerge, nel complesso, un ambiguo “assorbimento” della posizione del titolare di protezione in senso lato con la condizione di lavoratore, che sfida la distinzione – che proprio i governi populistici e sovranisti difendono con maggiore tenacia dinnanzi alle opinioni pubbliche nazionali – tra rifugiati e migranti economici. Una strategia a dir poco cinica, che parte dall'affermazione *politically correct* del rispetto del diritto di chi fugge da persecuzioni e guerre ad essere accolto per giungere ad applicare, su premesse politico-culturali non esplicitate ma ugualmente evidenti, logiche e criteri propri della regolazione dell'immigrazione economica, negando di fatto la *specificità* della posizione giuridica dei titolari dell'asilo che tanto la Costituzione quanto le norme internazionali e dell'Unione riconoscono e garantiscono, a cominciare dal diverso rapporto di questi con il territorio statale.

6.2. Ingressi protetti e sistema di accoglienza e integrazione

Un secondo riferimento a canali legali di ingresso, stavolta specifici per i richiedenti asilo, è contenuto nelle modifiche apportate dal decreto al sistema di accoglienza e integrazione dei titolari di protezione¹³⁹. Da questo i richiedenti asilo sono ora (nuovamente) esclusi¹⁴⁰, ad eccezione di coloro che abbiano fatto ingresso nel territorio a seguito di programmi di *reinsediamento*, di protocolli per la realizzazione di *corridoi umanitari* e procedure di *evacuazione*. Non si offre, per intenderci, alcuna cornice normativa a tali interventi, ma si regolano sul fronte dell'accoglienza gli effetti del loro occasionale utilizzo nell'ambito di procedure e prassi vigenti¹⁴¹. Al contrario, appare indispensabile che tali strumenti confluiscono nella disciplina legale delle condizioni di realizzazione del diritto all'asilo – in coerenza con il “mandato” dell'art. 10, co. 3, Cost. – anziché essere lasciate alla sporadica iniziativa di istituzioni e privati.

Beninteso: il ruolo svolto da individui, enti religiosi ed associazioni civili sotto forma di *private sponsorship* di vie legali di ingresso protetto di quanti abbiano bisogno di asilo (non

139. Art. 5-ter d.l. cit. Quest'ambito appare alquanto lontano dall'oggetto del decreto, non attenendo alla regolazione dell'immigrazione economica né all'ingresso o soggiorno illegali, ma all'accoglienza di quanti – avendo formalizzato la propria domanda di protezione – hanno pieno diritto a rimanere sul territorio fino alla definizione della loro posizione.

140. Così era previsto in origine dal d.l. n. 113/2018, corretto sul punto dal d.l. n. 130/2020. Le più recenti modifiche apportate dal decreto “Cutro” prevedono l'implementazione del ricorso a (nuove) strutture straordinarie, consolidando note disfunzionalità di un sistema di accoglienza largamente incentrato sui CAS. Sul punto, v. M. Giovannetti, *Il prisma dell'accoglienza: la disciplina del sistema alla luce della legge n. 50/2023*, in *Quest. giust.*, 3/2023, anticip. online il 29 settembre 2023.

141. Nel medesimo ambito, si prevede l'inserimento facoltativo nel SAI anche dei cittadini afgani che abbiano raggiunto il territorio con programmi di evacuazione (art. 5-ter, co. 4), mentre resta ferma la proroga delle disposizioni sull'accoglienza diffusa dei cittadini ucraini titolari di protezione temporanea (co. 5).

necessariamente ristretti alla categoria formale dei “rifugiati”)¹⁴² costituisce un formidabile esempio di solidarietà internazionale dal basso e una soluzione pragmatica ai problemi di gestione almeno di quella quota di flussi irregolari che inevitabilmente origina – quale eterogeneità degli effetti – dalla esternalizzazione dei controlli alle frontiere. I corridoi umanitari, in particolare, presentano il vantaggio di avviare lo *screening* e la selezione dei beneficiari direttamente nel Paese di primo rifugio in cui si trovano, di consentirne l’ingresso in Italia attraverso canali protetti (di solito, il rilascio di visti a validità territoriale limitata per fini umanitari), sottraendoli alle organizzazioni criminali dedite al traffico dei migranti, e di incanalarli verso progetti di accoglienza, formazione e inclusione lavorativa e sociale non improvvisati; il tutto, con una copertura quasi esclusivamente privata dei costi dell’intera operazione¹⁴³.

D’altra parte, è evidente che tale assunzione di responsabilità non possa sostituire il compito delle istituzioni pubbliche, nazionali ed europee, di rendere *effettivo* il diritto alla protezione rimuovendo gli ostacoli legali e di fatto che impediscono ai titolari persino di accedere alla procedura per il suo riconoscimento, oggi concentrati soprattutto nel raggiungimento in modo legale e sicuro delle frontiere europee (il che richiederebbe l’adozione di robusti programmi di *resettlement* e una disciplina comune dei visti umanitari). La supplenza meritoriamente svolta dal privato con i corridoi umanitari realizza quel virtuoso circuito di “corresponsabilità” fra comunità e Stato nel perseguimento di interessi generali innescato dal principio di *sussidiarietà orizzontale* (art. 118, co. 4, Cost.), ma non dovrebbe finire tacitamente per “legittimare” il disimpegno delle istituzioni statali ed europee.

La messa a sistema delle esperienze fin qui maturate implicherebbe pure un ruolo più attivo dell’amministrazione, per ora limitato al rilascio del visto di ingresso e da estendere – in una logica di sussidiarietà – anche alle fasi successive, unitamente ad una fondamentale attività di controllo e vigilanza pubblica sulle caratteristiche degli enti promotori, sulla loro condotta durante l’attuazione del programma e sul rispetto di condizioni uniformi nell’accoglienza e nei servizi di assistenza e integrazione di cui usufruiscono i beneficiari dei corridoi¹⁴⁴. Come attesta il modello canadese di *Private Sponsorship of Refugees* – che, nonostante alcuni limiti, ha comunque offerto ingressi sicuri e accoglienza a circa 330 mila persone dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso, garantendo permessi di soggiorno a tempo indeterminato, parità di trattamento e tempi più brevi per l’acquisto della

142. Ad esempio, erano diretti sia ai soggetti ritenuti *prima facie* dall’UNHCR meritevoli del riconoscimento della condizione di rifugiato, che a quanti manifestassero «una comprovata situazione di vulnerabilità», i due protocolli siglati nel 2015 e nel 2017 (più volte rinnovati negli anni a seguire) tra Ministero degli interni e Ministero degli affari esteri, da un lato, e Comunità di Sant’Egidio, Federazione delle Chiese evangeliche, Tavola valdese e CEI dall’altro, a commento dei quali v. per tutti P. Morozzo della Rocca, *I due protocolli d’intesa sui “corridoi umanitari” tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in questa *Rivista*, 1.2017, p. 1 ss. L’esperienza italiana, estesa tra il 2019 e il 2021 a corridoi di evacuazione dalla Libia, dall’Isola di Lesbo e dall’Afghanistan, è stata imitata – ma in proporzioni ben più ridotte – da analoghe iniziative in Francia, Belgio e Andorra. Per una sintesi generale delle principali iniziative assunte, v. ora R. Morozzo della Rocca, *Corridoi umanitari. Una risposta a una crisi planetaria*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo, 2023.

143. Anche il Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione istituito con reg. (UE) n. 516/2014 prevede la finanziabilità di «altri programmi di ammissione umanitaria» (*altri* rispetto al reinsediamento), definiti all’art. 2, lett. b), come «un processo *ad hoc* mediante il quale uno Stato membro ammette cittadini di Paesi terzi a soggiornare temporaneamente nel suo territorio al fine di proteggerli da crisi umanitarie urgenti a seguito di eventi come capovolgimenti politici o conflitti».

144. Cfr. L. Galli, *Quale ruolo degli attori pubblici nella sponsorship privata dei rifugiati? Una riflessione sull’esperienza italiana alla luce di quella canadese*, in questa *Rivista*, 2.2022, p. 134 ss.

cittadinanza¹⁴⁵ – la partecipazione sistematica e ordinaria della società civile all’assolvimento dei doveri internazionali e costituzionali di protezione di quanti hanno bisogno di asilo può raggiungere, se adeguatamente organizzata e incanalata in una rete più ampia di interventi a diretta gestione pubblica, risultati notevoli sia in termini quantitativi (il numero dei beneficiari) che qualitativi, anche in ordine alla maggiore efficacia dei percorsi di integrazione, resi più agevoli dal coinvolgimento in prima persona di ampi strati della popolazione nazionale (cittadini e stranieri residenti, in forma individuale o associata).

6.3. *La nuova procedura accelerata di frontiera*

La novità di maggior impatto sul tema in esame concerne la scelta di avvalersi della facoltà prevista dalla direttiva “procedure” (artt. 31, par. 8, e 43) di introdurre una procedura di esame accelerato da svolgersi *direttamente alla frontiera*, oggetto anche della proposta di regolamento UE analizzata retro (§ 4)¹⁴⁶. A quelle già previste nell’art. 28-bis del decreto “procedure”¹⁴⁷ si aggiunge una nuova ipotesi di esame accelerato per le domande avanzate alla frontiera o nelle zone di transito da richiedenti *che provengono da Paesi designati di origine sicuri*¹⁴⁸. Le peculiarità del nuovo regime – esteso alla fattispecie, anch’essa già contemplata, di domanda presentata alla frontiera o nelle zone di transito *dopo* aver tentato di eludere i controlli¹⁴⁹ – consistono: a) nell’ulteriore *riduzione dei tempi* per la decisione delle Commissioni territoriali (7 giorni, in luogo dei 9, dall’invio della documentazione da parte della questura) e del termine per ricorrere avverso il rigetto (da 30 a 14 giorni); b) nell’efficacia *immediatamente esecutiva* del provvedimento di rigetto e nell’onere di presentare l’istanza di sospensione, a pena di inammissibilità, unitamente al ricorso introduttivo¹⁵⁰; c) nella *facoltà di trattenere* il richiedente che non consegni il passaporto o altro documento valido o non presti idonea garanzia finanziaria (analoga misura si applica nei confronti del richiedente “dublinato” in attesa di trasferimento, «ove sussista un notevole

145. *Ibid.*, p. 149 ss., cui si rinvia per un’utile comparazione fra il programma canadese e l’esperienza italiana.

146. Art. 7-bis d.l. cit.

147. Sulle quali, v. per tutti N. Morandi, *Le procedure accelerate per l’esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell’art. 28-bis, d.lgs. 25/2008*, in questa *Rivista*, 3.2020, p. 145 ss.

148. L’ipotesi era già contemplata nel testo originario del d.l. n. 113/2018 [combinato disposto degli artt. 28, co. 1, lett. c-ter) e 28-bis, co. 1-ter, del decreto “procedure”], ma non fu mantenuta in sede di conversione nella l. n. 130/2020. Le zone di frontiera/transito individuate dal Ministero dell’interno (d.m. 5 agosto 2019) sono le province di Trieste e Gorizia, Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce e Brindisi, Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina, Trapani, Agrigento, Città metropolitana di Cagliari e Sud Sardegna. Invece, l’elenco dei Paesi considerati “sicuri”, aggiornato con decr. interm. del 17 marzo 2023, attualmente comprende: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, *Costa d’Avorio*, *Gambia*, *Georgia*, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, *Nigeria*, Senegal, Serbia e Tunisia (in corsivo i Paesi aggiunti rispetto alla lista risalente al 2019, particolarmente rilevanti per i flussi diretti verso le coste italiane; rimane sospesa la posizione dell’Ucraina). Benché l’istruttoria ministeriale suggerisse, in riferimento ad alcuni Stati dell’elenco, l’opportunità di escludere la presunzione di sicurezza per determinate categorie di persone (giornalisti, detenuti, disabili, albi, sieropositivi, appartenenti a minoranze etniche, religiose o alla comunità LGBTI), il decreto non ne tiene inspiegabilmente conto: cfr. P. Bonetti, in *Osservatorio italiano*, cit., par. 5. Considerata la nazionalità di coloro che hanno chiesto asilo in Italia nel 2022, l’elenco è virtualmente destinato a “intercettare” quasi *un terzo* delle domande.

149. Fattispecie, quest’ultima, non comprensiva delle domande presentate a seguito di sbarco in operazioni SAR o da stranieri che spontaneamente si sono presentati ai controlli delle autorità frontaliere: v. circolare del 16 ottobre 2019, n. 8560 del Ministero dell’interno (Dip.to per le libertà civili e l’immigrazione), p. 2.

150. Il respingimento della domanda ad opera della Commissione territoriale deve ora contenere anche l’ordine di rimpatrio e il divieto di reingresso del richiedente, che tiene luogo del provvedimento di espulsione prefettizia (c.d. provvedimento unificato): art. 7-ter, d.l. cit. In ordine agli aspetti applicativi della nuova previsione, v. la circ. 6 giugno 2023, prot. 4390, della Commissione nazionale per il diritto di asilo, p. 6 ss.

rischio di fuga»)¹⁵¹. Il trattenimento, che avrà luogo in «appositi locali», non meglio specificati, degli *hotspot* o nei CPR collocati nei pressi della frontiera o delle zone di transito, non potrà eccedere il tempo strettamente necessario all'espletamento della procedura di frontiera e comunque le quattro settimane¹⁵².

L'introduzione di un regime speciale applicabile solo alle domande di stranieri provenienti da determinati Paesi, oppure fermati dopo aver eluso o tentato di eludere in controlli in ingresso, merita attenta considerazione, stante il principio che vieta in materia disparità di trattamento in ragione della nazionalità (art. 3 della citata Convenzione di Ginevra) e in vista della possibile compressione dei diritti fondamentali dei richiedenti, da mantenere nei limiti della legalità sostanziale e della stretta proporzionalità.

A decidere sull'impiego della procedura di frontiera – che comunque *non* si applica ai minori non accompagnati e agli stranieri c.d. vulnerabili¹⁵³, le cui domande seguiranno l'*iter* ordinario, con riserva di esame prioritario rispetto alle altre richieste¹⁵⁴ – è il Presidente della Commissione territoriale competente, *previo esame preliminare della domanda*¹⁵⁵. Ciò significa, da un lato, che le questure dovranno astenersi dall'interferire in qualunque modo su questa fase (sostituendosi all'organo competente o anticipandone di fatto le determinazioni) e, dall'altro, che la decisione del Presidente dovrà intervenire *a valle* di una prima valutazione della domanda, ossia con determinazione separata rispetto al merito della stessa; ciò, onde evitare che la scelta della procedura da seguire (se ordinaria, accelerata o di frontiera) derivi *ex post* come automatica conseguenza del rigetto per manifesta infondatezza e finisca, così, per privare l'interessato del suo diritto ad essere informato e ad una piena partecipazione e difesa all'interno del procedimento¹⁵⁶.

151. Il d.m. 14 settembre 2023 (in *Gazz. Uff. - Serie gen.* del 21.09.2023, n. 221) ha disposto che la garanzia deve essere tale da consentire al richiedente di disporre di un alloggio adeguato sul territorio, coprire le spese per l'eventuale rimpatrio e assicurare allo stesso i mezzi minimi di sussistenza (art. 1). L'importo, fissato per il 2023 in 4.938 euro, è aggiornato ogni due anni (art. 2) e deve essere necessariamente versato a titolo «individuale» ed «entro il termine in cui sono effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico» (art. 3). L'indebito allontanamento dello straniero durante la procedura comporta l'escussione prefettizia della somma (art. 4).

152. Come chiarito dalla giurisprudenza, il superamento del termine di conclusione dell'esame di una domanda di protezione – meramente ordinatorio – non determina un vizio del procedimento, ma impedisce la proroga del trattenimento in assenza di altre legittime cause (quelle, cioè, indicate nell'art. 14 TUI): cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 3 febbraio 2021, n. 2458.

153. Art. 28-*bis*, co. 6, decreto "procedure". Le categorie di persone vulnerabili sono elencate nell'art. 17 d.lgs. n. 142/2015 (decreto "accoglienza"), ovvero: minori, disabili, anziani, donne [non più solo in stato di gravidanza, ma *tutte*: cfr. art. 7, co. 1, lett. *b*), d.l. n. 133/2023], genitori singoli con minori al seguito, vittime di tratta, malati gravi o persone affette da disturbi mentali, vittime di torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale (incluse quelle legate all'orientamento sessuale o all'identità di genere), vittime di mutilazioni genitali.

154. Art. 28, co. 2, lett. *b*), decreto "procedure".

155. Art. 27, co. 1, decreto "procedure".

156. In base all'art. 28, co. 1, decreto "procedure", «La Commissione territoriale informa tempestivamente il richiedente delle determinazioni procedurali assunte [dal Presidente]». Sull'importanza di tale adempimento, ai fini della scansione logico-cronologica delle decisioni da prendere, cfr. pure quanto affermato da Cass. civ., sez. I, ord. 10 marzo 2021, n. 6745: «la qualificazione peculiare della procedura come accelerata deve porsi come antecedente logico alla statuizione finale, non potendo discendere dalla mera formula di "manifesta infondatezza" contenuta nel provvedimento di rigetto. Diversamente, si determinerebbe un grave *vulnus* all'esercizio del diritto di difesa endoprocedimentale del richiedente, anche ove lo stesso non si sia avvalso di difesa tecnica, essendo l'accertamento dell'autorità decidente diretta al riconoscimento di un diritto fondamentale, realizzato con la partecipazione ed il diretto ascolto del cittadino straniero, al quale non può essere negata la possibilità di conoscere preventivamente il modello procedimentale con il quale verrà esaminata la sua domanda, anche al fine di contestare l'eventuale erronea individuazione da parte del Presidente della Commissione e di esserne avvisato in sede di comunicazione dell'esito» (punto 10.4).

La novella stabilisce che la decisione della Commissione deve intervenire entro 7 giorni dalla ricezione della documentazione trasmessa «senza ritardo» dalla questura. Benché manchi il riferimento all'audizione del richiedente, questo passaggio è da considerarsi *doveroso* alla luce delle conseguenze dell'eventuale rigetto della domanda. Poiché le altre due procedure accelerate previste nel medesimo art. 28-*bis* (della durata, rispettivamente, di 5 e 9 giorni) contemplano comunque il colloquio e la normativa UE consente di ometterlo solo in casi eccezionali ben determinati (cfr. artt. 14, 34 e 42 della direttiva “procedure”), l'interpretazione proposta è suffragata anche sul piano sistematico ed è infatti confermata dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo¹⁵⁷. Si segnala, piuttosto, l'indicazione della CNA in merito alle informazioni circa l'inesistenza di cause ostative all'espulsione *ex art.* 19 TUI che la questura deve ora fornire alla Commissione territoriale per l'adozione del provvedimento “unificato” (recante, in caso di rigetto della domanda, anche l'attestazione dell'obbligo di rimpatrio, con effetti equivalenti al provvedimento di espulsione: art. 7-*ter* del decreto “Cutro”). Mentre nell'*iter* ordinario tali informazioni sono fornite soltanto dopo la seduta collegiale della Commissione, nella procedura di frontiera possono essere inviate anche *prima* che questa assuma la sua decisione, «se del caso contestualmente [*sic!*] alla trasmissione delle istanze di protezione internazionale»¹⁵⁸, con un'inopportuna commistione di elementi di fatto che toccano questioni logicamente e giuridicamente distinte (la fondatezza della domanda, da una parte, l'allontanamento, *rectius*: il respingimento, dall'altra) e intuibili ricadute sull'autonomia di giudizio della Commissione.

La questione più controversa riguarda però la *fictio* del non-ingresso derivante dal trattenimento del richiedente per il tempo necessario alla definizione della sua domanda, comunque non eccedente le quattro settimane. La legittimità del ricorso a tale genere di finzioni giuridiche appare quanto meno dubbia, trattandosi di forme larvate di deterrenza nell'accesso all'asilo e di limitazione di diritti fondamentali della persona (v. anche *supra*, § 4): il richiedente “incanalato” nella procedura di frontiera, di fatto, si trova nel territorio e va ribadito con chiarezza che nessuna finzione può avere l'effetto di privarlo delle garanzie costituzionali e internazionali applicabili alla sua situazione. *Non ci possono e non ci devono essere parti di territorio sottratte all'efficacia della Costituzione*, zone franche dall'osservanza delle sue norme¹⁵⁹. La fattispecie interna è però ritagliata sulle clausole facoltizzanti della direttiva “accoglienza” (art. 8), che ammettono il trattenimento del richiedente quale *misura eccezionale e residuale* – da impiegare in assenza di valide alternative meno coercitive (par. 2) che lo Stato deve prevedere (par. 4) – in casi tassativamente indicati, fra cui rientra appunto la necessità di «decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» [par. 3, lett. c)]. Dal suo canto, la direttiva “procedure” consente, come s'è detto, l'esame accelerato direttamente in frontiera delle domande presentate da

157. Circolare del 6 giugno 2023, cit., p. 11.

158. *Ibid.*, p. 6. Analogamente, la circolare del 1° giugno 2023, n. 400/B del Ministero dell'interno (Dip.to della pubblica sicurezza, Dir. centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere) invita gli Uffici immigrazione a fornire alla Commissione territoriale competente le informazioni circa l'espellibilità del richiedente «contestualmente alla registrazione della domanda di protezione» (p. 4).

159. L'osservazione ha carattere generale e porta a considerare “sospette” tutte le previsioni analoghe, incluse quelle relative alle *transit zones* negli aeroporti internazionali. Sulle prassi adottate in tali peculiari contesti, v. l'analisi di A. Ammirati-V. Capezio-G. Crescini-A. Massimi, *Le zone di transito aeroportuali: definizione, funzionamento e criticità alla luce della prassi*, in questa *Rivista*, 3.2021, p. 53 ss.; utili considerazioni, anche di taglio comparatistico, sono offerte pure da R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, 3.2019, p. 62 ss. Quanto alle garanzie internazionali, basti richiamare la nota sent. *Amuur* della Corte europea (25 giugno 1996, *Amuur/Francia*, § 52), che ha escluso il carattere extraterritoriale di tali zone ai fini dell'applicazione della CEDU.

stranieri o apolidi provenienti da Paesi di origine sicuri [art. 31, par. 8, lett. *b*) e art. 43, par. 1, lett. *b*)]. Ciò vuol dire che, nella procedura di frontiera, ammissione nel territorio e riconoscimento della protezione *sono un tutt'uno*, a conferma della richiamata “indissolubilità” logico-giuridica fra ingresso e asilo.

Di veramente nuovo, in questa parte del decreto “Cutro”, non c'è dunque molto se non la volontà politica di avvalersi di entrambe le scorciatoie previste dal diritto UE (esame in frontiera e trattenimento) in deroga al regime ordinario valido per la generalità dei casi. Si tratta, piuttosto, di capire *se l'eccezione tenderà a divenire la regola* a causa della composizione dei flussi (origine nazionale del richiedente) e, soprattutto, in ragione della parziale “manipolabilità” del suo presupposto. La compilazione della lista nazionale dei Paesi da considerare sicuri, benché subordinata all'esistenza di determinati requisiti sostanziali¹⁶⁰, rimane un atto ampiamente discrezionale, a maggior ragione in assenza di una lista europea comune agli Stati membri; la stessa presunzione di “sicurezza”, poi, tende a trascendere la ratio di semplificazione procedurale che la anima per assolvere un'impropria funzione decisoria sulla fondatezza della domanda¹⁶¹. Si rischia, insomma, di generare un circolo vizioso per cui – non diversamente da quanto osservato con riguardo alle differenze di trattamento fra cittadino e straniero (*supra*, § 2) – *sono le qualifiche normative, e non la situazione di fatto del richiedente, a creare la “specialità” del caso e legittimare così la specialità del regime applicabile*¹⁶². Quanto di tale regime sia effettivamente destinato a rimanere nell'ambito delle “deroghe” consentite senza tramutarsi in disciplina generale è questione controversa, in particolare per quanto riguarda l'istituto del trattenimento. La regola, infatti, è nel senso che lo straniero *non* possa essere trattenuto per il solo fatto di essere un richiedente e ai soli fini dell'esame della sua domanda¹⁶³.

160. Art. 38 dir. “procedure” e, in termini discutibilmente più restrittivi, art. 2-*bis*, cc. 2 e 3, decreto “procedure”.

161. V. *supra*, note 90 e 148.

162. Nonostante le perplessità sollevate dal Parlamento europeo [risoluzione del 10 febbraio 2021 sull'attuazione dell'articolo 43 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale, 2020/2047(INI)], il ricorso alla procedura di frontiera è destinato ad ulteriori sperimentazioni: esso figura, da ultimo, tra gli strumenti di gestione delle domande di protezione da parte degli Stati che si trovino a fronteggiare una *situazione di crisi* o di *forza maggiore* secondo la proposta di regolamento in materia COM(2020) 613 final, sulla quale il Consiglio GAI riunitosi il 4 ottobre 2023 a Granada ha espresso una posizione comune in vista del negoziato finale con il Parlamento europeo. In particolare, è definita “critica” la «situazione [o il rischio] eccezionale di afflusso massiccio di cittadini di Paesi terzi o di apolidi arrivati in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati sul suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, la cui entità, in proporzione alla popolazione e al PIL dello Stato membro interessato, rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e può avere gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo» (art. 1, par. 2). In tal caso, la Commissione può autorizzare lo Stato membro che ne faccia motivata richiesta ad applicare la procedura di frontiera – anche derogando agli ordinari termini di registrazione delle domande e di esame delle stesse – per definire le domande presentate da cittadini di Paesi terzi, o apolidi che vi dimorano abitualmente, in relazione a cui il tasso di riconoscimento della protezione sia uguale o inferiore al 75% (art. 4): una soglia decisamente elevata. Non di meno, a beneficio degli sfollati «esposti a elevati rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto armato, che non sono in condizione di ritornare nel loro Paese di origine», la proposta autorizza gli Stati a sospendere per un anno l'esame della domanda e riconoscere una *protezione immediata* con effetti analoghi a quelli della protezione sussidiaria (art. 10).

163. Cfr. l'art. 26 dir. “procedure”, l'art. 8, par. 1, dir. “accoglienza” e l'art. 28, par. 2, reg. Dublino III. La natura residuale, di *extrema ratio*, del trattenimento è ribadita con chiarezza nella giurisprudenza della Corte di giustizia (*supra*, note 72, 73 e 79, e *infra*, nt. 164). Sul punto, v. anche le sintetiche osservazioni fornite dall'UNHCR, *Practical considerations for fair and fast border procedures and solidarity in the European Union*, 15 October 2020, p. 2 (in <https://www.refworld.org/docid/5f8838974.html>), nonché dall'EASO, *Il trattenimento dei richiedenti protezione*

Da questa regola è necessario partire per una coerente interpretazione del quadro giuridico sovranazionale. In breve, secondo il diritto UE: l'esame delle domande di protezione che, riguardando soggetti originari di Paesi c.d. "sicuri", si presume possano essere infondate può avvenire direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, al fine di impedire ai richiedenti di circolare liberamente nel territorio (ciò che renderebbe più macchinosa e incerta l'esecuzione del rimpatrio a seguito del rigetto della domanda); gli Stati possono assicurare in diversi modi la finzione del non-ingresso, con misure di varia intensità coercitiva fino all'*extrema ratio* del trattenimento; per contenere al massimo la compressione della libertà dell'interessato, l'esame nel merito della domanda (al cui esito è condizionato anche il diritto di ingresso) deve concludersi entro termini più brevi di quelli ordinari, senza però sacrificare irragionevolmente la garanzia dei diritti fondamentali dello straniero.

Sotto altro aspetto, la Corte di giustizia ha escluso che il trattenimento del richiedente in ipotesi tassative contrasti con l'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, poiché il corretto funzionamento del sistema comune di asilo che quella misura va ad assicurare (prevenendo movimenti secondari all'interno del territorio europeo di chi potrebbe non avere diritto alla protezione) corrisponde ad un interesse generale dell'Unione¹⁶⁴. Ma ha anche aggiunto, opportunamente: che la misura deve operare «nei limiti dello stretto necessario» e non essere sproporzionata rispetto alle esigenze emergenti nel corso della sua applicazione; che le autorità nazionali hanno il dovere di verificare «caso per caso» la proporzionalità delle restrizioni rispetto ai fini perseguiti «e, segnatamente, che, in ciascuna fattispecie, il trattenimento sia utilizzato esclusivamente in ultima istanza [oltre che per] il periodo più breve possibile»; che, in fase di attuazione/recezione interna, gli Stati sono tenuti «non solo a interpretare il loro diritto nazionale conformemente alla direttiva di cui trattasi, ma anche a fare in modo di non basarsi su un'interpretazione della stessa che entri in conflitto con i diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto dell'Unione»¹⁶⁵.

È sotto questa luce che può meglio valutarsi l'attuazione *in parte qua* della direttiva UE. Il decreto "Cutro" àncora la facoltà di disporre il trattenimento nella zona di frontiera o di transito a due presupposti che hanno, invero, un'alta probabilità di verificarsi.

La *mancaza di documenti* rappresenta una condizione comune a molti richiedenti asilo, spesso dovuta a circostanze e fattori preesistenti (legati ad esempio alla persecuzione subita) o concomitanti (perdita o sottrazione) la fuga su cui lo straniero non ha alcun controllo¹⁶⁶; né può essere considerata, di per sé, indice presuntivo della volontà di sottrarsi all'identificazione o di non collaborare con le autorità, che andrebbe dimostrata caso per caso. La necessità di accertare l'identità o la nazionalità del richiedente, per altro, rientra già

internazionale nell'ambito del sistema europeo comune di asilo, gennaio 2019, p. 33 ss. (in <https://shorturl.at/cdIQ7>). I trattenimenti realizzati negli *hotspot* in assenza di una chiara base legale violano anche l'art. 5 CEDU: da ultimo, Corte eur., sentt. 30 marzo 2023, *J.A. et al./Italia* e 13 giugno 2023, *H.A. et al./Grecia*.

164. Sent. 14 settembre 2017, C-18/16, *K.*, § 36. Benché riferita a motivi di trattenimento diversi da quello che si sta qui esaminando (ovvero, la necessità di accertare l'identità o la nazionalità del richiedente oppure di acquisire gli elementi che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento, specie ove sussista il rischio di fuga), l'affermazione è certamente generalizzabile.

165. *Ibid.*, §§ 40, 46-48 e 43, con richiami alla precedente sent. 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU, *N.*

166. Difatti, l'art. 9, co. 6, del reg. att. TUI (d.p.r. n. 394/1999) esonera i richiedenti asilo dall'obbligo generale di esibire, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, il passaporto e la documentazione attestata la disponibilità di risorse per il rimpatrio.

tra le causa di trattenimento in base alla disciplina previgente (art. 6, co. 3-*bis*, decreto “accoglienza”).

Quanto alla *garanzia finanziaria*, è vero che si tratta di una misura meno coercitiva espressamente contemplata dal diritto dell’Unione (unitamente agli obblighi di «presentarsi periodicamente alle autorità» o di «dimorare in un luogo assegnato»: art. 8, par. 4, dir. “accoglienza”) e che gli Stati hanno piena discrezionalità nella scelta delle alternative al trattenimento (indicate nella disposizione citata a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo). Tuttavia, detta scelta rimane vincolata al rispetto dei principi costituzionali e in ogni caso ad un controllo di ragionevolezza sul rapporto mezzi-fini. Se il presupposto del trattenimento e del suo equivalente funzionale è la presunzione che il richiedente originario di un Paese designato come sicuro farà di tutto per sottrarsi alla procedura di frontiera dandosi alla fuga (rendendo, così, più difficile l’eventuale rimpatrio), allora va riconosciuto che solo il trattenimento azzerava completamente tale rischio, mentre l’efficacia deterrente dell’obbligo di prestare la cauzione è assolutamente *incerta*¹⁶⁷. Chi è intenzionato a seguire l’*iter* previsto senza allontanarsi dalla zona di frontiera o di transito potrebbe non disporre delle risorse sufficienti per la garanzia finanziaria; al contrario, lo straniero in grado di prestarla (ammesso che ci riesca, visti i tempi ristrettissimi per farlo e la mancata definizione delle concrete modalità operative per attivare la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa) potrebbe far perdere le proprie tracce senza preoccuparsi dell’escussione della somma. Portando il ragionamento alle estreme conseguenze, l’efficacia disincentivante della cauzione diminuirebbe al crescere della ricchezza personale del richiedente! Dopo la libertà di circolazione internazionale, anche il godimento del diritto all’asilo – *sub specie* di diritto di accedere alla procedura per il suo riconoscimento – finirebbe per essere condizionato dalla discutibile applicazione di un “privilegio legale” dovuto al censo (*supra*, § 3)¹⁶⁸.

In realtà, come per la mancanza di documenti, anche nel caso della garanzia finanziaria è altamente probabile che la maggioranza dei richiedenti interessati *non* si trovi nelle condizioni di evitare la temporanea privazione della libertà personale connessa all’applicazione della procedura di frontiera. In una prospettiva del genere, l’eventualità che l’eccezione soppianti la regola è praticamente una certezza. Di fronte alla prevalenza di «uno “sguardo di confine” escludente e categorizzante»¹⁶⁹, la “facoltatività” della misura rischia di essere solo un fragile velo che separa l’uso ragionevole della discrezionalità degli uffici di frontiera da un abuso difficilmente sanzionabile.

È pertanto necessario che l’autorità di pubblica sicurezza e, in sede di convalida, l’autorità giudiziaria esercitino con rigore la loro discrezionalità in merito, operando una valutazione *individuale e caso per caso* da cui risulti la mancanza di alternative efficaci

167. Per questa ragione, non si può condividere la ricostruzione avanzata da M. Savino, *Procedura di frontiera e alternative al trattenimento dei richiedenti asilo: il decreto ministeriale sulla garanzia finanziaria è legittimo?*, in *ADiM Blog*, Editoriale, settembre 2023, p. 3.

168. Nel citato documento su *Il trattenimento dei richiedenti*, p. 37, l’EASO sottolinea che l’importo della garanzia «dovrebbe essere adattato alla situazione individuale: pertanto dovrebbe risultare ragionevole *alla luce della situazione particolare dei richiedenti asilo* e non così elevato da comportare discriminazioni nei confronti di chi disponga di fondi limitati. L’eventuale mancato rispetto di tali criteri, che dia luogo al trattenimento (o alla sua continuazione) indurrebbe a ritenere che il sistema sia arbitrario. Nulla vieta che la cauzione o la garanzia finanziaria siano versate da terzi» (c.vo aggiunto). Sono considerazioni certamente condivisibili nell’ispirazione di fondo; il problema, piuttosto, sta nell’accertamento della disponibilità di risorse personali: in qual modo sarebbe possibile verificare in concreto la situazione patrimoniale del richiedente giunto alla frontiera, per di più in tempi ristrettissimi?

169. A. Brambilla, *Le nuove procedure accelerate di frontiera. Quali prospettive in un’ottica di genere?*, in www.questionegiustizia.it, 18 settembre 2023, p. 7.

(necessità) e l'appropriatezza (proporzionalità) del trattenimento¹⁷⁰. Diversamente congegnata, l'applicazione *quasi* automatica e seriale del trattenimento nel contesto della procedura di frontiera si porrebbe in antitesi sia con la più corretta interpretazione delle norme UE che con la *ratio* che ispira il disegno costituzionale della libertà personale (art. 13, co. 3; ma si pensi anche alla doverosa definizione legislativa dei «modi», e non solo dei «casi», di privazione della libertà *ex co.* 2), radicalizzando ancor di più il discutibile “doppio regime” vigente in molti ambiti del diritto dell’immigrazione¹⁷¹. Sarebbe allora inevitabile rimettere alla Corte costituzionale la valutazione sulla legittimità *in parte qua* del decreto “Cutro”. Come si vedrà fra un momento, la giurisprudenza mostra di preferire la strada, più incerta, della disapplicazione con effetto immediato.

Una notazione a parte merita, poi, l'individuazione dei luoghi designati al trattenimento: in base al decreto “Cutro”, questo deve avvenire in appositi locali all'interno dei punti di crisi oppure, «in caso di arrivi consistenti e ravvicinati», nei CPR «situati in prossimità della frontiera o della zona di transito». Al contempo, con una modifica all'art. 10-*ter* TUI, la novella ha anche previsto la facoltà di trasferire i richiedenti temporaneamente presenti negli *hotspot* «in strutture analoghe sul territorio nazionale» per l'ottimale svolgimento degli adempimenti da compiere in quei luoghi (nuovo co. 1-*bis*). Poiché le attività in questione sono relative alle prestazioni di soccorso e prima assistenza, di accertamento dell'identità mediante rilevazioni fotodattiloscopiche e segnaletiche, nonché di informazione sui percorsi di asilo, ricollocamento e rimpatrio volontario, se ne deve concludere che *non è possibile* trasferire in “altri” luoghi rispetto a quelli previsti il richiedente che sia trattenuto nell'ambito di una procedura di frontiera. Ammesso che una tale decisione risponda allo scopo della procedura (rendendo ancor meno sostenibile la *fictio* del non-ingresso), il trattenimento non ricade fra le attività “ordinarie” cui sono destinati i punti di crisi né è finalizzato all'assolvimento di alcuno degli adempimenti menzionati (ma solo all'accertamento del diritto all'ingresso del richiedente). È bensì vero che, nell'ipotesi di afflussi consistenti i quali «rendano all'atto pratico impossibile» seguire la procedura di frontiera nei luoghi istituzionalmente preposti, le norme UE consentono l'applicazione della stessa anche nelle sedi di trasferimento, ma si deve comunque trattare di luoghi collocati «nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito» (art. 43, par. 3, dir. “procedure”). Ogni prassi contraria, pertanto, andrebbe interrotta sul nascere da parte

170. In questo senso, v. anche la scheda di ASGI, *Profili di illegittimità del trattenimento del richiedente protezione nell'ambito di una procedura di frontiera*, 11 ottobre 2023, p. 6 (in <https://shorturl.at/qvETV>).

171. «[U]no dei tratti salienti della progressiva edificazione di una speciale condizione giuridica dello straniero è data proprio da una configurazione, per così dire, specialissima della sua libertà personale, la quale risulta caratterizzata da una maggiore o, comunque, diversa “violabilità” rispetto a quella spettante *pleno iure* al cittadino»: così, M. Benvenuti, *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, cit., p. 398. In argomento, v. fra gli altri: A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, p. 573 ss.; D. Loprieno, *“Trattenere e punire”. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; E. Valentini, *Detenzione amministrativa e diritti fondamentali dello straniero*, Torino, Giappichelli, 2018; M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Quest. giust.*, 2/2018, p. 167 ss.; Id., *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, *ivi*, 3/2023, anticip. online il 21 giugno 2023. Critiche alla supina accettazione di un «suprematismo speciale dell'Amministrazione» verso gli immigrati sono, da ultimo, in G. Amato, *Prologo*, in *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici*, cit., p. 14.

dell'autorità giudiziaria adita, onde evitare un'indebita estensione della logica derogatoria propria delle zone di frontiera praticamente ad ogni lembo di terra della penisola¹⁷².

Come accennato, la novella legislativa ha trovato un primo riscontro in sede giudiziaria, con un *corpus* di pronunce che va crescendo di settimana in settimana, non senza polemiche politiche sfociate in veementi e del tutto inappropriati attacchi alla magistratura da parte delle autorità di governo. Per aver tracciato la via, vengono qui prese in considerazione solo le prime due decisioni sulla mancata convalida della nuova fattispecie di trattenimento nei confronti di richiedenti asilo di origine tunisina¹⁷³. In disparte dalla polemica politica, è utile verificare le motivazioni addotte a sostegno del rifiuto di convalida, che invocano limiti di ordine sovranazionale e costituzionale all'applicabilità nei *casi contestati* della disciplina. Premesso che i percorsi argomentativi coincidono solo in parte, può essere utile distinguere i profili strettamente legati alle vicende concrete (non per questo meno significativi) da quelli dotati di un rilievo più generale.

Un primo gruppo di censure riguarda gli aspetti competenziali e, per così dire, territoriali della procedura. In un caso (decr. del 29 settembre) emerge il mancato intervento del Presidente della Commissione nella definizione preliminare del tipo di procedura applicabile: già questa omissione rende illegittimo il trattenimento, che deve avvenire nell'ambito di una procedura di frontiera avviata. Nel medesimo provvedimento, si rileva pure il difetto di una valutazione individuale, da parte del questore, della posizione del richiedente e della necessità e proporzionalità del trattenimento, ma l'assunto non è ulteriormente circostanziato. Per le ragioni esposte in precedenza, appare invece fondato l'abuso riconducibile all'impiego della misura – a prescindere dalla previa “canalizzazione” della domanda nel binario corretto – nei confronti di un richiedente *trasferito dalla zona di frontiera* ove era giunto (l'*hotspot* di Lampedusa), e nella quale aveva manifestato la volontà di chiedere asilo, alla *zona di transito* (il CPR di Pozzallo) ove è stata registrata la domanda di protezione¹⁷⁴ e disposto per la prima volta il trattenimento al di fuori del suo presupposto principale, ovvero l'applicabilità della procedura di frontiera¹⁷⁵.

Un secondo gruppo di censure investe la legittimità “intrinseca” del trattenimento, ma per le ragioni che subito si diranno i rilievi non sembrano cogliere nel segno.

Così è per la critica alla *garanzia finanziaria* che, nella ricostruzione dei giudici, «non si configurer[ebbe] come misura alternativa al trattenimento ma come requisito amministrativo imposto al richiedente prima di riconoscere i diritti conferiti dalla direttiva 2013/33/UE, per il solo fatto che chiede protezione internazionale»¹⁷⁶. Invero, da un lato, lo *status* di richiedente è già acquisito nel momento in cui si avvia la procedura di frontiera,

172. Sul rischio di pervenire ad «una “frontierizzazione” dell'intero territorio nazionale», v. le opportune cautele di E. Celoria, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive*, in *ADiM Blog*, Analisi & Opinioni, settembre 2023, p. 6.

173. Trib. Catania, sez. imm., decr. 29 settembre 2023, R.G. 10461/2023 e decr. 9 ottobre 2023, n. 4285.

174. La presentazione della domanda – si ricorda – è da tenere logicamente distinta dall'inoltro e dalla registrazione, è priva di formalità e fa acquisire subito lo *status* di richiedente.

175. In particolare, nel decreto del 9 ottobre si afferma che la mera *difficoltà* di trattazione domanda riportata dal questore non equivale alla *impossibilità* di esame prevista invece dall'art. 43, par. 3, dir. “procedure”, con la conseguenza che il trattenimento dei richiedenti è *sine titulo* fin dall'inizio. Analogamente, il Trib. Potenza, sez. imm., prot. int. e libera circ. citt. UE, con decr. 12 ottobre 2023, R.G. 3698/2023, ha disposto l'immediato rilascio di un richiedente asilo tunisino trasferito da Forlì (non rientrando fra le zone di frontiera o di transito individuate dal Ministero: *supra*, nt. 148) nel CPR lucano in applicazione di una procedura di frontiera per l'esame della sua domanda reiterata; l'interessato, che non disponeva di risorse per prestare la garanzia finanziaria, aveva però consegnato il passaporto e indicato un domicilio.

176. Argomento condiviso da ASGI, *Profili di illegittimità del trattenimento*, cit., p. 7.

presupposto del trattenimento; dall'altro, il mancato versamento della cauzione non può, a rigore, definirsi causa del trattenimento ma semmai «condizione “risolutiva”» dello stesso¹⁷⁷. Anche il richiamo all'interpretazione degli artt. 8 e 9 della dir. “accoglienza” fornita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui non è legittimo trattenere il richiedente «per il solo fatto che non [possa] sovvenire alle proprie necessità»¹⁷⁸, non persuade, visto che il trattenimento è motivato dalla necessità – sono le parole della medesima direttiva – di «decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare nel territorio» e non dalla mancanza di risorse economiche di per sé. Piuttosto, come si è tentato di argomentare, è la mancanza di alternative diverse dalla cauzione che può rendere, in singoli casi, eccessivo e irragionevole tale strumento in relazione alla natura residuale del trattenimento.

Anche l'appunto sulla presunta incompatibilità del trattenimento con la *garanzia costituzionale del diritto all'asilo*, della massima importanza nella prospettiva di analisi seguita nel presente scritto, non pare a rigore fondato. Per il giudice precedente (v. ancora il decr. 29 settembre), «deve infatti escludersi che la mera provenienza del richiedente asilo da Paese di origine sicuro possa automaticamente privare il suddetto richiedente del diritto a fare ingresso nel territorio italiano per richiedere protezione internazionale». L'osservazione è corretta, ma non pertinente, dal momento che nei casi contestati non viene in rilievo l'impossibilità, dovuta a fatto dell'autorità, di raggiungere il territorio ai fini dell'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione (come nella prassi dei respingimenti: §§ 4 e 5). Lo straniero ha presentato la sua domanda e, nell'ambito di una procedura accelerata tesa a verificarne la fondatezza, si decide anche sul suo diritto di ingresso provvisorio. Da questo punto di vista, la scansione temporale prevista ricalca quella dell'ipotetica richiesta di asilo in ambasciata estera, al cui riconoscimento *seguirebbe* il rilascio del visto di ingresso nel territorio. Altro è, ovviamente, il riscontro sui limiti e i vincoli della procedura in discussione sui diritti riconosciuti al richiedente e sul corretto esame della sua situazione individuale, ovvero sulle *chance* di ottenere la protezione cui avrebbe diritto all'esito di una procedura in tutto e per tutto *fair*; ma si tratta di profili giuridicamente distinti dalla possibilità di accedere alla procedura, che in concreto non è stata preclusa.

Maggiore consistenza riveste il passaggio sull'elusione del *principio di eccezionalità e residualità del trattenimento*, che gli Stati possono disporre, appunto, «salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive» (art. 8, par. 3, dir. “accoglienza”). Per il giudice (v. decr. del 9 ottobre) si tratterebbe di una norma *self-executing* che legittima la disapplicazione – *rectius*: non applicazione per irrilevanza – della normativa interna a causa della mancata considerazione, in tesi obbligatoria, di misure meno coercitive *ulteriori* rispetto alla garanzia finanziaria (come quelle previste, ad esempio, per il trattenimento degli stranieri nei CPR dall'art. 14, co. 1-*bis*, TUI). Non sono certo che tale ricostruzione sia l'unica possibile, né la più corretta. Si potrebbe ragionevolmente sostenere, invece, che rientri nell'apprezzamento discrezionale del legislatore la scelta circa l'*an* del trattenimento (che resta una mera facoltà per lo Stato) e l'efficacia di altre misure alternative, di cui lo stesso art. 8, par. 4, come detto, offre un'elencazione non tassativa né vincolante. Ciò porterebbe ad escludere il carattere autoapplicativo della norma in esame e a negare la possibilità di risolvere la presunta antinomia al di fuori di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o della sollevazione di una questione di costituzionalità alla luce (anche) dell'art. 13, co. 3, del principio di ragionevolezza (per il diverso trattamento fra

177. Così, M. Savino, *op. ult. cit.*, p. 6.

178. Sent. *FMS et al.* (cit. in nt. 79), § 256.

stranieri originari di Paesi sicuri e stranieri in attesa di rimpatrio) nonché dell'art. 117, co. 1, in relazione all'art. 5 CEDU.

Il tempo dirà se tali prime reazioni verranno a consolidarsi o a stemperarsi nella giurisprudenza che rapidamente si andrà formando sul nuovo istituto. Allora sarà possibile esprimere giudizi meno parziali sugli orientamenti maturati. Al momento, si può almeno formulare il vivo auspicio che, a fronte delle minori garanzie della procedura in questione, il presupposto della provenienza del richiedente da un Paese di origine sicuro venga circoscritto in maniera rigorosa alle condizioni di applicazione previste della normativa UE (art. 36 dir. "procedure"), in particolare per quanto concerne il *previo* esame individuale della domanda presentata – volto a scremare quelle "manifestamente infondate" – e il fatto che il richiedente, durante la procedura, *non* abbia «invocato gravi motivi» per escludere la presunzione di Paese sicuro «nelle circostanze specifiche» in cui lo stesso si trova (art. 36 cit.). Se ciò avviene, come correttamente rileva l'UNHCR¹⁷⁹, l'esame dovrebbe proseguire secondo la procedura ordinaria, con conseguente ammissione provvisoria dello straniero all'interno del territorio.

7. Vie legali di ingresso per i richiedenti asilo come vie d'uscita dall'*impasse*

Il decreto "Cutro" non rappresenta un'iniziativa isolata, ma si lega ad altre misure antecedenti e successive del Governo in carica quali: la riedizione in nuove forme della discussa linea politica dei "porti chiusi" del primo Governo Conte¹⁸⁰; l'aggravamento degli oneri burocratici e delle sanzioni a carico delle ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso nel Mediterraneo (d.l. n. 1/2023, conv. in l. n. 15/2023)¹⁸¹; la dichiarazione l'11

179. V. la citata *Nota tecnica*, p. 2. Sulla necessaria relatività della presunzione di "Paese sicuro" v. già il cons. (42) della dir. "procedure" e i richiami giurisprudenziali alla nt. 91.

180. V. il d. interm. 4 novembre 2022, con il quale il Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture, ha vietato la sosta nelle acque territoriali della nave battente bandiera tedesca *Humanity 1* (che aveva fatto richiesta di assegnazione di un luogo sicuro di sbarco per i 179 migranti soccorsi in operazioni SAR) «oltre il termine necessario ad assicurare le operazioni di soccorso e assistenza nei confronti delle persone che versino in condizioni emergenziali in precarie condizioni di salute segnalate dalle competenti Autorità nazionali», prevedendosi per le tutte le altre (inclusi i familiari degli sbarcati!) «l'assistenza occorrente per l'uscita dalle acque territoriali». In tal modo, risultano violate tanto le norme internazionali (consuetudinarie e pattizie) sul completamento delle operazioni SAR – che esigono, affinché le operazioni si possano ritenere concluse, l'effettivo sbarco delle persone soccorse nel più breve tempo possibile in un luogo sicuro: interpretazione, com'è noto, fatta propria dalla Cassazione nel caso *Rackete* (Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, punto 9) – e il divieto di respingimenti collettivi (da ultimo, sent. *J.A. et al.* della Corte europea, cit. in nt. 163) quanto le norme costituzionali ed europee sul diritto di presentare una domanda di protezione internazionale, vincolate come s'è visto al raggiungimento del territorio. A seguito delle pressioni dei *media* e dell'opinione pubblica, il successivo 8 novembre è stato autorizzato lo sbarco di tutti i migranti presenti a bordo (infelicitemente appellati dal Ministro dell'interno con l'espressione «carico residuale»). L'illegittimità del decreto, per i profili indicati, è stata accertata in via cautelare da Trib. Catania, sez. imm. sez. civ., ord. 6 febbraio 2023, R.G. 14232/2022 e confermata, dal medesimo organo in composizione collegiale, con ord. 15 giugno 2023, R.G. 2538/2023. Per un inquadramento della vicenda sostanziale nell'ambito dei vincoli internazionali vigenti, inclusa la singolare pretesa del Governo italiano di spostare la competenza sullo sbarco e la conseguente domanda di protezione a carico dello Stato di bandiera, v. C. Favilli, *La stagione dei porti semichiusi: ammissione selettiva, respingimenti collettivi e responsabilità dello Stato di bandiera*, in www.questionegiustizia.it, 8 novembre 2022.

181. In specie, l'eccezione ai poteri di interdizione ministeriale è adesso subordinata al ricorrere *congiuntamente* di sei condizioni rigidamente definite nel nuovo co. 2-bis dell'art. 1 d.l. n. 130/2020. Si segnala, poi, la recente prassi ministeriale di assegnare posti di sbarco anche lontani dal punto di ingresso nelle acque territoriali, con l'effetto di rallentare il rientro dell'imbarcazione nelle zone di operazione e aggravarne i costi complessivi. Contro tale prassi – ritenuta

aprile 2023 dello stato di emergenza *su tutto il territorio nazionale*, «in conseguenza dell'eccezionale incremento dei flussi migratori» via mare e in previsione di un loro aumento, causa della «saturazione del sistema di accoglienza nazionale», soprattutto nell'*hotspot* di Lampedusa¹⁸²; l'ennesima estensione temporale del trattenimento pre-espulsivo nei CPR, elevato da 30 a 90 giorni e prorogabile più volte fino a 18 mesi (art. 20, d.l. n. 124/2023), di incerta efficacia quanto ai rimpatri e di dubbia costituzionalità; ulteriori modifiche procedurali per le domande reiterate e nuove disposizioni sull'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati e l'accertamento della loro età (d.l. n. 133/2023)¹⁸³.

Colpisce, in particolare, la dichiarazione dello stato di emergenza *nazionale* a fronte di un fenomeno che interessa direttamente solo alcune Regioni¹⁸⁴. Essa apre al riassetto delle strutture dedita all'accoglienza di primo livello senza dismettere la inveterata logica (anch'essa "emergenziale") di rinunciare a elaborare un regime ordinario ad applicazione generalizzata – in coerenza con la dislocazione delle funzioni amministrative secondo i criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza a partire dal livello comunale – in favore di una gestione accentrata ma disorganica, ripartita in Centri di accoglienza ordinari (con posti limitati) e straordinari (ove confluisce la gran parte dei richiedenti accolti), cui il d.l. n. 20 ha aggiunto ulteriori strutture «provvisorie», in un caotico susseguirsi di soluzioni estemporanee e di corta durata¹⁸⁵. La dichiarazione, infine, autorizza l'esercizio di poteri straordinari in deroga alle leggi vigenti – con l'eccezione dell'osservanza dei principi generali dell'ordinamento – per realizzare interventi già consentiti dal d.lgs. "accoglienza" n. 142/2015 in caso di «arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti» quando sia «temporaneamente esaurita la disponibilità di posti» nelle strutture ordinarie (art. 11). Uno sguardo retrospettivo di lungo periodo – non confinato, cioè, ai picchi eccezionali di afflussi – sul modo in cui l'accoglienza di richiedenti asilo e titolari di protezione è stata organizzata e gestita porta a ritenere che il prolungato stato emergenziale in cui si trovano a operare istituzioni, enti della società civile e cittadini sia il risultato più di un'ottusa sottovalutazione politica del fenomeno che dell'impossibilità materiale di prestare assistenza a tutti coloro che ne hanno (avuto) bisogno.

di per sé non in contrasto con le norme internazionali vigenti in materia di SAR da Tar Lazio, sez. III, sent. 19 giugno 2023, n. 10402 – e la novella legislativa alcune ONG (ASGI, Emergency, MSF, Oxfam Italia e SOS Humanity) hanno presentato lo scorso luglio un reclamo formale alla Commissione europea. Sull'interpretazione secondo ragionevolezza (adeguatezza, necessità e proporzionalità) dei poteri di controllo e fermo delle navi di soccorso di altri Stati previste dalla normativa italiana, v. infine Corte giust. UE, sent. 1° agosto 2022, C-14/21 e C-15/21, *Sea Watch eV*, commentata da I. Papanicolopulu-G. Losisu, *La Sea Watch davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: rapporti tra fonti, rapporti tra Stati e regolazione (indiretta) delle attività di soccorso in mare*, in questa *Rivista*, 1.2023, p. 235 ss.

182. Lo stato di emergenza, della durata iniziale di sei mesi (ora prorogata per altri sei: delibera del Consiglio dei Ministri del 5 ottobre 2023) e la gestione degli interventi più urgenti sul fronte dell'accoglienza da parte della Protezione civile – alleggerimento *hotspot* di Lampedusa e costruzione di nuove strutture di accoglienza per chi ha titolo a rimanere sul territorio e di rimpatrio degli altri – può contare su un fondo iniziale di 5 mln. Con ord. 16 aprile 2023, n. 984, il Capo della protezione civile ha nominato Commissario delegato all'accoglienza il Capo del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione presso il Ministero dell'interno.

183. In merito, si segnala solo che la presunzione di minore età rappresenta un elemento intrinseco (*inherent element*) della garanzia del diritto al rispetto della vita privata di un minore non accompagnato: Corte eur., sent. 14 settembre 2023, *Diakitè/Italia*.

184. Risultano escluse dai poteri di intervento del Commissario delegato, per evidente indisponibilità a raggiungere l'intesa, quattro Regioni ordinarie (Campania, Emilia-Romagna, Puglia e Toscana) e una Regione speciale (Valle d'Aosta).

185. Da ultimo, il d.l. n. 124/2023 ha avviato un «piano straordinario» per individuare le aree in cui realizzare nuovi punti di crisi, centri per i rimpatri e strutture di prima accoglienza, affidandone l'approvazione a un d.p.c.m. e l'esecuzione al Ministero della difesa (art. 21).

Dunque, è solo apparentemente paradossale riconoscere che proprio la nozione di “emergenza” ha offerto il sostrato politico-culturale retrostante tali misure, frutto di una comprensione superficiale delle dinamiche migratorie attuali e di una visione del futuro ancorata a paradigmi etno-nazionalistici pericolosamente rivolti a un passato ben poco glorioso. Un approccio politico complessivo che:

a) si traduce in strumenti e azioni ugualmente emergenziali, ossia non organiche e di sistema, con un affastellamento continuo di regole caotiche e di breve efficacia;

b) rifiuta di concepire l’immigrazione in genere, e l’accoglienza dei profughi in particolare, come un fenomeno *strutturale* delle società economicamente avanzate, improntandone la gestione a logiche securitarie di contenimento e controllo¹⁸⁶ senza sciogliere in modo costruttivo il nodo dell’integrazione civica e sociale degli immigrati regolarmente presenti;

c) genera una spirale regressiva nell’affermazione dello Stato di diritto, legittimando la creazione e il mantenimento nel campo dell’immigrazione di un *regime giuridico speciale*, ove le garanzie delle libertà fondamentali dei migranti si affievoliscono oltre la soglia consentita nei riguardi dei cittadini, nel quadro di bilanciamento “inequali” con le esigenze di controllo delle frontiere e prioritario soddisfacimento degli interessi della (maggioranza della) collettività. Decisioni i cui effetti ricadono nella sfera giuridica di soggetti per definizione *esclusi* dalla determinazione di quelle regole¹⁸⁷. Anzi, rovesciando il rapporto di causa-effetto, è proprio la descritta “asimmetria” delle legalità – conseguente alla dissociazione fra autodeterminazione collettiva della maggioranza dei cittadini e autodeterminazione individuale degli stranieri destinatari delle decisioni – la ragione prima della discussa “specialità” del diritto dell’immigrazione¹⁸⁸.

Affrontare il problema delle migrazioni forzate per causa di asilo in modo più conforme alla realtà odierna del fenomeno richiede invece di abbandonare «la lente deformante dello statalismo»¹⁸⁹ mantenendo però un approccio pragmatico quanto alla capacità di “sostenere” l’onere della doverosa accoglienza degli asilanti e alla salvaguardia dell’essenza (democratica) e del funzionamento (equilibrio nella solidarietà interna) della comunità politica ospitante, senza le quali nessuna protezione dei diritti è verosimilmente possibile¹⁹⁰. La recente prova di solidarietà offerta ai profughi ucraini – soprattutto, ma non solo, con il

186. Ne offre un’ennesima conferma la scelta di qualificare gli *hotspot*, i CPR e le strutture ordinarie/straordinarie di prima accoglienza come opere destinate alla “difesa” e alla “sicurezza nazionale” (art. 21, d.l. n. 124 cit.).

187. È questo il paradosso della legittimazione democratica discusso in termini di filosofia politica, fra gli altri, da S. Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini* (2004), Milano, Raffaello Cortina, 2006, pp. 12 e 164. Riprendo il concetto di bilanciamento “inequale” da M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubbl.*, vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 378.

188. M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2007, p. 45.

189. *Ibid.*, p. 44.

190. Per questa sottolineatura, v. G. Gemma, *Libertà degli stranieri nel rispetto della legalità*, in *Stranieri tra diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2001, p. 92. Come ho tentato di argomentare altrove, l’essenza e il funzionamento della comunità politica costituiscono in realtà limiti generali – nelle democrazie liberali – ai diritti di *chiunque*, anche del cittadino, che può reclamarne il più ampio esercizio sotto riserva di compatibilità con i valori sottesi al “patto costituzionale” nel quale quegli interessi fondamentali trovano riconoscimento e tutela. Cfr. C. Panzera, *Titolarità dei diritti fondamentali e società democratica*, in *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 511 ss. (ed anche in *Consulta online*, II/2023, p. 466 ss.).

ricorso alla protezione temporanea¹⁹¹ – dimostra che il problema principale, in tutte le crisi passate, è legato meno ai numeri degli arrivi che alla capacità di regolare e organizzare in modo *uniforme* i flussi di richiedenti in entrata, evitando che gli squilibri fra Stati di primo ingresso e Stati destinatari dei c.d. movimenti secondari (che già contano la maggiore quantità di richiedenti accolti nel proprio territorio: Germania, Francia, Austria e Spagna, ad esempio; l'Italia è solo quinta) si ripercuotano negativamente sulle possibilità di accesso alla procedura per il riconoscimento della protezione, creando un circolo vizioso che alla fine alimenta e accresce l'immigrazione irregolare – con le sue devianti e pericolose ricadute linguistico-simboliche¹⁹² – portando ad una situazione sostanziale di stallo.

Per trovare una via d'uscita dall'*impasse*, servirebbe e andrebbe urgentemente implementata la messa in campo di una serie di strumenti di gestione *ordinata, ordinaria e congiunta* (UE-Stati membri) degli ingressi per motivi di asilo non viziata da «power asymmetries and self-interest»¹⁹³, a cominciare dalla predisposizione di un sistema coordinato di procedure di ingresso protette per quanti manifestino dall'estero un bisogno di protezione supportato da ragioni che possano apparire *prima facie* fondate.

Gli strumenti sono molteplici, e già richiamati nel corso di queste riflessioni¹⁹⁴. Alcuni sono di esclusiva applicazione nell'ambito delle richieste di protezione, come la protezione temporanea, i reinsediamenti dei rifugiati da Paesi terzi, i ricollocamenti dei richiedenti protezione da altri Stati membri, le evacuazioni urgenti da luoghi di persecuzione o conflitto e soprattutto visti, corridoi e programmi di ammissione umanitaria¹⁹⁵. Altri, invece, sono un'estensione in chiave garantista dell'applicazione di istituti diversi per ambito e finalità, come i permessi per motivi familiari, di lavoro (*retro*, § 6), di studio e ricerca, le evacuazioni sanitarie, le *sponsorship* private individuali o collettive. Tali soluzioni figurano stabilmente tra le misure incentivate nel quadro della cooperazione interstatale¹⁹⁶, ma, come ricordato,

191. Dir. 2001/55/CE, il cui art. 8, par. 3, impone agli Stati membri l'obbligo di offrire ai beneficiari della protezione «qualsiasi agevolazione utile per ottenere i visti prescritti» per il raggiungimento del loro territorio, «compresi i visti di transito», con formalità semplificate al minimo e possibilmente a titolo gratuito. Com'è noto, la direttiva è stata applicata per la prima volta e con successo durante la crisi ucraina, a fronte di un altissimo numero di richieste e ingressi senza visto nell'Unione (circa 5 mln ne hanno beneficiato, di cui oltre 170 mila in Italia), a dimostrazione che anche afflussi molto ingenti possono essere efficacemente e rapidamente gestiti sul fronte dell'accoglienza. Nella fase considerata maggiormente critica, quella della crisi dei rifugiati siriani nel 2015-2016, hanno beneficiato del sistema di asilo europeo circa 1.5 mln di richiedenti, fra tentennamenti e resistenze di molti Stati europei, alcuni dei quali avevano fatto ricorso all'eccezionale reintroduzione dei controlli alle frontiere interne per impedire il transito dei migranti. Anche il confronto con la reazione ufficiale delle istituzioni nazionali e dell'UE al più recente tentativo di condizionamento politico attuato dalla Bielorussia, che ha consentendo l'accesso al proprio territorio a poche migliaia di profughi mediorientali con l'illusoria prospettiva di un facile attraversamento della frontiera polacca, conferma che la risposta alla crisi ucraina ha tutto il carattere dell'eccezionalità o addirittura dell'unicità rispetto al quadro generale delle politiche migratorie e di asilo perseguite dall'Unione e dagli Stati membri. Per una dettagliata analisi della dir. 2001/55/CE (precedenti, adozione, contenuti) e della sua prima applicazione, si rinvia per tutti a A. Di Pascale, *L'attuazione della protezione temporanea in favore degli sfollati dall'Ucraina*, in questa *Rivista*, 1.2023, p. 1 ss.

192. Sul punto, fra gli altri, C. Dauvergne, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, New York 2008, p. 9 ss.

193. J. Bhabba, *Can We Solve the Migration Crisis?*, Polity Press, Cambridge 2018, p. 3.

194. Una breve presentazione è riportata nel documento redatto dall'Agenzia europea per i diritti fondamentali dal titolo *Legal Entry Channels to the EU for Persons in Need of International Protection: a Toolbox* (FRA Focus 02/2015). Si concentra in particolare su reinsediamento/ricollocazione, evacuazioni urgenti e visti umanitari la proposta di P. Bonetti, *Editoriale*, cit., p. XII ss. In merito alle varie misure implementabili, v. poi i richiami alla nt. 100.

195. Questi ultimi assimilabili al reinsediamento, ma con la differenza che i beneficiari non sono individualmente selezionati dall'UNHCR, potendo appartenere a categorie diverse da quella dei rifugiati *stricto sensu*.

196. Ai *complementary pathways* si rifà, da ultimo, il *Global Compact on Refugees* (§§ 94-96).

restano strumenti di natura *complementare*, destinati cioè a integrare in quote limitate le iniziative prioritarie del primo gruppo, le quali hanno ricevuto finora uno scarso utilizzo¹⁹⁷.

Varrebbe allora la pena raccogliere le sollecitazioni provenienti da organismi internazionali e istituzioni dell'Unione¹⁹⁸ e portare a compimento le proposte più significative – come il quadro europeo per il reinsediamento¹⁹⁹ o l'istituzione di un visto umanitario UE²⁰⁰ – superando finalmente gli egoismi nazionali che da anni bloccano anche la necessaria riforma del sistema comune di asilo e del suo perno centrale: i criteri di Dublino. Naturalmente, anche in ambito nazionale possono essere assunte iniziative di grande rilevanza. Un'occasione si è avuta, ad esempio, nel corso dell'approvazione della l. n. 50/2023, di conversione del citato d.l. n. 20. Fra gli emendamenti presentati durante la discussione del d.d.l., un paio introducevano alcune proposte interessanti, come il *visto di ingresso per richiesta asilo* e la facoltà di inoltrare domanda di protezione *dall'estero*²⁰¹. La differenza tra le due fattispecie consiste essenzialmente nel fatto che, nel primo caso, il procedimento attivato presso l'ambasciata ha come fine consentire l'ingresso del richiedente sul territorio italiano per poter ivi presentare, secondo le norme vigenti, la sua domanda di protezione; nel secondo, è la stessa domanda di protezione ad essere esaminata a distanza senza che quegli sia autorizzato ad accedere al territorio nelle more del riconoscimento (mentre si deve presumere che, se l'esito è positivo, lo Stato sia obbligato a organizzarne l'arrivo)²⁰². Ma si è trattato di un'occasione persa, vista il granitico orientamento della

197. Nel 2021 appena il 4,3% dei potenziali beneficiari ha usufruito di programmi di reinsediamento dell'UNHCR (erano il 5,6% nel 2019) e l'Europa ha accolto solo 1/5 dei reinsediati totali: cfr. *l'UNHCR Projected Global Resettlement Needs 2023*, giugno 2020, p. 17. Anche i programmi di *relocation* hanno avuto sin qui carattere volontario e del tutto estemporaneo, coinvolgendo pochi Stati membri e non senza opposizioni, come nel caso di Polonia, Repubblica ceca e Ungheria, condannate per inadempimento dalla Corte giustizia, con sent. 2 aprile 2020, C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione/Polonia, Ungheria e Repubblica ceca*, quanto alle ricollocazioni disposte in via obbligatoria dalle dec. (UE) 2015/523 e 2015/1601 per alleggerire la pressione in ingresso su Italia e Grecia all'epoca della crisi dei rifugiati siriani.

198. Si ricordano, ad es., la risoluzione PE del 12 aprile 2016 sulla situazione nel Mediterraneo e la necessità di un approccio globale dell'UE in materia di immigrazione [2016/2095(INI), punti 13-27] e la raccomandazione CE relativa ai percorsi legali di protezione nell'UE del 23 settembre 2020 [racc. (UE) 2020/1364].

199. V. la proposta di regolamento per l'istituzione di un quadro europeo sul reinsediamento del 2016, COM(2016) 468 final.

200. Ris. 2018/2271(INL) del PE adottata l'11 dicembre 2018. Sui possibili vantaggi per il funzionamento del sistema europeo di asilo derivanti dall'introduzione di un regime comune di visti umanitari, cfr. D. Vitiello, *The Dublin System and Beyond: Which Way Out of the Stalemate?*, in *Dir. umani dir. int.*, 3/2018, p. 477.

201. Senato della Repubblica, XIX Legislatura, 1^a Commissione affari costituzionali, seduta n. 44 (pom.) del 28 marzo 2023, em. 6.0.6-6.0.7 e 6.0.8. al d.d.l. S-591.

202. Molto dettagliata, poi, la disciplina del visto umanitario per richiesta asilo. Questo sarebbe stato rilasciato da ambasciate italiane a stranieri o apolidi presenti in Stati extra-UE (o fuori dello Spazio economico europeo o dell'area Schengen) e in possesso di determinati requisiti (sostanzialmente coincidenti con le posizioni di rifugiato, beneficiario di protezione sussidiaria e titolare di protezione speciale, purché non in pendenza di analoga domanda di visto o di protezione già presentata in altro Stato o riconosciuta) che ne avessero fatto richiesta. Un d.p.c.m. avrebbe dovuto definire annualmente le quote di visti umanitari, anche a validità territoriale limitata, rivolte ai soggetti suindicati nell'ambito di programmi di reinsediamento, ricollocazione ed evacuazione urgente (quote e attività incrementabili mediante appositi protocolli di intesa stipulati tra enti italiani e Ministeri dell'interno e degli affari esteri), oltre a prevedere le modalità per la raccolta delle domande, l'individuazione dei beneficiari, l'arrivo in Italia, l'accoglienza sul territorio e la copertura delle spese. Il rilascio del visto sarebbe potuto avvenire anche oltre i limiti delle quote a richiedenti che avessero attestato il loro bisogno di protezione «sulla base di fatti notori o di una motivata segnalazione dell'UNHCR ovvero sulla base di documentazione prodotta dallo stesso richiedente o dal suo avvocato italiano o da altri organismi internazionali o da enti pubblici o privati italiani». La decisione sulla domanda di visto avrebbe dovuto essere comunicata entro un termine breve (15/30 giorni, in base alla due versioni dell'emendamento) e il rigetto sarebbe stato impugnabile entro sessanta giorni

maggioranza parlamentare verso una restrizione delle misure di protezione e accoglienza dei richiedenti asilo.

Provando a tirare le somme, l'asilo disciplinato in Costituzione appare un diritto *esclusivo* dello straniero: il diritto di chi è fuori della comunità politica, un "meta-diritto" funzionalmente analogo alla cittadinanza-appartenenza quale "diritto ad avere diritti" (secondo la nota formula arendtiana) e chiave di accesso al godimento dei diritti fondamentali negati allo straniero in Patria²⁰³. Per formulazione e spirito, l'art. 10, co. 3, rivela di appartenere a quei precetti dotati di efficacia *extraterritoriale* che alcuni testi costituzionali – nell'interpretazione datane dalle rispettive Corti costituzionali o supreme – sono in grado di esprimere²⁰⁴. Nel caso specifico, il *surplus* di efficacia spaziale sarebbe nel senso di legittimare la pretesa ad ottenere protezione anche da parte di quanti si trovino fuori dei confini nazionali²⁰⁵. È, questa, una conseguenza della scelta costituente di declinare il modello l'asilo come diritto dell'individuo e non prerogativa statale. In quanto *prerogativa*, dipenderebbe dal solo principio di sovranità territoriale nel quale esaurirebbe la sua efficacia, trovando negli interessi pubblici a quello sottesi il perimetro della propria realizzazione. In quanto *diritto individuale* fondamentale, invece, si proietta oltre la dimensione nazionale: la presenza sul territorio non è necessaria per il suo riconoscimento e, forse, neppure per l'accesso alla procedura di esame della domanda. In tale seconda prospettiva, gli interessi pubblici sintetizzati dalla difesa delle frontiere possono certamente limitare il godimento del diritto all'asilo, che – al pari di tutti gli altri diritti costituzionali – non è un valore assoluto e tirannico ma bilanciabile, ma secondo la logica della *proporzionalità* nei suoi vari gradi. Ad esempio, un conto è il pericolo per la sicurezza, la sanità e l'ordine pubblico derivante dall'ingresso del richiedente, un altro la programmazione ordinaria dei flussi per motivi economici. Più in generale, quanto meno imperativo è l'interesse pubblico da tutelare tanto maggiore deve essere la dimostrazione della sua necessità e proporzionalità per limitare il diritto d'asilo.

Il ricorso in sede giudiziaria all'art. 10, co. 3, offre una soluzione certamente efficace in singoli casi, ma non può risolvere il problema dell'accesso all'asilo in termini generali. Esso, poi, diventa problematico per le relazioni fra potere legislativo e giudiziario, fra istanze democratiche e istanze di libertà prima ricordate. Benché la norma si riferisca al diritto individuale all'asilo, nulla impedisce che da essa si sprigioni, in connessione sistematica con

innanzi alla sezione specializzata per l'immigrazione, la protezione internazionale e la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE presso il Tribunale ordinario di Roma.

203. Su tale inquadramento dell'art. 10, co. 3, sia consentito rinviare a C. Panzera, *L'asilo come "diritto" alla solidarietà*, in *Attualità di diritto pubblico*, vol. I, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, p. 153, nt. 31.

204. Fra i più recenti esempi può indicarsi la nota decisione *Neubauer* del Tribunale costituzionale tedesco del 24 marzo 2021, avente ad oggetto la legge tedesca sulla protezione del clima del 2019, i cui obiettivi sono stati ritenuti insufficienti per la tutela dei diritti fondamentali dei ricorrenti e dell'interesse delle generazioni future. Ma il tema dell'efficacia extraterritoriale dei diritti fondamentali si è affermato anche fuori dell'articolato contenzioso climatico, come attesta l'indagine svolta da R. Bifulco-C. Gentile, *I fragili confini del territorio: a proposito dell'efficacia extraterritoriale dei diritti*, in *L'era della interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. Di Martino e G. Palombella, Bologna, il Mulino, 2022, p. 191 ss.

205. Un tentativo di offrire un'analoga lettura di altra disposizione – l'art. 35, co. 4, che impegna la Repubblica a tutelare «il lavoro italiano all'estero» – è stato svolto da G. Gaja, *Sui limiti di applicazione delle norme costituzionali relative ai diritti fondamentali*, in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale (scritti in onore di Enzo Cheli)*, a cura di P. Caretti e M.C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2010, p. 561 ss., ma di questa si è recentemente offerta una diversa interpretazione: non una clausola «di apertura all'universalismo dei diritti dell'uomo» bensì un «meccanismo di ricarica interna dell'appartenenza alla comunità politica in forza del sangue e non del suolo». Cfr. A. Cardone-L. Buffoni, *L'applicazione extraterritoriale della Costituzione: il caso della tutela del lavoro italiano all'estero*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggieri*, vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2021, p. 771.

altre norme costituzionali di principio (artt. 2, 10, cc. 2 e 4, 11, 32, 117), un *dovere generale di tutela* che si traduca nella predisposizione di vie legali di accesso generali come quelle sopra richiamate.

L'effettività del diritto all'asilo non pare ormai scindibile dalla elaborazione e messa a sistema di tali strumenti di applicazione generale. I canali legali di accesso, poi, non possono prescindere dalla natura e composizione dei flussi (e delle richieste di protezione), la cui riduzione è efficacemente perseguibile solo se si agisce per rimuovere le cause delle partenze e non solo per frenarle o prevenirle con strumenti legali di contenimento che mostrano alla lunga di non poter reggere la pressione migratoria. La rimozione delle cause, a sua volta, implica la convinta adozione di strategie geopolitiche di prevenzione dei conflitti armati e delle *gross violations* dei diritti umani²⁰⁶, ma obbliga altresì a rivedere stili di vita e obiettivi di crescita economica della parte più ricca del mondo (giustizia distributiva internazionale). La posta in gioco, come nel caso del cambiamento climatico, è altissima e riguarda l'umanità intera. La domanda è se saremo in grado di raccogliere questa sfida prima che essa ci travolga.

206. Sul nesso «fondativo del costituzionalismo (inter)nazionale del secondo novecento» tra garanzia dei diritti, pace e democrazia, v. ancora T. Mazza, *op. et. loc. cit.*