

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2021

LE ZONE DI TRANSITO AEROPORTUALI: DEFINIZIONE, FUNZIONAMENTO E CRITICITÀ ALLA LUCE DELLA PRASSI

di Annapaola Ammirati, Valeria Capezio, Giulia Crescini, Adelaide Massimi

Abstract: *L'articolo fornisce un'analisi delle prassi illegittime perpetrate dalle autorità di frontiera nelle zone di transito, attraverso una ricognizione della giurisprudenza internazionale, europea e interna in merito alle misure privative della libertà personale attuate al fine di gestire e contenere il flusso migratorio in ingresso. Nel contesto italiano, i confini giuridici dell'agire amministrativo in frontiera, di cui si fornirà una panoramica, appaiono spesso superati a detrimento dei diritti fondamentali dei cittadini stranieri, primo fra tutti il diritto di asilo. Complici del quadro restituito sono, in particolare, la condizione di isolamento e la limitata accessibilità dall'esterno delle zone di transito, dovute ed esasperate dalla finzione di non ingresso e dal concetto di extraterritorialità e di area sterile. Nelle note conclusive, si è reso anche necessario un breve riferimento al Nuovo patto su migrazione e asilo che, ad una prima analisi, appare orientato alla formalizzazione e all'implementazione delle prassi sperimentate in frontiera.*

Abstract: *This article aims to provide a framework and an analysis of the illegal practices perpetrated by border authorities in transit areas, also through the interpretation provided by international, European and domestic case law on measures of deprivation of liberty, implemented in order to manage and contain the flow of incoming migrants. In the Italian context, the legal boundaries of administrative action at the border, of which an overview will be provided, often appear to be exceeded to the detriment of the fundamental rights of foreign citizens, first of all the right to asylum. Accomplices of this picture are, in particular, the condition of isolation and the limited accessibility from the outside of the transit zones, due and exasperated by the fiction of non-entry and by the concept of extraterritoriality and sterile area. In the concluding notes, it was also necessary to make a brief reference to the New European Pact which, on a first analysis, appears to be oriented towards the formalisation and implementation of the practices tested at the border.*

LE ZONE DI TRANSITO AEROPORTUALI: DEFINIZIONE, FUNZIONAMENTO E CRITICITÀ ALLA LUCE DELLA PRASSI*

di Anna Paola Ammirati, Valeria Capezio, Giulia Crescini, Adelaide Massimi**

SOMMARIO: 1. Introduzione: Le zone di transito come aree extraterritoriali e sterili. – 2. I respingimenti dalle zone di transito aeroportuali: le principali criticità alla luce di normativa e giurisprudenza. – 2.1. I confini giuridici. I limiti al potere dello Stato di respingere i cittadini stranieri e le forme di tutela previste. – 2.1.1. Le carenze dei servizi di tutela e accoglienza. – 2.2. Il respingimento dei cittadini con titolo di soggiorno all'ingresso: la revoca o il diniego del permesso di soggiorno in area di transito. – 2.3. Il respingimento degli esenti visto: l'applicazione dei requisiti per l'ingresso previsti dalla normativa europea ed italiana. – 2.4. Il respingimento del richiedente asilo: accesso alla richiesta di asilo in zona di transito e il divieto di respingimento. – 3. I confini giuridici della privazione della libertà personale nelle zone di transito aeroportuali come modalità di esecuzione dei respingimenti diretti. – 3.1. La natura privativa della libertà personale della permanenza nelle zone di transito nella giurisprudenza europea e costituzionale. – 3.2. L'illegittimità del trattenimento *de facto* presso l'area di transito: la mancanza di una base legale per il trattenimento e delle garanzie giurisdizionali previste. – 4. Note conclusive: verso il Nuovo patto su immigrazione e asilo, possibili scenari.

1. Introduzione: Le zone di transito come aree extraterritoriali e sterili

Le zone di transito internazionali nascono con la finalità di facilitare il passaggio di merci e persone sul territorio di uno Stato senza che queste siano considerate, in una certa misura, formalmente entrate nel territorio. Per i viaggiatori è così possibile attraversare il territorio di un Paese per imbarcarsi su un volo diretto altrove anche in assenza di visto d'ingresso per lo Stato di transito. Da un punto di vista fisico, tali zone si estendono dal punto di atterraggio dell'aereo proveniente dall'estero ai controlli doganali. Da un punto di vista teorico, queste aree sono state definite come una sottocategoria delle zone internazionali speciali, ovvero aree che lo Stato ospitante pone al di fuori del proprio territorio in relazione all'applicazione di determinate leggi, ammettendo la vigenza di altre leggi e obblighi internazionali¹.

* L'articolo è ripreso dal testo, riveduto e aggiornato, del *Report* del Progetto In Limine dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI) con la collaborazione della *Human Rights and Migration Law Clinic* (a.a. 2018-2019) e della *Strategic Litigation: International Human Rights Legal Clinic* del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, 2021, in: <https://inlimine.asgi.it>.

** Anna Paola Ammirati è operatrice legale e socia ASGI; Valeria Capezio è esperta diritto dell'immigrazione e socia ASGI; Giulia Crescini è avvocatessa del Foro di Roma e socia ASGI; Adelaide Massimi è operatrice legale e socia ASGI.

1. T.W. Bell, *Special International Zones in Practice and Theory*, 21 Chap. L. Rev. 273, 2018, p. 7. in <https://digitalcommons.chapman.edu>. Le zone internazionali speciali, così come definite, sono varie e servono diversi scopi, come esposto ampiamente dall'autore, che ne analizza alcune specifiche categorie: zone internazionali di transito, le zone economiche speciali, le zone di vendita al dettaglio *duty free*, le zone di attesa «pre-asilo».

Per quanto riguarda la gestione della mobilità umana, le zone di transito degli aeroporti sono luoghi particolarmente interessati da procedure di rifiuto di ingresso e da pratiche di detenzione arbitraria dei cittadini stranieri soggetti a respingimento immediato². Al pari di altri luoghi di frontiera, quali i c.d. Centri *hotspot*, le isole dell’Egeo, le *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla, nelle zone di transito operano particolari meccanismi di filtro e selezione dei cittadini stranieri: chi è ammesso sul territorio, con quale *status*, per quanto tempo. Tali processi di selezione si collocano, geograficamente e concettualmente, ai margini del diritto e al centro delle politiche di governo delle migrazioni³. Negli ultimi decenni, le istanze di controllo delle migrazioni hanno portato diversi Paesi ad attuare procedure con cui i cittadini stranieri presenti nelle zone di frontiera o di transito sono sottoposti all’autorità dello Stato, ma esclusi dal godimento di determinati diritti. In tal modo per gli Stati è possibile mettere in atto pratiche di selezione a garanzie ridotte per determinare lo *status* dei cittadini stranieri prima di autorizzarne l’accesso formale sul territorio⁴.

L’esperienza francese⁵ rappresenta un importante modello per lo sviluppo delle zone di transito europee. A partire dagli anni Novanta, la Francia ha trasformato le zone di transito internazionali dei suoi aeroporti in zone extraterritoriali in cui svolgere procedure accelerate di valutazione delle domande di asilo, le c.d. ZAPI, *Zones de attente pour personnes en instance*⁶. Il funzionamento delle *zones d’attente* è disciplinato dal *Code de l’entrée et du*

2. Nel periodo dal primo gennaio del 2019 al 21 gennaio 2020, sono state respinte 2993 dalla frontiera aerea di Milano Malpensa e 2505 dalla frontiera aerea di Roma Fiumicino. Dal 31 gennaio al 15 aprile 2020, dopo l’inizio dell’emergenza sanitaria, 270 persone sono state respinte da Milano Malpensa e 147 da Roma Fiumicino. Dal 17 aprile al 15 dicembre 2020, 449 persone da Milano Malpensa e 526 da Roma Fiumicino. I dati sono stati forniti dalle autorità competenti a seguito di richiesta di accesso civico generalizzato. Si vedano: Progetto In Limine ASGI, *La prassi dei respingimenti diretti ai valichi di frontiera aeroportuali di Milano Malpensa e Roma Fiumicino: i dati ottenuti dalle autorità competenti*, 18 febbraio 2020, in <https://inlimine.asgi.it>; *I respingimenti diretti dei cittadini stranieri presso il valico di frontiera aeroportuale di Roma Fiumicino: uno strumento di selezione delle persone in ingresso sul territorio italiano. I dati ottenuti da ASGI dalle autorità competenti*, 4 febbraio 2020, in <https://inlimine.asgi.it>; *Zone di transito: dati su respingimenti, riammissioni, richieste di asilo*, in <https://inlimine.asgi.it>.

3. Per una lettura critica di alcuni dei processi in atto nel governo delle migrazioni si veda, M. Mellino, *Governare la crisi dei rifugiati*, Roma, DeriveApprodi, 2019.

4. Tali esigenze di selezione sono state rafforzate dalla crescente retorica dei *bogus refugees*, che ha giustificato la creazione di sistemi e procedure volte alla pre-valutazione in frontiera delle domande di protezione. Le zone di transito internazionali hanno perfettamente servito questo scopo. Per una disamina del tema si veda E. Neumayer, *Bogus Refugees? The Determinants of Asylum Migration to Western Europe*, in *International Studies Quarterly*, Vol. 49, No. 3, settembre 2005, pp. 389-409.

5. Per una sintetica panoramica degli approcci di alcuni Paesi UE ed extra-UE rispetto alle zone di transito si veda, Strategic Litigation Group: M. Boero, P. Dunn, V. Fattori, M. Pittari, N. Salça, M. Schiaparelli, *Transit Zones*, a cura della *Human Rights and Migration Law Clinic*, 2019 <https://www.clinichelegali.unito.it>.

6. Per maggiori informazioni si veda, C. Boitiaux, (a cura di InfoMigrants), *Aéroport Charles-de-Gaulle: dans la zone des étrangers “non-admis” en France*, 19.10.2018, in <https://www.infomigrants.net>.

*séjour des étrangers (CESEDA) et du droit d'asile*⁷. Secondo questa disciplina, le zone di attesa sono dotate di particolare versatilità e fluidità: queste si estendono, infatti, nei luoghi in cui il cittadino straniero deve recarsi in caso di necessità, ad esempio agli ospedali; o, in altri casi, la ZAPI, per un tempo determinato, può estendersi geograficamente al di fuori del valico di frontiera fino a ricomprendere il luogo in cui è avvenuto un attraversamento non autorizzato⁸.

La particolare flessibilità delle zone di transito, ben esemplificata nell'esperienza francese, apre scenari inquietanti, in cui zone di transito fluttuanti seguono gli spostamenti dei cittadini stranieri e intere regioni sono poste al di fuori dei regimi di garanzia previsti per il resto del territorio⁹.

La situazione italiana è caratterizzata da un elevato livello di informalità nella gestione delle zone di transito. Infatti, nonostante la rilevanza che queste rivestono nella gestione dei flussi in ingresso, tali aree sono prive di una definizione e di una disciplina specifica nella normativa interna e nella normativa europea. Il decreto del Ministero dell'interno istitutivo delle zone di frontiera e di transito¹⁰, che fa diretto riferimento a tali aree, non fornisce definizioni chiare: le zone di frontiera descritte nel documento coincidono infatti con determinate province e non vi sono riferimenti ad aree delimitate, ai porti o alle aree aeroportuali¹¹. A fronte dell'assenza di una normativa che disciplini la natura e il funzionamento di tali aree, le autorità italiane fanno strumentalmente ricorso alla "finzione di non ingresso" al fine di semplificare le procedure di allontanamento dei cittadini stranieri e al concetto di "area sterile"¹² per limitare la comunicazione con l'esterno. In tali aree infatti l'accesso è limitato, ai fini di garantire la sicurezza dell'aviazione civile, esclusivamente a soggetti autorizzati quali il personale dell'aeroporto, le forze di polizia e i passeggeri muniti di biglietto. In questo modo, ai cittadini stranieri che si trovano all'interno delle zone di

7. Articoli da L340-1 a L343-11. Il CESEDA è consultabile su https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070158/LEGISCTA000042771244/#LEGISCTA000042771119.

8. Nel caso in cui un gruppo di almeno dieci cittadini stranieri faccia ingresso in Francia al di fuori di un valico di frontiera, la zona di attesa si estende, per un periodo massimo di 26 giorni, dal luogo dell'attraversamento al valico di frontiera più vicino (articolo L341-6 del CESEDA).

9. T.W. Bell, *op. cit.*

10. D.m. 5.8.2019, *Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell'attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale*, G.U. Serie generale n. 210 del 07.09.2019.

11. Per una analisi del d.m. si veda il commento a cura di ASGI, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'interno del 5 agosto 2019* (G.U. del 7 settembre 2019, n. 2010), in <https://www.asgi.it>; e, in relazione alle procedure applicabili in tali aree si veda l'ulteriore commento pubblicato da ASGI, *Aggiornamento scheda Asgi "Le zone di transito e di frontiera"*, in <https://medea.asgi.it>.

12. Si veda A. Ammirati, A. Massimi, *Zone di transito internazionale degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2019.

transito è preclusa la possibilità di incontrare i propri familiari, e, in numerose occasioni, anche i propri legali¹³.

Nel corso del presente elaborato, partendo da esempi pratici da cui desumere violazioni del diritto di asilo, del diritto all'ingresso nel territorio e le limitazioni della libertà personale, si descriveranno gli obblighi internazionali e le leggi nazionali e comunitarie che si ritiene siano applicabili ai cittadini stranieri presenti nell'area di transito.

Il ragionamento che si esporrà parte da alcune considerazioni generali che si propongono di seguito come base per gli sviluppi successivi. In primo luogo, si richiama il parere del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, che ha messo in evidenza come la limitazione all'accesso ai diritti e alla libertà personale nell'area di transito comporti «una disciplina speciale per tali zone a tutti gli effetti sotto la totale responsabilità della polizia italiana, ma per certi versi giuridicamente “oltre frontiera”»¹⁴. Secondo la prospettiva del Garante, tuttavia, in nessun caso «può determinarsi un'area di limbo giuridico all'interno del territorio statale in cui i diritti fondamentali delle persone risultano sospesi»¹⁵.

In secondo luogo, si richiama la sentenza *Amuur c. Francia* del 1996, che rappresenta una pietra miliare della giurisprudenza europea in materia. La Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) con tale decisione, riferendosi alla zona di transito dell'aeroporto di Parigi Orly, ha stabilito che tali aree non hanno lo *status* di extraterritorialità e che alle stesse si applica il diritto nazionale poiché rientrano sotto la giurisdizione dello Stato¹⁶. Il

13. Inoltre, motivi di sicurezza relativi alla natura “sterile” delle aree in cui sono situate le zone di transito degli aeroporti sono adottati dalla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere per negare la possibilità di accedere alle aree di transito alle organizzazioni della società civile che avrebbero titolo a visitare i luoghi di frontiera e di detenzione ove sono trattenuti cittadini stranieri e potenziali richiedenti asilo. ASGI ha presentato richieste di visita alle zone di transito degli aeroporti di Milano Malpensa e Roma Fiumicino, ricevendo, appunto, risposta negativa da parte dell'amministrazione. Per maggiori informazioni circa la vicenda si veda: Asgi, *Accesso della società civile alle zone di transito aeroportuali: il diniego della pubblica amministrazione*, 16 aprile 2021, in <https://inlimine.asgi.it>.

14. Si rinvia a, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio-febbraio 2019)*, in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it>, p. 6.

15. *Ibidem*.

16. Corte EDU, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92, par. 52; Corte EDU, sentenza del 27 novembre 2003, *Shamsa c. Polonia*, ric. nn. 45355/99 e 45357/99, par. 45. Il regime giuridico delle zone internazionali non è soggetto ad alcuna regolamentazione specifica nell'ordinamento internazionale, tuttavia, essendo sottoposte alla supervisione degli Stati, queste ricadono nella loro giurisdizione. D'altronde, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo le Parti contraenti hanno l'obbligo di garantire i diritti e la libertà di cui alla Convenzione a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione. Quindi, essendo lo Stato territoriale a decidere chi, e a quali condizioni, può accedere alla zona internazionale, per i Paesi parte della Convenzione sussiste l'obbligo di riconoscere i diritti da essa garantiti anche agli stranieri presenti nelle zone di transito, indipendentemente dalla qualificazione giuridica delle stesse. Più recentemente nella sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ric. nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, la Corte ha rammentato come un aeroporto, anche internazionale, situato sul territorio di uno Stato è legalmente parte del territorio dello Stato (par. 130). Nel caso di specie, infatti, la Corte ha precisato come i ricorrenti che permangono presso la zona di transito dell'aeroporto di Mosca-Sheremetyevo, sono presenti sul territorio russo e sotto

criterio adottato dalla Corte di Strasburgo per affermare la sussistenza della giurisdizione dello Stato è quello del «controllo effettivo»¹⁷. D'altronde, come si vedrà in seguito, il concetto di essere fisicamente detenuti all'interno del territorio di uno Stato, ma non esservi considerati formalmente presenti appare un tentativo (illegittimo) di escludere ogni responsabilità dello Stato circa il trattamento degli individui che vi si trovano.

Infine, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁸, ha affermato che nelle zone di transito si applica senza dubbio il diritto unionale. Gli articoli 52 del Trattato sull'Unione europea (TUE) e 355 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non escludono, infatti, tali zone dall'ambito di applicazione territoriale dei Trattati, né prevedono delle eccezioni a riguardo. Le zone internazionali di transito degli aeroporti fanno, quindi, parte del territorio dello Stato nel quale sono situate e, anche ammettendo che siano dotate di uno *status* giuridico particolare, non possono rappresentare zone di “non diritto”, trovandosi sotto il controllo amministrativo e giuridico dello Stato.

La trattazione che segue si articola lungo due direttrici fondamentali che nascono dall'osservazione empirica di quanto accade ai cittadini stranieri nelle zone di transito.

In primo luogo, si esaminerà la normativa vigente in materia di respingimento del cittadino straniero in ingresso per verificare come questa sia applicata ai cittadini presenti nelle zone di transito. Più nello specifico, i) si analizzeranno le prassi relative ai respingimenti dei cittadini stranieri che si presentano ai valichi in possesso del titolo di soggiorno ai quali tale titolo viene revocato in zona di transito, prima che il cittadino sia formalmente autorizzato a entrare sul territorio; ii) partendo dall'analisi della normativa in materia di requisiti di accesso all'Area Schengen, si evidenzierà, sulla base dei dati pubblici e di quelli ottenuti tramite accesso, come gli strumenti di contenimento dei flussi migratori rischino di provocare una compressione e uno svuotamento dei diritti fondamentali, in particolare nei confronti dei cittadini di Paesi terzi c.d. esenti visto, i cui casi di respingimento raramente sono oggetto di vaglio giurisprudenziale; iii) si esamineranno le prassi messe in atto dalle autorità in relazione alle domande di protezione internazionale

il controllo delle autorità del Paese (par. 129). Si veda anche sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D e N.T c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15, dove la Corte ha affermato che «the special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction».

17. Cfr. le sentenze *Al Skeini c. Regno Unito*, ric. n. 55721/07, 7 luglio 2011 e *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012; la Corte Edu sostiene vi sia giurisdizione ogni qual volta «uno Stato esercita, tramite i propri agenti operanti fuori del proprio territorio, controllo e autorità su un individuo», par. 74.

18. Corte giust., sent. 4 maggio 2017, *El Dakkak e Intercontinental SARL c. Administration des douanes et des droits indirects (Causa C-17/16)*, ECLI:EU:C:2017:341. La controversia ha ad oggetto la richiesta di risarcimento del preteso danno subito da parte del sig. El Dakkak e della Intercontinental SARL a seguito del sequestro da parte dell'Amministrazione delle dogane e delle imposte dirette francese, delle somme di denaro contante trasportate dal sig. El Dakkak in occasione del suo transito presso l'aeroporto Roissy-Charles-de-Gaulle (viaggiava dal Cotonou a Beirut), per omessa dichiarazione delle medesime.

presentate in frontiera e i profili di frizione di tali prassi con la normativa applicabile anche di rilievo internazionale.

In secondo luogo, si esaminerà la natura del trattenimento del cittadino straniero nelle zone di transito per verificare, alla luce della normativa e della giurisprudenza, se possa integrare una limitazione della libertà personale.

2. I respingimenti dalle zone di transito aeroportuali: le principali criticità alla luce di normativa e giurisprudenza

2.1. I confini giuridici. I limiti al potere dello Stato di respingere i cittadini stranieri e le forme di tutela previste

Il nostro ordinamento prevede due ipotesi di respingimento alla frontiera, il respingimento c.d. immediato e il respingimento c.d. differito. La prima ipotesi, prevista dall'art. 10, co. 1, del TU, riguarda il respingimento dello straniero che si presenta al valico di frontiera sprovvisto dei titoli per l'ingresso e che deve essere immediatamente respinto, come si evince chiaramente dal comma 3 della citata disposizione che prescrive che sia lo stesso vettore che lo ha condotto sul territorio nazionale a «prenderlo immediatamente a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza». Il secondo istituto è il c.d. respingimento differito o respingimento con accompagnamento che, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 10 del TU, riguarda coloro che «entrando nel territorio dello stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo» e coloro che «(...) sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso». Sul piano concreto, quindi, tale tipologia di respingimento riguarda i cittadini stranieri che hanno lasciato le zone di transito e sono stati intercettati dalle competenti autorità al di fuori di tali zone. Infatti, si prevede la possibilità di respingere il cittadino straniero anche subito dopo il suo ingresso attraverso la disposizione dell'accompagnamento alla frontiera da parte del questore¹⁹, essendo d'altronde esclusa in tale ipotesi la possibilità di esecuzione volontaria dell'allontanamento²⁰.

Come sottolineato dalla dottrina, sono evidenti le differenze tra queste due ipotesi di respingimento laddove «il respingimento “immediato” è un provvedimento di natura obbligatoria, che attraverso l'imposizione di un divieto rivolto agli stranieri, limita la libertà di circolazione in un momento in cui non vi è ancora stato l'ingresso nel territorio nazionale; diversamente, il respingimento “differito” (...) è un provvedimento che impone un intervento

19. Per una riflessione più approfondita, si veda S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 1.2019.

20. Diversamente da quanto previsto nel caso del provvedimento di espulsione dall'art. 13. co. 5, d.lgs. 286/98.

coercitivo sulla persona fisica del migrante per ricondurlo al Paese di ultima provenienza, una volta avvenuto l'ingresso sul territorio nazionale»²¹. A tal proposito appare utile ricordare che, nel 2018, il legislatore ha modificato la normativa vigente prevedendo espressamente la convalida da parte del Giudice di pace del provvedimento di respingimento differito, inserendo tale disposizione al comma 2-*bis* dell'articolo 10 del d.lgs. n. 286/1998. L'intervento legislativo è stato conseguente alla pronuncia con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la «necessità di disciplinare il regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale [...] e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità dell'art. 13, terzo comma, Cost.»²². Nonostante tale avanzamento nella tutela dei diritti dei cittadini stranieri sottoposti a respingimento differito, l'istituto rimane caratterizzato da numerose criticità: autorevoli giuristi²³ hanno infatti posto in evidenza come la normativa in materia di respingimento differito sia eccessivamente lacunosa nel definire da un punto di vista spaziale e temporale la circostanza in cui sia possibile procedere all'adozione di un provvedimento di respingimento differito e quindi alla privazione della libertà personale, attribuendo eccessiva discrezionalità alle autorità di pubblica sicurezza nella scelta del tipo di provvedimento da adottare.

In via generale, il potere dello Stato di respingere i cittadini stranieri trova un limite nei divieti di respingimento e in una serie di obblighi internazionali e di solidarietà espressi dal dettato costituzionale e assunti dall'Italia in virtù dell'adesione ai principali strumenti internazionali di tutela dei diritti umani.

In primo luogo, in materia di accesso alla richiesta di asilo, occorre tenere conto del divieto di *refoulement*, sancito dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sui diritti dei rifugiati che impone agli Stati di non allontanare i cittadini stranieri verso Paesi in cui potrebbero subire persecuzioni o in cui la loro vita potrebbe essere a rischio per motivi di razza, sesso, religione, opinioni politiche o appartenenza a un determinato gruppo sociale. Il medesimo principio è ripreso all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che vieta le espulsioni collettive e stabilisce che «nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». In materia, la giurisprudenza della Corte EDU ha esteso la portata dell'art. 3 della Convenzione europea

21. S. Rossi, *op. cit.*, p. 209.

22. Corte cost., sent. 20 dicembre 2017, n. 275, par. 4.

23. Si vedano: S. Rossi, *op. cit.*; F. Scuto, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, pp. 72-76; R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 80 ss.

sui diritti dell'uomo, stabilendo il divieto di allontanare il cittadino straniero verso Paesi in cui rischierebbe di subire tortura e maltrattamenti²⁴. La medesima Corte ha inoltre esteso la portata del divieto di espulsioni collettive sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea per i diritti umani. Con le sentenze *Hirsi c. Italia*, *Sharifi c. Italia* e *Khlaifia c. Italia*, la Corte ha ritenuto che fosse necessario estendere tale limitazione ai respingimenti, valutando come illegittima qualsivoglia forma di automatismo nelle procedure di allontanamento che escludessero un'adeguata valutazione delle condizioni individuali.

Per quanto riguarda la normativa europea, sebbene l'Italia si sia avvalsa della facoltà prevista dall'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2008/115/CE²⁵ di sottrarre dall'ambito di applicazione della direttiva rimpatri i cittadini stranieri sottoposti a respingimento alla frontiera²⁶, l'art. 4, par. 4, della medesima direttiva, al co. 4, prevede una sorta di clausola di salvaguardia, stabilendo che gli Stati membri garantiscano «un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto disposto all'articolo 8, paragrafi 4 e 5 (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'articolo 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli articoli 16 e 17 (condizioni di trattenimento) e assicurino il rispetto del principio di *non-refoulement*»²⁷.

Fondamentali limiti al potere di respingimento possono essere, inoltre, individuati nel testo costituzionale: in primo luogo, va infatti considerata la portata dell'art. 10, co. 3 relativamente al diritto di asilo²⁸ (come meglio si vedrà al paragrafo dedicato all'accesso alla richiesta di protezione internazionale), cui si aggiungono i limiti derivanti dal principio di

24. Si veda la Decisione del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera (ricorso n. 37201/06).

25. L'art. 2, par. 2, della dir. 2008/115/CE prevede precisamente che gli Stati membri possano decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi «a) sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del Codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro» e «b) sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione».

26. Per approfondimenti si veda A. Di Pascale, *Respingimento dello straniero e controlli delle frontiere interne ed esterne nel diritto dell'UE*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, pp. 41-45.

27. Come riportato da S. Rossi, *op. cit.*, p. 224, «la stessa Corte di giustizia [Corte giust., Grande Camera, 7 giugno 2016, causa 47/15, *Sélima Affum*, par. 74] ha sottolineato come «finalità di quest'ultima disposizione, quale risulta dai lavori preparatori della direttiva, consista nel consentire agli Stati membri di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di Paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere. Il menzionato articolo 4, paragrafo 4, è diretto in tale contesto a garantire che dette procedure nazionali semplificate rispettino le garanzie minime previste dalla direttiva 2008/115, tra le quali figurano, in particolare, le condizioni relative al trattenimento di cui agli articoli 16 e 17 di tale direttiva».

28. F. Scuto, *op. cit.*, p. 51, in cui l'autore ben precisa che «la concreta possibilità di accesso al territorio [...] rappresenta la preconditione ineludibile per l'applicazione delle garanzie previste per la tutela del diritto di asilo nell'ordinamento dell'Unione europea e in quello italiano».

solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione e dai relativi doveri nei confronti del cittadino e del non cittadino in quanto persona umana. Tali doveri rappresentano un limite al dispiegarsi degli strumenti e delle prassi di controllo e contenimento degli ingressi, in base al quale le esigenze di protezione dovrebbero essere prevalenti rispetto alle istanze di controllo.

Il d.lgs. 286/98 (Testo unico in materia di immigrazione - TU), inoltre, dettaglia la portata dei doveri di solidarietà, sia ribadendo l'esistenza di diritti in capo ai cittadini stranieri presenti alla frontiera, sia ponendo specifici limiti alla possibilità delle autorità di allontanare i cittadini stranieri. In particolare, l'articolo 2, co. 1, stabilisce il principio cardine che dovrebbe informare l'operato delle autorità di frontiera, troppo spesso eroso nella sua portata pratica, stabilendo che tutti i cittadini stranieri, qualunque sia la loro condizione giuridica rispetto alle norme sull'ingresso e il soggiorno, debbano godere alla frontiera della tutela dei propri diritti fondamentali. Tale previsione si dovrebbe declinare nella effettiva possibilità per i cittadini stranieri di avere concreto accesso a tutti i diritti costituzionalmente e internazionalmente garantiti anche nelle zone di transito²⁹, tra cui il diritto di asilo, il diritto alla salute, alla libertà personale e il diritto alla difesa.

In attuazione del principio avente carattere assoluto di *non-refoulement* e del divieto di tortura o trattamenti inumani o degradanti, l'art. 19, co. 1, del TU prevede che in nessun caso possa disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per ragioni di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, ma anche di condizioni personali o sociali. A questo elenco, il recente d.l. 130/2020 ha aggiunto la circostanza in cui una persona possa subire persecuzioni legate al proprio orientamento sessuale e alla propria identità di genere. Il divieto di espulsione o respingimento riguarda anche l'allontanamento verso uno Stato nel quale esistano fondati motivi per ritenere sussistente il rischio di subire tortura o trattamenti inumani o degradanti o qualora, in maniera generale, ricorrano obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano secondo quanto disposto dall'art. 5, co. 6, del TU. Per la valutazione di tali motivi, a ulteriore garanzia dei diritti del cittadino straniero, nel 2017, il legislatore aveva già ritenuto che fosse necessario tenere conto anche «dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani»³⁰.

Inoltre, a tutela del diritto di asilo, l'art. 10, co. 4 del TU, così come l'art. 14, par. 1, del Codice frontiere Schengen, stabiliscono che le disposizioni relative al respingimento non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni che disciplinano l'asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero di misure di protezione temporanea per

29. Relativamente all'appartenenza delle zone di transito al territorio nazionale, si veda Corte app. Milano, sent. n. 1292/2018.

30. l. n. 110/2017.

motivi umanitari. Anche in caso di procedimento di respingimento avviato, questo dovrà essere sospeso ogniqualvolta sia presentata una domanda di protezione internazionale.

Il citato d.l. 130/2020 ha, inoltre, introdotto importanti modifiche al TU, inserendo al terzo paragrafo dell'art. 19, co. 1.1, il divieto di respingimento e di espulsione laddove tale allontanamento comporti una violazione del diritto alla vita privata e familiare, con l'eccezione dei casi in cui sussistano ragioni di sicurezza nazionale o di ordine e sicurezza pubblica, nonché di protezione della salute nel rispetto, comunque, della Convenzione di Ginevra e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Secondo il dettato normativo, la valutazione del rischio di violazione di tali diritti deve tenere conto dell'effettività dei vincoli familiari del cittadino straniero, dell'inserimento in Italia, della durata del soggiorno e della sussistenza o meno di vincoli familiari, sociali o culturali con il Paese di origine del cittadino straniero³¹. Il legislatore ha inteso così rafforzare l'effettiva fruibilità del diritto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione europea sui diritti umani. Per quanto riguarda i minori stranieri non accompagnati, ai sensi dell'art. 19, co. 1-*bis*, non può disporsi, in nessun caso, il loro respingimento alla frontiera. Si tratta di una disposizione di carattere perentorio ed assoluto, non derogabile neppure per ragioni di ordine pubblico o altri motivi imperativi.

2.1.1. Le carenze dei servizi di tutela e accoglienza

A fronte dei divieti descritti, la normativa non disciplina specifiche procedure per la valutazione della sussistenza di eventuali cause ostative al respingimento. Come vedremo meglio in seguito, e come emerge dalla casistica relativa ai respingimenti effettuati nelle zone di transito, le profonde lacune relative agli strumenti di esame della condizione individuale dei cittadini stranieri, unitamente alla legislazione nazionale ed europea volta ad attuare procedure sommarie di determinazione dello *status* in frontiera, comportano un evidente *vulnus* nel sistema di tutela dei cittadini stranieri e nell'applicazione pratica del principio di *non-refoulement* e dei divieti di respingimento.

Tuttavia, occorre notare che il TU prevede alcune misure che dovrebbero garantire la possibilità di accedere a forme di tutela. In primo luogo, il sesto comma dell'art. 11 dispone che «presso i valichi di frontiera [siano] previsti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi». Tale previsione è da

31. Per approfondimenti si veda N. Morandi, *La protezione speciale nell'ambito del procedimento di protezione internazionale. La relazione tra la "vecchia" protezione umanitaria e la nuova protezione speciale nei giudizi pendenti*, in *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, a cura di M. Giovannetti, N. Zorzella, Pisa, Pacini Editore, 2021.

leggersi in combinato disposto con l'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 25/2008, secondo cui, nell'ambito di tali servizi, le informazioni in merito alla procedura di asilo³² sono «fornite ai cittadini stranieri che manifestano la volontà di chiedere protezione internazionale ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito, individuati ai sensi dell'art. 24 del d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, ossia quelli nei quali negli ultimi tre anni è stato registrato il maggior numero di richieste di asilo o di ingressi sul territorio nazionale e nelle relative zone di transito». Inoltre, la legge prevede che agli stranieri destinatari di provvedimenti di respingimento sia fornita l'assistenza necessaria presso i valichi di frontiera (art. 10, co. 5, del TU).

I citati servizi di tutela, collocati all'interno delle zone di transito, dovrebbero permettere ai cittadini stranieri di ricevere informazioni complete relativamente alla propria condizione e ai propri diritti, tra cui, evidentemente, il diritto a non essere allontanato dal territorio nelle circostanze sopra richiamate previste all'art. 19. Nel caso in cui non sia possibile posizionare detti servizi all'interno delle zone di transito, la norma richiede che sia allestito almeno un punto di contatto e che sia assicurata adeguata visibilità dei servizi attraverso opportune indicazioni plurilingue³³. Servizi di questo genere sono stati istituiti a Milano Malpensa, Roma Fiumicino, Venezia, Bologna, Ancona e Bari attraverso convenzioni sottoscritte tra le competenti prefetture e soggetti allo scopo selezionati³⁴.

Al fine di comprendere l'effettiva portata di tali servizi, è utile analizzare i dati relativi alle attività degli enti incaricati e le convenzioni da questi sottoscritte con le prefetture. Dalla lettura dei dati³⁵ emergono alcune criticità, in primo luogo relativamente ai destinatari dei servizi: dalle relazioni descrittive delle attività svolte dagli enti, risulta che l'assistenza

32. Nello specifico, le informazioni di cui all'art. 10, comma 1, il quale prevede che: «All'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame; a tale fine consegna al richiedente l'opuscolo informativo di cui al comma 2. (L'ufficio di polizia informa il richiedente che, ove proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-*bis*, la domanda può essere rigettata ai sensi dell'articolo 9, comma 2-*bis*)».

33. Si veda la circolare urgente del Ministero dell'interno del 2 maggio 2001 - *Applicazione Testo Unico in materia di immigrazione. Individuazione e attivazione dei servizi di accoglienza alla frontiera*, che prevede le attività da svolgere e i modi di implementazione e di gestione.

34. L'art. 3 d.m. 22.12.2000 attribuisce ai prefetti la competenza ad attivare i servizi «direttamente o attraverso la stipula di apposite convenzioni con enti, associazioni, o altri organismi del privato sociale iscritti nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri». L'art. 4 prevede che i servizi «provvedono a fornire informazioni sulla legislazione vigente in materia di immigrazione e di asilo e sugli adempimenti di legge relativi alle procedure connesse al riconoscimento dello *status* di rifugiato, a garantire un supporto di interpretariato, ad assicurare, in caso di urgente necessità, interventi di prima assistenza».

35. Per i dati relativi alle attività svolte dagli enti preposti ai servizi di assistenza, si rinvia al Progetto In Limine di ASGI (a cura di), *I destinatari e le modalità di erogazione dei servizi di accoglienza predisposti ai valichi di frontiera aeroportuali: i dati ottenuti dalle autorità competenti*, 19 febbraio 2020, in <https://inlimine.asgi.it>.

sia limitata al sostegno dei richiedenti asilo. Tra questi, in base ai dati forniti dalle stesse cooperative, le prese in carico riguardano quasi esclusivamente richiedenti asilo soggetti a trasferimento in Italia in attuazione del regolamento Dublino. Dalla lettura delle convenzioni e delle relazioni descrittive delle attività, sembrerebbe inoltre che tali enti non siano incaricati di dare attuazione a quanto stabilito al quinto comma dell'art. 10 del TU: tra le attività che le cooperative sono tenute a svolgere su richiesta delle prefetture, non vi è quindi l'assistenza agli stranieri soggetti a respingimento. A conferma di ciò, nei casi di cui è stata raccolta testimonianza dal progetto *In Limine* dell'ASGI³⁶, nessun cittadino straniero in attesa di respingimento ha dichiarato di essere stato indirizzato presso una organizzazione in grado di fornire assistenza legale che operava all'interno dell'aeroporto.

Una ulteriore criticità riguarda la collocazione dei servizi, la loro riconoscibilità e l'autonoma accessibilità da parte del cittadino straniero che sembrerebbe invece accedervi solo su segnalazione delle autorità di frontiera una volta che ha manifestato la volontà di chiedere protezione³⁷. Non vi sarebbe garanzia che l'ente di tutela possa agire anche nell'area in cui sono trattenuti i cittadini stranieri soggetti ai controlli, e in cui si espletano le procedure di identificazione e viene disposto il respingimento.

Sul punto, occorre sottolineare come non risultino individuati a livello nazionale dei parametri o delle linee guida che disciplinino le attività di assistenza e tutela che vanno garantite dal servizio al valico, ciò determinando una forte disomogeneità dei servizi offerti a livello territoriale, sia secondo quanto previsto dalle convenzioni, sia nella prassi applicativa. La situazione descritta è aggravata dalla dipendenza economica delle cooperative fornitrici dei servizi di interpretariato e di accoglienza dal Ministero dell'interno, con il quale siglano appalti per la messa a disposizione del servizio. Questa circostanza le rende inadeguate a svolgere un lavoro di monitoraggio indipendente e sistematico delle prassi delle autorità di frontiera e ad assicurare la possibilità di accesso alla richiesta di protezione internazionale e la corretta applicazione delle procedure e della normativa in materia di respingimento.

36. *Ibidem*.

37. Spesso i servizi di accoglienza non sono liberamente accessibili dai cittadini stranieri presenti nella zona di transito, al contrario sono le autorità di frontiera che dovrebbero allertare i servizi di assistenza in caso di manifestazione della volontà di richiedere asilo. Questa necessità che la segnalazione provenga dalle autorità di frontiera va a determinare una pericolosa esposizione del richiedente asilo al rischio di respingimento, laddove le autorità di frontiera – anche per ostacoli linguistici – non siano in grado di interpretare la volontà del cittadino straniero. Si vedano: Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio - febbraio 2019)*, cit.; *Respingimenti effettuati dalla polizia di frontiera e prassi di trattenimento*, cit. e ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit.

L'assenza di fatto di meccanismi di monitoraggio e di tutela indipendenti espone i cittadini stranieri, che si trovano nelle zone di transito, al potere pressoché esclusivo delle autorità di frontiera.

2.2. Il respingimento dei cittadini con titolo di soggiorno all'ingresso: la revoca o il diniego del permesso di soggiorno in area di transito

Il presente paragrafo è dedicato all'esposizione e all'analisi della prassi di adottare provvedimenti di respingimento immediato nei confronti di cittadini stranieri regolarmente soggiornanti in Italia che si allontanano dal territorio per un breve periodo muniti di titolo di soggiorno in corso di validità o di permesso di soggiorno scaduto corredato di attestante la richiesta di rinnovo. L'attuazione e la reiterazione di questa prassi, anche a fronte della giurisprudenza contraria e delle posizioni espresse dal Garante nazionale dei diritti dei detenuti, appare un esempio lampante dell'assenza di limiti efficaci al potere esercitato dalla polizia nelle zone di transito.

Al momento del ritorno in Italia, in zona di transito, accade che le autorità notifichino provvedimenti di rigetto del rinnovo o di revoca del permesso di soggiorno. A seguito della notifica la persona viene respinta perché priva dei requisiti per l'ammissione nel territorio.

Al fine di meglio comprendere la casistica di cui si tratta, si richiamano le disposizioni che disciplinano lo *status* giuridico del cittadino straniero in possesso della ricevuta di rinnovo o conversione del titolo di soggiorno. L'art. 13, co. 2, lett. b), d.lgs. 286/98³⁸ stabilisce che la condizione di irregolarità si determina solo a seguito del rigetto della richiesta di rinnovo o di conversione permanendo quindi la regolarità del soggiorno per tutto il procedimento di richiesta del titolo³⁹. Al fine di dare piena attuazione alla disciplina sopra richiamata, i Ministeri hanno nel corso degli anni emanato diverse circolari che prevedono specificamente le modalità per esercitare i diritti riconosciuti dall'ordinamento durante le

38. Tale disposizione va letta anche insieme alle norme che disciplinano il procedimento di rinnovo/conversione e quindi l'art. 5, co. 8, d.lgs. 286/98 il quale riporta che «il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente Testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente Testo unico» ed il successivo comma 9-*bis* che prevede che «In attesa del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno, anche ove non venga rispettato il termine di sessanta giorni di cui al precedente comma, il lavoratore straniero può legittimamente soggiornare nel territorio dello Stato e svolgere temporaneamente l'attività lavorativa fino ad eventuale comunicazione dell'autorità di pubblica sicurezza, da notificare anche al datore di lavoro, con l'indicazione dell'esistenza dei motivi ostativi al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno».

39. Art. 13, co. 2, d.lgs. 286/98: «L'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero: b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-*bis*, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68».

fasi di rinnovo del titolo di soggiorno. Tra queste vi è la circolare del 5 agosto 2006 (c.d. circolare Amato) che afferma che nelle more del procedimento di rinnovo del titolo di soggiorno – anche laddove questo non si concluda nel termine previsto per legge – il cittadino straniero rimane titolare dei diritti a lui riconosciuti in virtù del permesso di soggiorno di cui si chiede il rinnovo o la conversione e gli effetti dei diritti esercitati e connessi alla sua posizione giuridica cessano solo in caso di mancato rinnovo, di revoca o di annullamento del permesso in questione. L'ordinamento mira, infatti, a garantire la continuità del soggiorno regolare, consentendo al cittadino straniero che abbia chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia in attesa della definizione del relativo procedimento, di fare ingresso sul territorio o di continuare a permanervi nella pienezza dei diritti a lui riconosciuti in virtù del titolo di soggiorno di cui si è chiesto il rinnovo o la conversione. Il cittadino straniero che si presenta al valico di frontiera è quindi titolare del diritto di ingresso sul territorio nazionale laddove in possesso del proprio passaporto nazionale, del permesso di soggiorno scaduto e della ricevuta di rinnovo. Solo una volta entrato sul territorio nazionale può ricevere la notifica del rigetto della sua richiesta di conversione o di rinnovo e quindi può trovare applicazione l'art. 12, co. 2, d.p.r. 394 che riconosce il diritto a lasciare volontariamente il territorio entro 15 giorni dalla notifica.

Al contrario, la prassi attuata dalla polizia di frontiera prevede la notifica del provvedimento in zona di transito prima dell'ingresso formale del cittadino straniero sul territorio nazionale. A seguito della notifica la persona è considerata carente dei requisiti per l'ingresso e diviene destinataria di un provvedimento di respingimento.

La giurisprudenza di merito ha già condannato in plurime occasioni questa prassi delle autorità di frontiera. Tra queste la Corte d'appello di Milano⁴⁰ ha ritenuto che «la polizia di frontiera abbia fatto malgoverno delle norme in materia di titoli legittimanti l'uscita ed il rientro in Italia di un cittadino straniero e, conseguentemente, sia delle norme regolatrici dell'uscita dello straniero dal territorio nazionale al venir meno del titolo che ne legittimava il soggiorno, sia di quelle regolatrici il respingimento degli stranieri al valico di frontiera». In quella circostanza, infatti, il Collegio giudicante ha affermato che documenti quali il titolo di soggiorno scaduto unitamente alla richiesta di rinnovo o il titolo di soggiorno in corso di validità, costituiscano inequivocabilmente titolo legittimante il reingresso del cittadino straniero in Italia in conformità al reg. (UE) 2016/399 (art. 6, par. 1, lett. b) e alla normativa interna, potendo ritenersi privi di valenza di titolo legittimante al rientro in Italia, «solo al momento della notifica del provvedimento definitivo di diniego di detto rinnovo, certamente non ancora esistente al momento dell'attraversamento del valico di frontiera». Il diniego in questione risulta eventualmente preclusivo del soggiorno del cittadino straniero

40. Corte app. di Milano, sent. n. 1292/2018, pubblicata il 15.03.2018.

in Italia dopo la sua notifica, data la sopravvenuta irregolarità, ma non certo del suo reingresso che non può quindi essere impedito. Dopo l'ingresso, superato il valico di frontiera, alla notifica del provvedimento questorile deve far eventualmente seguito una procedura di espulsione con relativa convalida giurisdizionale della sua eventuale esecuzione con accompagnamento coatto alla frontiera. Tale sentenza tuttavia resta totalmente disattesa, nonostante il Garante per i diritti delle persone private della libertà personale abbia a sua volta censurato tale prassi⁴¹. Le autorità continuano infatti a disporre respingimenti immediati dei cittadini stranieri che rientrano in Italia con un titolo di soggiorno in corso di validità o del quale è stato chiesto il rinnovo⁴². La Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere ritiene infatti pienamente legittima l'azione amministrativa delle autorità di frontiera considerando che tale sentenza non rappresenti un valido precedente «per la connotazione giuridica del respingimento immediato» redatto nel rispetto della normativa nazionale e europea in seguito alla notifica del provvedimento di rifiuto «eseguito in una frontiera aerea»⁴³.

2.3. Il respingimento degli esenti visto: l'applicazione dei requisiti per l'ingresso previsti dalla normativa europea ed italiana

Nel presente paragrafo, si illustrerà il quadro di riferimento dei requisiti di ingresso dei cittadini di Paesi terzi nell'Area Schengen per i soggiorni di durata inferiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, validi sia per i cittadini di Paesi terzi con obbligo di visto che in regime di esenzione. Il tema specifico è quello dei requisiti di ingresso tassativi, verificabili sulla base di documenti giustificativi non esaustivi e, quindi, valutati discrezionalmente dalle guardie di frontiera e di come tale circostanza possa dar luogo a prassi o a meccanismi di selezione illegittimi, in particolare nei confronti dei cittadini di Paesi terzi c.d. esenti visto.

Prima di illustrare la normativa di riferimento, è bene chiarire che il tema dei requisiti di ingresso nell'Area Schengen e dei controlli alle frontiere esterne è storicamente connesso a quello dell'abolizione delle frontiere interne, attuato attraverso l'Atto Unico europeo, firmato nel 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987, funzionale alla realizzazione del mercato interno quale spazio ove le merci, le persone, i servizi e i capitali potessero

41. Garante nazionale per i diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio - febbraio 2019)*, cit.

42. Più recentemente Trib. Brescia, ord. del 03.03.2020, ha annullato il provvedimento di revoca e di respingimento adottati e notificati con le modalità sopra descritte, oltre a condannare, come si dirà nel prosieguo della trattazione, la pubblica amministrazione convenuta al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti per il trattenimento presso l'area di transito.

43. Si veda al riguardo la comunicazione della Direzione centrale immigrazione e frontiere dell'08.10.2019, reperibile in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2180/risposta-dir-centrale-frontiere-e-immigrazione-lettera-aperta-respingimento-fiumicino.pdf>.

liberamente circolare⁴⁴. Il legame intrinseco tra i due temi è stato inizialmente sottolineato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁵, che ha messo in evidenza come, dalla nascita del processo di sviluppo del mercato interno, prenda avvio l'istituzione di politiche comuni in materia di visti, frontiere, asilo e immigrazione che consentano, nell'ottica di contemperamento tra le esigenze di libertà di circolazione e quelle di sicurezza interna, la creazione di un sistema atto a impedire l'attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne.

La normativa di riferimento in materia di ingresso nell'Area Schengen è il reg. (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9.3.2016, c.d. Codice frontiere Schengen, le cui indicazioni applicative sono contenute anche nel Manuale pratico per le guardie di frontiera, allegato alla Raccomandazione della Commissione del 8.10.2019⁴⁶, rivisto nella sua formulazione attuale a seguito dell'adozione del Reg. 2016/399/UE. Il Manuale, sprovvisto di efficacia giuridicamente vincolante, è inteso a fornire alle guardie di frontiera degli Stati Schengen gli orientamenti, le migliori pratiche e le raccomandazioni da seguire nello svolgimento dei loro compiti, indirizzando l'adozione delle misure e delle decisioni.

In materia di ingresso nell'Area Schengen, come anticipato, occorre distinguere tra cittadini di Paesi terzi che necessitano di un visto e cittadini di Paesi terzi c.d. esenti visto⁴⁷. Tale distinzione rileva, tuttavia, solo ai fini degli adempimenti e delle autorizzazioni che è necessario ottenere per intraprendere il viaggio per l'Europa, non essendo i cittadini c.d. esenti visto esclusi dai controlli in frontiera sui requisiti di ingresso stabiliti dal Codice frontiere Schengen per i soggiorni di breve durata (90 giorni su 180 dal primo ingresso⁴⁸). Infatti, l'esenzione dal visto risponde, a livello politico, ad esigenze volte a creare e rafforzare partenariati con Paesi terzi (anche ai fini dei meccanismi di riammissione e rimpatrio), a favorire affari, il commercio estero, e, più in generale a vantaggi economici

44. Per una ricostruzione storica del tema delle frontiere nel contesto europeo, A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 1 ss.

45. Corte giust., sent. 21.9.1999, *Wijzenbeek*, causa C-378/97, ECLI:EU:C:1999:439.

46. Raccomandazione della Commissione del 8.10.2019 che istituisce un «Manuale pratico per le guardie di frontiera» comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone, e che sostituisce la raccomandazione C(2006) 5186 della Commissione del 6 novembre 2006, C(2019) 7131 def.

47. L'elenco dei Paesi c.d. esenti visto è contenuto nell'Allegato II del *Regolamento 2018/1806/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che adotta l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo*, mentre l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne è contenuto nell'Allegato I del medesimo regolamento.

48. Corte giust., Grande Sezione, sent. 3.10.2006, *Nicolae Bot c. Préfet du Val-de-Marne*, causa C-241/05, ECLI: ECLI:EU:C:2006:634, sulla nozione di «primo ingresso» che riguarda, oltre il primissimo ingresso nei territori degli Stati contraenti di detto Accordo, anche il primo ingresso in tali territori che avviene dopo la scadenza di un periodo di sei mesi da tale primissimo ingresso nonché qualsiasi altro primo ingresso che avviene dopo la scadenza di ogni nuovo periodo di sei mesi a decorrere da una precedente data di primo ingresso.

molto rilevanti connessi ai c.d. viaggi legittimi. Mentre, nella logica securitaria della c.d. lotta all'immigrazione irregolare, i cittadini c.d. esenti visto sono, al pari di quelli con obbligo di visto, soggetti a verifiche definite approfondite dallo stesso Codice frontiere Schengen (art. 8, co. 3), poiché funzionali al soddisfacimento dell'interesse comune di affrontare e risolvere le minacce transfrontaliere per l'ordine pubblico o la sicurezza interna⁴⁹.

I requisiti che devono essere valutati dalle autorità di frontiera per i soggiorni di durata inferiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni, validi sia per i cittadini di Paesi terzi con obbligo di visto che in regime di esenzione, sono indicati all'art. 6 del Codice frontiere Schengen⁵⁰ e all'art. 4 del d.lgs. 286/98, essendo la disciplina giuridica del respingimento risultato del combinato tra normativa europea e nazionale. Questo, come anticipato, significa che, a prescindere dal tipo di autorizzazione che un cittadino straniero debba ottenere prima di intraprendere un viaggio di breve durata verso l'Europa⁵¹, all'arrivo in frontiera sarà sottoposto ad un controllo di prima linea (verifica della validità del titolo di viaggio e del visto se richiesto) e ad un controllo di seconda linea, c.d. verifica approfondita, che riguarda in particolare: scopo e condizioni del soggiorno previsto e mezzi di sussistenza sufficienti al soggiorno stesso e al rientro nel Paese di origine (ovvero dimostrazione di essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi); mancata segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione; non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica⁵² o le relazioni internazionali; non essere destinatario di un provvedimento di espulsione e di un divieto di rientro; e, secondo quanto previsto specificamente dal d.lgs. 286/98, non essere stato condannato per determinati reati, in alcune ipotesi con sentenza definitiva, in altre anche con sentenza non definitiva.

49. Come si legge al considerato (20) del reg. 2018/1806/UE, cit. «È necessario evitare e contrastare eventuali abusi derivanti dall'esenzione dall'obbligo del visto per soggiorni di breve durata a cittadini di un Paese terzo qualora rappresentino una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna dello Stato membro interessato».

50. Sul diritto soggettivo all'ingresso in presenza dei requisiti stabiliti dal Codice frontiere Schengen, si veda A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 26.

51. Si fa riferimento per i cittadini di Paesi terzi con obbligo di visto all'autorizzazione delle autorità consolari; mentre per i cittadini in esenzione visto ad un'ulteriore condizione di ingresso introdotta con l'entrata in vigore dal settembre 2018 del Sistema europeo di informazione e di autorizzazione ai viaggi (ETIAS). Nello specifico, ai sensi del reg. 2018/1240/UE del Parlamento europeo e del Consiglio è stato introdotto un sistema automatizzato di autorizzazione ai viaggi per cui i cittadini di Stati terzi esentati dall'obbligo del visto, che desiderano entrare nello spazio Schengen in vista di un soggiorno breve, dovranno sollecitare *online* un'autorizzazione ai viaggi ETIAS sottostante a tassa prima ancora di mettersi in viaggio. Consisterà in un esame preliminare finalizzato a valutare se la presenza di tali cittadini di Paesi terzi nel territorio degli Stati membri rappresenti un rischio per la sicurezza, di immigrazione illegale o un alto rischio epidemico. Al momento il sistema ETIAS non risulta ancora operativo in Italia.

52. La minaccia per la salute pubblica, di cui all'art. 2, punto 21, CFS, è stata di recente richiamata dalla Commissione europea, unitamente all'art. 6, par. 1, nell'ambito dell'emergenza sanitaria imposta dalla diffusione pandemica del COVID-19, per raccomandare l'adozione da parte dei Paesi Schengen e associati di restrizioni ai viaggi non essenziali verso la zona UE+ (riferita a tutti gli Stati membri dell'area Schengen – compresi Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania – e i quattro Stati associati, nonché l'Irlanda e il Regno Unito qualora questi ultimi decidano di allinearsi). Sul punto, A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 27 ss.

I documenti giustificativi relativi ai mezzi di sussistenza, allo scopo e alle condizioni del soggiorno sono riportati all'Allegato 1 del Codice frontiere Schengen e, per quanto riguarda la normativa interna, nella direttiva del Ministero dell'interno del 17 marzo 2000⁵³. L'elenco, non esaustivo, rimette alle guardie di frontiera la più ampia discrezionalità nel valutare giustificativi e fatti pertinenti. Esemplificando, i cittadini stranieri in ingresso per motivi di turismo possono dimostrare di avere sufficienti risorse economiche per la permanenza tramite contanti, carte di credito, lettera di presa in carico dell'ospite in Europa; per il ritorno nel Paese di origine tramite il biglietto di ritorno già acquistato. Possono, inoltre, giustificare le condizioni del soggiorno tramite una prenotazione alberghiera o una lettera di ospitalità, eventualmente funzionale anche a dimostrare lo scopo del soggiorno, in alternativa ad un itinerario di viaggio.

Nella prassi, tuttavia, non è detto che la disponibilità di tale documentazione sia sufficiente per essere autorizzati all'ingresso. Dai dati ottenuti per il tramite di accessi civici generalizzati⁵⁴ e dai dati riportati dal Garante per i diritti delle persone private della libertà personale nella Relazione al Parlamento del 2020⁵⁵ emerge che numerosi respingimenti sono decretati proprio nei confronti di cittadini provenienti da Paesi terzi c.d. esenti visto. Questi respingimenti rappresentano una quota importante del totale, soprattutto se si prendono in considerazione i dati relativi a cittadini di Paesi considerati a "rischio immigrazione". Il caso dei cittadini albanesi è emblematico di tale situazione: di 1.493 cittadini albanesi respinti presso il valico di frontiera aeroportuale di Milano Malpensa nel periodo dal 1° gennaio 2019 al 21 gennaio 2020 (su un totale di 2.963 cittadini stranieri respinti)⁵⁶, in 1.076 casi i provvedimenti erano motivati dall'assenza di documentazione idonea a dimostrare lo scopo e le condizioni del soggiorno e in 342 casi dall'assenza di sufficienti mezzi economici⁵⁷. I numeri sembrano dimostrare l'esistenza di un meccanismo

53. Consultabile su https://www.esteri.it/mae/normative/normativa_consolare/visti/direttiva_mininterno2000.pdf.

54. Per approfondimenti si vedano: ASGI, *La prassi dei respingimenti diretti ai valichi di frontiera aeroportuali di Milano Malpensa e Roma Fiumicino: i dati ottenuti dalle autorità competenti*, cit.; *Zone di transito: dati sui respingimenti, riammissioni, richieste di asilo*, cit.

55. Si noti come, secondo quanto riportato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, nella Relazione al Parlamento del 2020, cit., nel 2019, in 4.860 casi su un totale di 8.138 respingimenti operati alle frontiere aeree, la motivazione del respingimento risulta il fatto di essere «sprovvisti di idonea documentazione attestante scopo e condizioni del soggiorno».

56. Dati pubblicati dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale: nel periodo dal primo gennaio al 15 aprile 2020 su 1.432 respingimenti effettuati presso le frontiere aeree, 622 hanno riguardato cittadini di nazionalità albanese. Dati consultabili in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG9397&modelId=1002.

57. Si precisa che, in relazione agli accessi civici presentati da ASGI nell'ambito del Progetto In Limine sui respingimenti effettuati tra gennaio-aprile e aprile-dicembre 2020 da Malpensa e Fiumicino, il Ministero dell'interno ha ritenuto di dover omettere la motivazione perché potrebbe costituire la base di un'analisi strategica di efficacia nazionale

orientato a impedire l'ingresso degli "indesiderati", con criteri prevalentemente legati alla condizione sociale del cittadino esente visto, cioè al "profilo economico" dei viaggiatori, definito in base a valutazioni esteriori e discrezionali (non è in ogni caso escluso che il medesimo meccanismo sia mutuato anche nei confronti di titolari di visto turistico che, come anzidetto, sono soggetti ai medesimi controlli in frontiera)⁵⁸, senza, tuttavia, intervenire sulle politiche di esenzione visto, con meccanismi di sospensione ovvero di cancellazione, se non come estrema *ratio*⁵⁹. Questo perché, se da una parte, come anticipato, sussiste l'interesse ad incentivare l'esenzione dal visto, dall'altra, tale interesse è da contemperare con quello di contenere, in uno spazio senza controlli alle frontiere interne come Schengen, le minacce transfrontaliere, legate soprattutto al c.d. rischio immigrazione, all'ordine pubblico o alla sicurezza interna.

A livello europeo, gli strumenti che appaiono funzionali a tale contemperamento sono:

- la gestione rafforzata delle frontiere con compiti e poteri esecutivi sempre più rilevanti affidati all'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex⁶⁰), anche attraverso l'esternalizzazione del controllo attraverso accordi operativi con i Paesi terzi⁶¹

dei controlli in materia di contrasto all'immigrazione clandestina; ciò ai sensi dell'art. 5-*bis*, co. 1, d.lgs. 33/2013 (relazioni internazionali); art. 24, co. 1, legge 241/1990 (segreto di Stato); tutela ordine pubblico e sicurezza nazionale. Si veda <https://inlimine.asgi.it/zone-di-transito-dati-su-respingimenti-riammissioni-richieste-di-asilo/>. In relazione ai dati, si rinvia, altresì, a quelli riportati da Frontex nel documento *Risk analysis for 2020*, forniti dagli Stati membri, da cui risulta che su 62.498 rifiuti di ingresso alla frontiera aerea nel 2018, 21.604 hanno riguardato cittadini albanesi, esenti visto in tutta l'area Schengen (con obbligo di passaporto biometrico), di cui ben 8.302 respinti per carenza di adeguati documenti attestanti scopo e condizioni del soggiorno. In particolare, si vedano Annex Table 7 e 8, p. 64, reperibili in https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2020.pdf.

58. Le criticità legate al tema trattato impongono, in prospettiva futura, un tentativo di maggiore approfondimento e monitoraggio delle casistiche e una riflessione sempre più strutturata sull'importanza che l'Europa attribuisce al controllo di frontiera anche nel Nuovo patto su migrazione e asilo, documento programmatico, pubblicato il 23 settembre 2020, con il quale la Commissione europea ha esposto le linee guida che orienteranno il suo lavoro in tema di migrazione nel prossimo quinquennio e consultabile in https://ec.europa.eu/info/publications/migration-and-asylum-package-new-pact-migration-and-asylum-documents-adopted-23-september-2020_it?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Newsletter_142021_Patto_UE&utm_medium=email. Per una primissima analisi del Nuovo patto su migrazione e asilo, si rinvia a ASGI, *Sulla strada del Patto: una ricognizione delle principali misure adottate* – #7 Podcast, 13 maggio 2021, in <https://www.asgi.it>.

59. In particolare, par. 6.5. della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (*Nuovo patto su migrazione e asilo*, Bruxelles, 23.09.2020, COM (2020) 609 final (di seguito anche solo Comunicazione CE 2020).

60. Sui compiti specifici di Frontex, reg. 2019/1896/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, in GUUE L 295 del 14.11.2019, p. 1 ss. In merito alla nuova struttura e al mandato della guardia di frontiera e costiera europea alla luce del Reg. 1806/2019/UE si veda D. Vitiello, E. De Capitani, *Il Regolamento 2019/1896/UE relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, 6.12.2019, in <http://www.sidiblog.org>.

61. Con tutti i Paesi dei Balcani occidentali (escluso il Kosovo) sono stati negoziati con successo accordi sullo *status*: quelli con Albania, Montenegro e Serbia sono già stati firmati ed entrati in vigore, mentre quelli con Macedonia del Nord e Bosnia-Erzegovina non sono ancora stati firmati (si veda par. 6.4. della Comunicazione CE 2020).

(come si dirà, la verifica approfondita potrebbe avvenire, tramite Frontex, direttamente all'aeroporto di partenza);

- la piena interoperabilità dei sistemi informatici⁶².

Per quanto riguarda la gestione delle frontiere, si assiste ad un rafforzamento del ruolo di Frontex, identificato come un aiuto agli Stati membri nella valutazione delle vulnerabilità che possono interessare le frontiere esterne. Il ruolo affidato a Frontex, dunque, non si limita ad un'analisi della valutazione dei rischi, ma si estrinseca in una diretta valutazione della vulnerabilità di frontiera, con un ruolo, nel prossimo futuro, sempre più operativo nel dare effettività al sistema di rimpatrio, divenendo quello che potremmo definire il braccio operativo degli Stati membri nella gestione dei rimpatri. In tale senso, nel nuovo reg. (UE) 2019/1896, è espressamente previsto che Frontex si occupi di istituire e aggiornare un quadro situazionale europeo (art. 26), fornendo informazioni e analisi efficaci, esatte e tempestive sulle frontiere esterne, sulla zona pre-frontaliera e sui movimenti secondari non autorizzati, quindi, anche sulle frontiere interne.

Una prova del rafforzamento del ruolo di Frontex e conseguentemente della gestione centralizzata delle frontiere esterne è data dalla previsione secondo cui anche il personale statutario dell'Agenzia impiegato nelle squadre del corpo permanente della Guardia di frontiera e costiera europea può adottare un provvedimento motivato di respingimento (art. 14, Codice frontiere Schengen), oltre a verificare l'identità e la cittadinanza delle persone, compresa la consultazione delle pertinenti banche dati nazionali e dell'UE, l'autorizzazione dell'ingresso in esito alla verifica effettuata ai valichi di frontiera (qualora siano soddisfatte le condizioni stabilite all'art. 6 del Codice frontiere Schengen), la sorveglianza di frontiera e il pattugliamento tra valichi di frontiera. In particolare, ai sensi dell'art. 82, par. 1, reg. 1896/2019/UE, le squadre del corpo permanente della Guardia di frontiera e costiera europea posseggono le capacità per svolgere tutti i compiti ed esercitare tutte le competenze relativi ai controlli di frontiera e ai rimpatri, nonché quelle necessarie per conseguire gli obiettivi del Codice frontiere Schengen e della direttiva 2008/115/CE⁶³.

Dal punto di vista dell'interoperabilità dei sistemi informatici atti a regolare l'ingresso dei cittadini stranieri nell'Area Schengen, oltre alla piena operatività del sistema di

62. «Frontiere esterne forti richiedono anche sistemi informatici aggiornati e interoperabili per registrare gli arrivi e i richiedenti asilo. Una volta operativi, i diversi sistemi costituiranno una piattaforma informatica integrata per la gestione delle frontiere che controllerà e terrà traccia del diritto di soggiorno di tutti i cittadini di Paesi terzi che arrivano legalmente nel territorio dell'UE, siano essi esenti dal visto o titolari di visto, contribuendo così a individuare i casi di soggiorno fuori termine» (par. 4.2. della Comunicazione CE 2020).

63. Sul punto, A. Di Pascale, *op. cit.*, p. 31, nel quale si rinvia, in merito alle perplessità che hanno suscitato tali previsioni, che richiederebbero una modifica del Codice frontiere Schengen, a: *ECRE comments on the Commission proposal for a regulation on the European border and coast guard* (COM(2018) 631 final), novembre 2018, in <https://www.ecre.org>.

ingressi/uscite⁶⁴, è previsto il rafforzamento del mandato dell’Agenzia dell’Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (EU-LISA), che è responsabile per la gestione operativa dei tre sistemi d’informazione centralizzati dell’UE: SIS, VIS ed EURODAC, e il cui ruolo è quello di implementare la nuova architettura informatica⁶⁵. L’implementazione e l’interoperabilità sono funzionali anche a perfezionare sistemi di esternalizzazione del controllo che, con un ruolo attivo di Frontex, impediscano la partenza e quindi anticipino quelle verifiche che attualmente si svolgono nelle zone di frontiera all’arrivo sul territorio Schengen. Tale sistema è già stato sperimentato in altri Paesi (ad esempio, l’Australia e gli Stati Uniti) e consente di impedire il viaggio, andando, di conseguenza, ad incidere sulla possibilità di esercizio di diritti fondamentali.

Dal punto di vista giurisprudenziale, nell’ambito della così rilevante distinzione tra la tassatività dei motivi ostativi all’ingresso e la non esaustività dei documenti giustificativi da presentare in frontiera, si possono rinvenire pronunce della Corte di giustizia⁶⁶ in materia di diniego dei visti di ingresso (principi, tuttavia, mutuabili anche in caso di esenzione). Allo stato delle ricerche, poco sviluppato, se non inesistente, risulta invece l’orientamento giurisprudenziale sulla legittimità o meno dei respingimenti in frontiera dei cittadini esenti visto basati sulla valutazione discrezionale delle autorità di frontiera di fatti pertinenti e documenti giustificativi. Tale circostanza è dovuta a più ordini di ragioni. In primo luogo, come fin qui precisato, la condizione di isolamento dei cittadini stranieri, durante e successivamente al controllo di seconda linea, rende, di fatto, molto difficile se non inaccessibile il confronto con un legale esterno che possa, tempestivamente, contestare i motivi del respingimento. Inoltre, sul mancato ricorso alla difesa giudiziale incide la

64. Reg. 2017/2226/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2017 che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen e i Regolamenti 767/2008/CE e 1077/2011/UE, in GUUE L 327 del 9.12.2017, p. 20. In merito alle problematiche afferenti alla tutela dei diritti fondamentali, incluso il diritto alla riservatezza e il divieto di discriminazioni, associati al proliferare dei sistemi di informazione finalizzati al contrasto dell’immigrazione irregolare si vedano G. Caggiano, *L’interoperabilità fra le banche dati dell’Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in questa *Rivista*, n. 1.2020 e E. Brouwer, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, 2020, p. 71 ss.

65. Reg. (UE) 2018/1726/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo all’Agenzia dell’Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), che modifica il reg. 1987/2006/CE e la Decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il reg. 1077/2011/UE, attuale versione consolidata: 11.6.2019. Inoltre, si veda EU-LISA, Documento di programmazione 2018-2020, in <https://www.eulisa.europa.eu>.

66. In tal senso, si veda Corte giust., Grande Sezione, sentenza del 19 dicembre 2013, *Rahmanian Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, causa C-84/12, ECLI:EU:C:2013:862. Corte giust., sentenza del 4 settembre 2014, *Air Baltic Corporation AS c. Valsts robežsardze*, causa C-575/12, ECLI:EU:C:2014:2155.

possibilità per il cittadino respinto di tentare nuovamente l'ingresso, considerato che il respingimento immediato non è accompagnato da un divieto di reingresso come invece previsto per altri provvedimenti ablativi (ad es. decreto di espulsione). Non da ultimo, è molto difficile risalire (e dimostrare) a cosa precisamente sia accaduto in sede di verifica approfondita.

Uno dei pochi precedenti in materia di discrezionalità delle autorità di frontiera nel respingimento di un cittadino esente visto, giustificato dalla c.d. minaccia all'ordine pubblico, è rappresentato dalla sentenza della Grande Sezione del 12 dicembre 2019, causa C-380/18⁶⁷, nella quale si afferma che: «L'articolo 6, paragrafo 1, lettera e), del reg. (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice frontiere Schengen), deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una prassi nazionale in forza della quale le autorità competenti possono adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un Paese terzo non soggetto all'obbligo di visto, presente nel territorio degli Stati membri per un soggiorno di breve durata, per il fatto che è considerato una minaccia per l'ordine pubblico, in quanto è sospettato di aver commesso un reato, purché tale prassi venga applicata soltanto se, da un lato, il reato in questione presenti una gravità sufficiente, alla luce della sua natura e della pena prevista, da giustificare la cessazione immediata del soggiorno del medesimo cittadino nel territorio degli Stati membri e, dall'altro, le suddette autorità dispongano di elementi concordanti, obiettivi e precisi per corroborare i loro sospetti, circostanza che è compito del giudice del rinvio verificare». Questo significa che, alla base della presunta circostanza che il cittadino costituisca una minaccia all'ordine pubblico, devono concorrere determinati elementi, non potendosi tradurre una mera supposizione, non circostanziata, di minaccia in un divieto d'ingresso. In ogni caso, il confine tra discrezionalità e arbitrarietà è molto labile in queste dinamiche, soprattutto, come anzidetto, in virtù della poca trasparenza che caratterizza le operazioni di verifica e dell'inaccessibilità dall'esterno alle zone di frontiera che si traduce in una condizione di isolamento del cittadino straniero.

Tornando alla tassatività dei motivi ostativi all'ingresso nell'Area Schengen, la Corte di giustizia ha chiarito che il sistema posto alla base dell'adozione del codice unionale ipotizza un'armonizzazione delle condizioni di rilascio dei visti uniformi ovvero dei requisiti di ingresso, che esclude l'esistenza di divergenze tra gli Stati membri per quanto riguarda la determinazione dei motivi di rifiuto. Questo significa che le autorità di frontiera degli Stati membri non possono negare l'ingresso per un motivo diverso e ulteriore rispetto a quelli previsti all'art. 6 Codice frontiere Schengen. Ed è, dunque, sui documenti e sui fatti

67. Reperibile in <https://www.asgi.it/banca-dati/corte-di-giustizia-dellunione-europea-sentenza-del-12-dicembre-2019-nella-causa-c-380-18/>.

pertinenti che si basa la dinamica dei respingimenti dei cittadini esenti visto, frutto di valutazioni complesse caratterizzate da ampio margine di discrezionalità e, di conseguenza, maggiormente soggette a pratiche arbitrarie.

In conclusione, in materia di requisiti di accesso, appare importante sottolineare come le restrizioni poste in essere attraverso i richiamati meccanismi (di difficile monitoraggio) incidono sulla libertà di circolazione dei cittadini di Paesi terzi creando un impedimento ampiamente discrezionale del diritto di movimento che è prodromico all'esercizio di diritti fondamentali, quali *in primis* il diritto di asilo o il diritto al ricongiungimento familiare; ma anche di interessi legittimi legati in particolare allo *status* di esente visto. Peraltro, come già anticipato, difficilmente le eventuali illegittimità perpetrate in frontiera, in particolare nei confronti dei cittadini c.d. esenti visto, sono oggetto di vaglio giurisdizionale, comprese le prassi sulle modalità degli interrogatori che, secondo il Manuale pratico per le guardie di frontiera, dovrebbero essere condotti senza trattare «il viaggiatore come se fosse un potenziale criminale o un migrante irregolare e a porre ogni domanda con equilibrio e cortesia, non considerando le domande del viaggiatore importune e rispondendo in maniera precisa e gentile»⁶⁸.

Tale controllo, in quanto caratterizzato da una così scarsa trasparenza e da una così ampia discrezionalità in capo alle Guardie di frontiera, rischia sempre più di diventare uno strumento di compressione e svuotamento di diritti fondamentali e libertà universalmente riconosciute, anche attraverso il ricorso all'esternalizzazione dell'esercizio dei poteri funzionali al controllo stesso.

2.4. *Il respingimento del richiedente asilo: accesso alla richiesta di asilo in zona di transito e il divieto di respingimento*

Il tema dell'accesso alla richiesta di asilo è strettamente collegato alla condizione del cittadino straniero che si trova nella zona di transito. L'esperienza pratica e i dati raccolti⁶⁹ ci permettono di affermare che in molti casi non viene garantito il diritto di manifestare la volontà di richiedere la protezione internazionale.

Al fine di verificare l'applicabilità del diritto all'asilo e del divieto di respingimento, si procederà nel presente paragrafo ad una, seppur breve, lettura delle disposizioni

68. Raccomandazione della Commissione del 8.10.2019 che istituisce un «Manuale pratico per le guardie di frontiera» comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone, e che sostituisce la Raccomandazione C(2006) 5186 della Commissione del 6 novembre 2006, cit., p. 18. Si precisa che nel Codice frontiere Schengen non si rinviene una previsione in tal senso, tuttavia, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla violazione del diritto al rispetto della dignità umana durante i controlli di seconda linea in frontiera: Corte giust., sentenza del 17 gennaio 2013, *Zakaria*, causa C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24.

69. Dati sulle richieste di protezione nelle zone di transito sono disponibili in ASGI-Progetto *In Limine* (a cura di), *Zone di transito: dati su respingimenti, riammissioni, richieste di asilo*, <https://inlimine.asgi.it/zone-di-transito-dati-su-respingimenti-riammissioni-richieste-di-asilo/>.

costituzionali, della normativa interna, europea ed internazionale da cui discende affermato il pieno riconoscimento del diritto di asilo in favore di coloro che si trovano ai valichi di frontiera. In seguito, si andrà a descrivere la prassi illegittima osservata ed in particolare gli ostacoli di fatto che impediscono un pieno accesso alla richiesta di asilo e quindi si vedranno le più importanti decisioni in tema di reingresso sul territorio a seguito di un respingimento illegittimo.

Partendo dalle previsioni costituzionali, l'art. 10 Cost. presuppone, per il suo effettivo esercizio, che il cittadino straniero richiedente asilo faccia ingresso sul territorio dello Stato, quale condizione necessaria per la presentazione della richiesta di protezione e l'analisi della sua situazione personale a fondamento della richiesta di asilo⁷⁰. L'obbligo e la responsabilità dell'Italia rispetto a un pieno riconoscimento del diritto di asilo trovano fondamento, ancor più precisamente, nel comma 3 dell'art. 10, che riconosce al cittadino straniero il diritto all'asilo ogniqualvolta allo stesso «sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana». Norma costituzionale che, è noto, attribuisce in capo all'individuo un diritto soggettivo perfetto con carattere precettivo in quanto, «seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, esso delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata»⁷¹. Il diritto d'asilo costituzionale infatti «deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto, piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato politico»⁷².

Tale diritto non può che estendersi a coloro che si trovano presso i valichi di frontiera, come affermato dal Tribunale civile di Roma, che, con la sentenza 22917/2019⁷³ (nel noto caso del respingimento in alto mare di decine di rifugiati eritrei da parte della Marina militare italiana⁷⁴), ha riaffermato la portata del divieto di respingimento non solo quale obbligo negativo, bensì quale dovere positivo di assicurare alla persona l'accesso al territorio affinché possa presentare domanda di asilo. La decisione appare particolarmente calzante laddove rende evidente che il diritto di asilo non può essere scisso dal diritto all'ingresso, da riconoscersi sia a coloro che si trovano alla frontiera italiana, sia a tutti coloro che,

70. F. Scuto, *op. cit.*, p. 47 ss.

71. Cass., SU, sent. n. 19393/2009.

72. Cass., sent. n. 25028/2005.

73. La decisione è stata confermata dalla sentenza della Corte di appello di Roma n. 184/2021.

74. M. Giuffrè, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, n. 1.2020 p. 192 ss.

intercettati in alto mare, rischiano di essere illegittimamente respinti verso un Paese non sicuro. Del resto, come evidenziato dal Tribunale di Milano in una ordinanza in materia di protezione umanitaria, «il riconoscimento di un diritto fondamentale non può dipendere dal numero di soggetti cui quel diritto viene riconosciuto. Per sua natura, un diritto universale non è a numero chiuso»⁷⁵ e il controllo delle frontiere non può essere eseguito ad ogni costo, non potendosi prescindere dal rispetto dei diritti assoluti della persona umana.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 19 e l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali definiscono, come visto sopra, i limiti all'allontanamento dello straniero e riconoscono il pieno diritto all'accesso all'asilo. Inoltre, l'art. 3 del reg. 604/2013/UE richiama specificamente il diritto di chiedere protezione internazionale in frontiera o in una zona di transito⁷⁶. Il rispetto di tali disposizioni trova uno specifico fondamento costituzionale negli artt. 11 e 117 primo comma Cost.

Per quanto riguarda la normativa interna, in applicazione dei principi sopra visti, l'art. 26 del d.lgs. n. 25/2008 prevede che la domanda di asilo possa essere presentata alla «polizia di frontiera ovvero alla questura competente per il luogo di dimora». Appare utile sottolineare che la normativa primaria europea e nazionale indica esplicitamente i luoghi dove il diritto di asilo è esercitabile e le autorità a cui gli obblighi di ricezione e registrazione sono rivolti, le quali devono limitarsi a ricevere l'istanza e a trasmetterla all'autorità accertante, non avendo alcun potere discrezionale in merito all'accettazione della domanda⁷⁷.

Peraltro, il paragrafo 10 del Manuale pratico per le Guardie di frontiera richiama un obbligo particolarmente ampio di interpretazione della volontà del cittadino straniero di presentare richiesta di asilo. In particolare, va registrata la domanda di protezione se il cittadino straniero esprime «in un qualsiasi modo il timore di subire un grave danno facendo ritorno al proprio Paese di origine o nel Paese in cui aveva precedentemente la dimora abituale». Nessuna formalità è richiesta al fine di riconoscere l'istanza di protezione:

75. Decisione del Tribunale civile di Milano resa nell'ambito del procedimento 64207/2015 del 31.03.2016.

76. A tal proposito rileva anche l'art. 6, par. 1, della direttiva 2013/32/UE che chiarisce come: «Gli Stati membri garantiscono che tali altre autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale quali la polizia, le guardie di frontiera, le autorità competenti per l'immigrazione e il personale dei Centri di trattenimento abbiano le pertinenti informazioni e che il loro personale riceva il livello necessario di formazione adeguato ai loro compiti e alle loro responsabilità e le istruzioni per informare i richiedenti dove e in che modo possono essere inoltrate le domande di protezione internazionale».

77. Si richiama sul punto quanto affermato dalla Suprema Corte di cassazione, sez. I civ., nella sentenza n. 26253 del 15.12.2009 che precisa come «dal predetto quadro normativo emerge incontestabilmente che il cittadino extracomunitario giunto in condizioni di clandestinità sul territorio nazionale e come tale suscettibile di espulsione ex art. 13 co. 2 lett. a) del d.lgs. 286/98 abbia il diritto di presentare istanza di protezione internazionale e che l'Amministrazione abbia il dovere di riceverla (inoltrandola al questore per le determinazioni di sua competenza) astenendosi da alcuna forma di respingimento e da alcuna misura di espulsione che impedisca il corso e la definizione della richiesta dell'interessato innanzi alle Commissioni designate in ossequio al dettato di legge».

«L'intenzione di chiedere protezione non deve essere manifestata in una forma particolare. Non occorre che la parola "asilo" sia pronunciata espressamente».

Infine, sul piano del diritto europeo, si è già detto che l'art. 3 della CEDU sul divieto di trattamenti disumani e degradanti e l'art. 4 del Protocollo 4 sul divieto di espulsioni collettive, hanno una rilevanza e applicazione diretta nei casi di richiesta di accesso al diritto di asilo presentata in frontiera, laddove un respingimento esponga il cittadino straniero a pericolo e ciò avvenga senza che la sua richiesta di protezione sia sottoposta ad una valutazione individuale.

Venendo alla giurisprudenza, nella causa *Ilias e Ahmed c. Ungheria*⁷⁸, la Corte EDU ha affrontato il caso del divieto di respingimento in un Paese terzo attraverso il quale i ricorrenti erano transitati (la Serbia) tramite l'accesso ad una procedura di asilo effettiva. La Corte ha sostenuto che l'Ungheria non avesse rispettato l'obbligo procedurale di cui all'articolo 3 della Convenzione di valutare i rischi di un trattamento contrario a tale disposizione prima di allontanare i ricorrenti verso la Serbia. Anche se con poca chiarezza⁷⁹ (sul punto si tornerà in merito alla natura della privazione della libertà), la Corte richiama gli obblighi dello Stato che riceve la domanda di asilo di indagare le condizioni di sicurezza del Paese terzo in cui si vogliono rinviare i richiedenti asilo chiarendo che tale valutazione deve essere concreta e riguardare l'effettiva accessibilità e affidabilità delle procedure d'asilo in quel Paese⁸⁰. Il principio di non respingimento garantito dall'accesso alla richiesta di asilo va reso effettivo, quindi, tramite valutazioni concrete e circostanziate per evitare che diventi un mero adempimento procedurale.

Un'altra importante decisione è senz'altro quella resa nella causa *M.K. e altri c. la Polonia*⁸¹, in cui il mancato accesso alla richiesta di asilo è direttamente collegato alla violazione dell'articolo 3 a causa dell'esposizione a un grave rischio di respingimento a catena e di trattamenti contrari alla Convenzione nel Paese di transito. Inoltre, la Corte EDU proprio sull'accesso alla procedura di asilo in frontiera ha richiamato l'applicazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 sul divieto di espulsione collettiva in favore di coloro che «risiedevano nel territorio di uno Stato ma anche alle persone che sono arrivate nel territorio dello Stato convenuto e sono state fermate e rinviate allo Stato di origine, indipendentemente dal fatto che siano arrivate o meno nello Stato convenuto legalmente [...] nonché alle persone che sono state fermate nel tentativo di attraversare una frontiera

78. Corte EDU (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15.

79. Si veda anche M. Boero, P. Dunn, V. Fattori, M. Pittari, N. Salça, M. Schiaparelli, *op. cit.*

80. C. Pitea, *La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in questa *Rivista*, n. 3.2020, pp. 192-211.

81. Corte EDU, sentenza del 23 luglio 2020, *K. e altri c. Polonia*, ric. n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17.

nazionale via terra e sono state immediatamente allontanate dal territorio di uno Stato dalle guardie di frontiera»⁸².

Ciò posto, è necessario verificare quali strumenti la normativa interna ed europea preveda e applichi nei confronti delle autorità di frontiera affinché tale diritto sia garantito, tanto da un punto di vista teorico, quanto da un punto di vista pratico.

Come già rilevato⁸³, il Codice frontiere Schengen contiene vari e importanti richiami agli obblighi in materia di diritto di asilo e di protezione internazionale, senza tuttavia prevedere disposizioni precise e vincolanti su come tali doveri debbano essere concretamente rispettati ed eventualmente sanzionato il mancato adeguamento.

A fronte degli artt. 3 e 4 che vincolano l'agire delle autorità di frontiera al rispetto dei divieti di respingimento, del diritto di asilo e delle procedure di valutazione della protezione internazionale, manca una disciplina specifica volta a definire gli obblighi sostanziali e procedurali delle autorità di frontiera. Si guardi l'art. 14, par. 1 il quale prevede che il respingimento, ove non sussistano le condizioni per l'ingresso, debba essere attuato nel rispetto «delle disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale», senza però specificare a quali disposizioni particolari occorra riferirsi⁸⁴.

Le uniche disposizioni che dovrebbero mirare ad assicurare il godimento del diritto di asilo garantendone l'accesso effettivo e incondizionato riguardano gli obblighi di informazione, i quali sono previsti dall'art. 8 della direttiva 2013/32/UE: «qualora vi siano indicazioni che cittadini di Paesi terzi o apolidi tenuti in Centri di trattenimento o presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito alle frontiere esterne, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, gli Stati membri forniscono loro informazioni sulla possibilità di farlo». In applicazione di questa disposizione, nei Centri di trattenimento e ai valichi di frontiera, gli Stati membri devono garantire servizi di interpretariato nella misura necessaria ad agevolare l'accesso alla procedura di asilo e devono garantire che le organizzazioni e le persone che prestano consulenza e assistenza

82. Per approfondimenti si vedano: ASGI, *La prassi dei respingimenti diretti*, cit.; *Zone di transito: dati sui respingimenti*, cit.

83. A. Di Pascale, *op. cit.*

84. Come riportato da Di Pascale, *op. cit.*, p. 36 «Pur volte ad assicurare il rispetto degli obblighi di protezione, le numerose previsioni disseminate in varie parti del CFS suscitano cionondimeno perplessità per l'indeterminatezza della loro formulazione. Anzitutto, non si rinvencono nelle definizioni del CFS (art. 2), riferimenti ai rifugiati, né a coloro che richiedono protezione, o ai motivi umanitari o agli obblighi internazionali che giustificano una deroga alle condizioni di ingresso stabilite all'art. 6, par. 1. A differenza di quanto avviene per i beneficiari del diritto alla libera circolazione, ai cui diritti parimenti non deve arrecarsi pregiudizio, che sono invece definiti all'art. 2 e per i quali sono espressamente richiamate le disposizioni contenute nella direttiva 2004/38/CE, quale limite per lo svolgimento dei controlli di frontiera (art. 8 CFS). Nessuna specificazione è introdotta, invece, in merito alle "disposizioni particolari" applicabili in materia di asilo. In proposito si rileva che nelle premesse della CAS erano contenute le definizioni di "domanda di asilo", "richiedente asilo" e "esame di una domanda di asilo", che non sono state riprese dalla Commissione nella proposta istitutiva del Reg. (CE) n. 562/2006».

abbiano effettivo accesso ai richiedenti presenti. D'altronde, la possibilità di richiedere protezione dipende, in prima battuta, dal fatto di ricevere una informazione piena e corretta⁸⁵, nonché dalla concreta possibilità di esprimere la propria volontà senza che questa venga manipolata o non correttamente registrata⁸⁶.

A sancire l'importanza di questi obblighi quali funzionali alla tutela effettiva del diritto di asilo, vi è la giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale, con ordinanza 5926/2015, dichiara l'illegittimità del provvedimento di respingimento emesso senza che sia stato preventivamente adempiuto il dovere di informativa, sia relativamente all'esistenza del diritto di chiedere la protezione internazionale sia in relazione alle procedure a tale scopo vigenti, ostacolando di fatto il tempestivo esercizio del diritto di asilo.

Alla luce di tale contesto, va letto il già citato art. 10-*bis* del d.lgs. n. 25/2008 in base al quale gli obblighi di informazione sono assicurati dai servizi di accoglienza che si trovano ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito, individuati ai sensi dell'art. 24 del d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, che, tuttavia, come evidenziato in precedenza, non sono, nei fatti, funzionali allo scopo cui sono preposti. Ciò nonostante, la loro presenza viene utilizzata in maniera strumentale dal Governo per dimostrare l'esistenza di strumenti di monitoraggio e di controllo delle prassi della pubblica amministrazione, funzionale a conferire una parvenza di rispetto dei diritti fondamentali. Questa affermazione può essere meglio contestualizzata se si guarda alla decisione della Corte EDU nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, in riferimento alla prassi dei "respingimenti a caldo" operati alla frontiera tra Spagna e Marocco, a Ceuta e Melilla. In questo caso, la Corte ha ritenuto adempiuti dalla Spagna gli obblighi nascenti dal diritto di asilo tramite la formale possibilità di presentare richiesta di protezione presso gli uffici ubicati in corrispondenza dei passaggi transfrontalieri tra Spagna e Marocco, sebbene sia stato documentato anche dalle terze parti intervenute nel giudizio come questi siano nei fatti inaccessibili per le persone originarie dell'Africa subsahariana. Precisamente, la Corte di Strasburgo ha infatti specificato che «that it was in fact the applicants who placed themselves in jeopardy by participating in the storming of the Melilla border fences on 13 August 2014, taking advantage of the group's large numbers and using force. They did not make use of the existing legal procedures for gaining lawful entry to Spanish territory in accordance with the provisions of the Schengen Borders Code (...)».

85. Il dovere di informazione è previsto nell'ordinamento italiano dagli artt. 10-*ter* e 11 del d.lgs. n. 286/1998, e dall'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 25/2008.

86. Si veda anche la sentenza della Corte EDU (Grande Camera) del 21 novembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, cit., con riferimento al trattenimento di 4 cittadini stranieri in pendenza dell'esame delle richieste di protezione presso l'aeroporto internazionale di Mosca, la Corte precisa come il trattenimento attuato nella zona di transito abbia finito per ostacolare l'accesso alla procedura di asilo, non essendo disponibili informazioni in merito alla procedura e non essendo garantito l'accesso all'assistenza legale (par. 165).

Tra le pieghe di una normativa vaga, di obblighi procedurali inesistenti e di presidi di tutela poco efficaci, dunque, si annidano prassi illegittime particolarmente pericolose che espongono i cittadini stranieri che si presentano in frontiera al rischio di respingimenti in Paesi di transito o in Paesi di origine non sicuri.

La prassi ricorrente, come registrata da vari operatori e riportata nel report dell'ASGI⁸⁷, è la mancata registrazione della domanda di asilo ai valichi di frontiera. A tale riguardo, sono state raccolte diverse testimonianze di cittadini stranieri che affermano che le autorità di frontiera nelle aree di sicurezza non si avvalgono di mediatori linguistici o interpreti per facilitare la comunicazione, ostacolando di fatto la possibilità di rappresentare efficacemente alle autorità la propria volontà di chiedere protezione. In tali aree, secondo quanto riportato dal Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, non è presente materiale informativo multilingua sui diritti degli stranieri e sul diritto di asilo⁸⁸.

A tal fine si ritiene utile evidenziare come il numero complessivo delle domande di asilo presentate ai valichi di frontiera aeroportuali di Milano e di Roma dal primo gennaio 2019 al 21 gennaio 2020 risulti alquanto contenuto: solo 135 presso il valico di Roma Fiumicino e 251 presso la zona di transito aeroportuale di Milano Malpensa.⁸⁹ Con riferimento al periodo dal primo giugno 2019 e fino al 21 gennaio 2020, di grande rilevanza risulta in un'ottica comparativa considerare le nazionalità degli stranieri respinti ai valichi di frontiera giacché alcuni di loro provengono da Afghanistan, Libia, Eritrea, Egitto, Iran, Iraq, Nigeria, Palestina, Siria, Sudan, Turchia. I dati non possono che destare viva preoccupazione qualora si consideri che si tratta di aree di conflitto o comunque soggette a grande instabilità politica e caratterizzate da diffuse violazioni dei diritti umani.

A tal proposito, è particolarmente utile richiamare la sentenza del Tribunale civile di Roma n. 22917/2019 con la quale è stato accertato, per la prima volta, il diritto a fare ingresso in Italia per formalizzare la domanda di protezione quale conseguenza inevitabile e corollario fondamentale del diritto di asilo leso nell'ambito di un respingimento illegittimo. Il giudice, dopo aver ricordato come il principio di *non refoulement* venga in rilievo ogniqualvolta uno Stato adotti una misura che possa sortire l'effetto di rinviare un richiedente asilo o un rifugiato in un Paese terzo in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate, precisa come tale principio risulti applicabile indipendentemente dal riconoscimento ufficiale dello *status* di rifugiato e, quindi, anche a coloro il cui *status* non

87. Per una disamina più completa confronta report ASGI da cui è tratto il presente articolo e di cui alla nota iniziale.

88. Si veda Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio - febbraio 2019)*, cit.

89. Dati forniti dal Ministero dell'interno, Dipartimento della pubblica sicurezza in data 11 luglio 2019 per quanto concerne Roma Fiumicino e in data 9 agosto 2019 con riferimento a Milano Malpensa, a seguito di istanza di accesso civico generalizzato e dalla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, in data 1 febbraio 2010 per quanto riguarda Roma Fiumicino e il 14 febbraio 2020 in relazione a Milano Malpensa, tramite differenti richieste di accesso civico generalizzato. Si veda ASGI, *La prassi dei respingimenti diretti*, cit.

sia stato ancora determinato. Il giudice ha, inoltre, affermato che, qualora il richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda in quanto non presente sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili ed anzi riconducibili ad un fatto illecito commesso dalle autorità italiane, sussiste il diritto all'ingresso in Italia finalizzato alla formalizzazione della domanda d'asilo.

I doveri di protezione assumono così una portata funzionale all'effettiva realizzazione del diritto di asilo quale diritto soggettivo perfetto, rientrando nel catalogo dei diritti umani e di derivazione non solo costituzionale ma anche internazionale e vengono declinati nei termini di diritto di accedere nel territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Solo a seguito dell'ingresso potrà infatti essere poi accertata la titolarità della situazione giuridica soggettiva in capo al cittadino straniero.

Tali principi hanno, evidentemente, applicazione diretta anche nei casi dei respingimenti immediati dalle zone di transito, laddove la difficoltà nell'accesso ad una informazione adeguata sulla possibilità di manifestare la volontà di richiedere asilo, la mancanza di un servizio di mediazione continuo e facilmente accessibile, impediscono di fatto a rifugiati e richiedenti asilo di vedere registrata la propria volontà di richiedere protezione e li espongono quindi alla possibilità di subire una riammissione nel proprio Paese di origine o di transito col rischio di subire trattamenti disumani e degradanti e persecuzioni di vario genere.

3. I confini giuridici della privazione della libertà personale nelle zone di transito aeroportuali come modalità di esecuzione dei respingimenti diretti

La questione del trattenimento dei cittadini stranieri presso le zone di transito è rimasta a lungo ai margini del dibattito pubblico, nonostante la detenzione *de facto* rappresenti un mezzo utilizzato in maniera intensiva dalle autorità nella gestione dei flussi migratori. Nei successivi due paragrafi, si esamineranno la natura privativa della libertà personale della permanenza presso le zone di transito e l'illegittimità del trattenimento di coloro che attendono il rimpatrio alla luce della normativa e della giurisprudenza anche internazionale.

Per quanto concerne la disciplina di riferimento, si è già detto che il provvedimento di respingimento alla frontiera *ex art. 10, co. 1 del TU immigrazione* è di applicazione immediata: il vettore, secondo quanto previsto dall'*art. 10, co. 3, del TU* e dal Codice frontiere Schengen⁹⁰, è tenuto a prendere immediatamente in carico a sue spese la persona

90. L'art. 14, par. 2, del Codice dispone che «il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è d'applicazione immediata». L'Allegato V, Parte A, par. 2, lett. a), del Codice frontiere Schengen, «Modalità per il respingimento alla frontiera» precisa che l'autorità localmente responsabile ordina al vettore di

che deve essere respinta e a riportarla nel Paese di provenienza o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in suo possesso. L'esecuzione del respingimento immediato non dovrebbe quindi dare luogo ad una privazione della libertà della persona interessata, ma limitarsi a non consentire l'ingresso alla persona interessata, motivo per il quale non sono previste procedure di convalida⁹¹.

Tuttavia, come visto in precedenza, dal momento dell'adozione del decreto alla sua esecuzione spesso trascorrono molte ore, o anche alcuni giorni⁹², in attesa della disponibilità del vettore, dando luogo ad una temporanea privazione della libertà personale. Dal punto di vista della prassi attuata, dopo aver ricevuto la notifica del provvedimento di respingimento immediato, i cittadini stranieri sono ristretti in appositi locali⁹³, dai quali è interdetta l'uscita fino al volo di rimpatrio, strutturalmente inadeguati al trattenimento, isolati dal mondo esterno⁹⁴, soggetti ad una costante sorveglianza ed in assenza delle garanzie di tutela ed assistenza previste dal nostro ordinamento e dal diritto internazionale nelle ipotesi di privazione della libertà personale⁹⁵. Inoltre, versano in una condizione che può definirsi quantomeno precaria e può arrivare a concretizzare una violazione della dignità umana delle persone trattenute e dell'art. 3 della CEDU⁹⁶.

riprendere a proprio carico il cittadino del Paese terzo in questione al fine di trasferirlo immediatamente nel Paese terzo dal quale è stato trasportato o nel Paese terzo che ha rilasciato il documento che gli ha consentito di attraversare la frontiera o in qualsiasi altro Paese terzo in cui sia garantita la sua ammissione.

91. Cfr. art. 10, co. 2-*bis*, d.lgs. 286/98.

92. Si veda, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio - febbraio 2019)*, cit.

93. ASGI-Progetto In Limine (a cura di), *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., pp. 47-48: «Secondo le testimonianze raccolte sulla zona di transito di Milano Malpensa, i cittadini stranieri destinatari di provvedimenti di respingimento vengono condotti presso una sala all'interno dell'aeroporto denominata "Imola 21" dalla quale è interdetta l'uscita fino all'imbarco sul volo di rimpatrio. Secondo quanto riferito, accade che le persone trattenute nel locale siano più di quante lo spazio potrebbe accogliere in maniera adeguata. Il Garante riporta che le sale di sicurezza delle zone di transito degli aeroporti di Malpensa e di Fiumicino non sono dotate di finestre: non vi entra quindi luce naturale ed è impossibile una opportuna ventilazione. Le persone trattenute non hanno la possibilità di uscire in alcun momento, anche a fronte di periodi di detenzione di diversi giorni. Per quanto concerne le attrezzature per dormire, vengono fornite brandine da campo in ferro, senza materasso, posizionate una accanto all'altra e munite solo di una sottile coperta e di un cuscino del tipo di quelli forniti sugli aerei».

94. Si consideri che la comunicazione con l'esterno appare essere ostacolata dal sequestro in maniera discrezionale dei telefoni cellulari all'ingresso dei locali adibiti al trattenimento. *Ivi*, pp. 50-52.

95. Relativamente all'attuazione di tale prassi si veda quanto riportato dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (gennaio - febbraio 2019)*, 8 agosto 2019, reperibile in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/acd25386033036d9bc9c7f2231772399.pdf>; *Respingimenti effettuati dalla polizia di frontiera e prassi di trattenimento*, reperibile in https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/it/dettaglio_contenuto.page?contentId=CNG9397&modelId=10021; *Relazione al Parlamento 2021. Mappe e dati*, reperibile in <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/resources/cms/documents/ed5a1c8e1e34e7a92c1c22ed4d9c4f23.pdf>.

96. *Ivi*, pp. 46-49. Si veda, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia*, cit., pp. 8-9. Si veda anche M. Boero, P. Dunn, V. Fattori, M. Pittari, N. Salça,

3.1. *La natura privativa della libertà personale della permanenza nelle zone di transito nella giurisprudenza europea e costituzionale*

Delineando un quadro della normativa prevista, si ribadisce come l'art. 10, co. 1 del TU si limiti a prevedere il potere delle autorità di frontiera di respingere i cittadini stranieri «che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente Testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato», mentre il Codice frontiere Schengen prevede una funzione di vigilanza della polizia di frontiera finalizzata a evitare che un cittadino di un Paese terzo destinatario di un provvedimento di respingimento faccia ingresso nel territorio dello Stato membro interessato⁹⁷, precisando come le misure necessarie predisposte a tal fine siano adottate nel rispetto del diritto nazionale e tenendo conto delle circostanze locali⁹⁸. Secondo l'interpretazione delle autorità di frontiera⁹⁹, alla luce di tale quadro giuridico, la permanenza dei cittadini stranieri nelle zone di transito non ha le caratteristiche di una forma di trattenimento, ma consiste in un semplice divieto di ingresso attuato in ottemperanza a quanto previsto dal Codice frontiere Schengen che non stabilisce un termine per l'esecuzione del provvedimento. Più precisamente, secondo quanto riferito dalla Direzione centrale dell'immigrazione e della polizia delle frontiere, la normativa europea comprenderebbe l'ipotesi in cui il respingimento non possa essere eseguito immediatamente dopo l'adozione, ma richieda un lasso di tempo per l'effettiva riconduzione da parte del vettore disponibile¹⁰⁰.

L'erroneità o meglio l'illegittimità di tale interpretazione è stata affermata dalla giurisprudenza, in particolare dalla Corte EDU, che ha da tempo chiarito che trattenere uno straniero presso la zona di transito dell'aeroporto non vale ad escludere la qualificazione della detenzione come rientrante nella tutela dell'art. 5 della CEDU¹⁰¹. Già a partire dagli

M. Schiaparelli, *Transit Zones*, cit., pp. 17-22. Appare utile sottolineare che il Tribunale di Brescia (ordinanza del 03.03.2020, R.G. n. 2370/2019), ha rilevato come le condizioni in cui è stato operato il trattenimento della ricorrente presso la zona di transito dell'aeroporto di Malpensa, durato cinque giorni in condizioni simili a quelle precedentemente descritte, risultino contrarie al disposto dell'art. 3 della CEDU.

97. Art. 14, par. 4, del Codice frontiere Schengen.

98. Allegato V, Parte A, par. 2, lett. b) del Codice.

99. Si veda la comunicazione della Direzione centrale immigrazione e frontiere pubblicata e commentata in A. Ammirati, A. Massimi, *op. cit.* Si veda anche, ASGI (nota a cura di), *Illegittime le espulsioni notificate nelle aree di transito aeroportuali*, 11 settembre 2019, in www.inlimine.asgi.it.

100. Si veda la comunicazione della Direzione centrale immigrazione e frontiere pubblicata e commentata in A. Ammirati, A. Massimi, *op. cit.*

101. Cfr. in questo senso, *Amuur c. Francia*, cit.; *Riad e Idiab c. Belgio*, sentenza del 24 gennaio 2008, ric. nn. 29787/03 e 29810/03, relativa al trattenimento in aeroporto per periodi rispettivamente di 11 e 15 giorni; *Nolan and K. c. Russia*, sentenza del 12 febbraio 2009, ric. n. 2512/04; *Z.A. e a. c. Russia*, sentenza della Camera del 28 marzo 2017, ric. nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, ove ai par. 85-90 la Corte passa in rassegna la giurisprudenza in materia di trattenimento in aeroporto. Si veda R. Cherchi, *op. cit.*, pp. 50-53. L'autore precisa come «Il focus su durata e condizioni del trattenimento ha trovato una recente conferma nella sentenza Corte EDU del 15 dicembre 2016, *Khlaifia v. Italy*, ricorso n. 16483/12, 15.12.2016, in cui è stato affrontato il tema del confine tra libertà personale e libertà di

anni Novanta, i giudici di Strasburgo hanno avuto occasione di condannare uno Stato membro del Consiglio d'Europa per i trattenimenti in aeroporto. Per valutare se si concretizza una vera e propria privazione della libertà personale, la Corte EDU, con la citata sentenza *Amuur c. Francia* del 1996, ha stabilito un principio chiave secondo cui il trattenimento degli stranieri presso la zona internazionale di un aeroporto comporta una restrizione della libertà di movimento che, nel caso in cui si prolunghi eccessivamente o non siano soddisfatte determinate garanzie per le persone che ne sono oggetto – quali l'assistenza giuridica e sociale e l'intervento di un giudice in fase di controllo della durata della misura restrittiva – concretizza una vera e propria forma di privazione della libertà. Al fine di verificare se le misure restrittive adottate da uno Stato nelle zone di transito diano luogo a una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 della CEDU bisogna quindi guardare al caso concreto, valutando in maniera cumulativa, in particolare, il tipo e la durata della misura restrittiva, il modo in cui è implementata, l'effetto complessivo sulla vita della persona che lo subisce. In quell'occasione, la tesi sostenuta dal governo francese, secondo la quale il soggiorno dei ricorrenti nella zona di transito non era paragonabile a una detenzione¹⁰² e gli interessati avrebbero potuto scegliere di tornare nel Paese di provenienza¹⁰³, è stata respinta dalla Corte EDU che ha chiarito che la possibilità di lasciare volontariamente il territorio dello Stato non deve essere considerata in astratto¹⁰⁴. La Corte, nella fattispecie, ha constatato una privazione della libertà soprattutto poiché la possibilità per i ricorrenti di domandare asilo in Siria era subordinata al successo dei negoziati tra le autorità siriane e francesi, non essendo la Siria parte della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato. Gli interessati non sarebbero perciò potuti rientrare volontariamente nel proprio Paese di provenienza¹⁰⁵. Tra privazione e restrizione della libertà, quindi, la

circolazione in relazione al trattenimento *de facto* nei punti di crisi. In questa sentenza si è confermato che, quando si parla di libertà di cui all'art. 5 CEDU, si fa riferimento alla “libertà fisica”, e che “tra privazione della libertà e restrizioni alla libertà di circolazione che sono soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza” (par. 64 della sentenza)».

102. Sentenza *Amuur c. Francia*, cit., par. 46.

103. *Ibidem*.

104. Nella sentenza *Amuur c. Francia*, cit., al par. 48, la Corte sostiene: «the mere fact that it is possible for asylum seekers to leave voluntarily the country where they wish to seek refuge cannot exclude a restriction on liberty, the right to leave any country, including one's own, being guaranteed, moreover, by Protocol No. 4 to the Convention. Furthermore, this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in».

105. Il principio affermato è stato ribadito successivamente, nella sentenza della Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, cit., sempre in relazione al trattenimento nelle zone internazionali degli aeroporti. Anche in questo caso, secondo il governo belga, l'unica forma di restrizione applicata era consistita nel divieto di accedere al territorio dello Stato. Riprendendo quanto affermato nella sentenza *Amuur*, la Corte ha sottolineato come la mera possibilità teorica di lasciare il territorio volontariamente non escluda la sussistenza di una violazione del diritto alla libertà personale. In modo simile, nel caso *Rashed c. Repubblica Ceca*, sentenza del 27 novembre 2008, la Corte europea ha respinto in modo risoluto gli argomenti delle autorità ceche secondo cui la detenzione del ricorrente era da considerarsi volontaria, poiché lui, essendo un migrante

differenza è solo «one of degree or intensity, and not one of nature or substance»¹⁰⁶, cioè, secondo la Corte EDU, quantitativa e non qualitativa.

In ulteriori casi recentemente analizzati, la Corte EDU prende in considerazione alcuni specifici indicatori, la cui ricorrenza è sintomatica di una situazione di privazione della libertà personale riferibile alle aree di transito rilevante ai sensi dell'art. 5 della Convenzione. La Corte fa specifico riferimento alla situazione individuale dei ricorrenti e alle scelte da essi operate; al regime giuridico applicabile nello Stato interessato alla permanenza nella zona di transito e la sua finalità; alla durata del trattenimento specialmente alla luce dell'obiettivo perseguito e delle garanzie procedurali di cui hanno potuto godere i ricorrenti ed infine alla natura e al grado delle restrizioni effettivamente imposte o subite dai ricorrenti.

Nel caso *Z.A. e altri c. Russia*¹⁰⁷, del 21 novembre 2019, la Corte EDU ha deciso in ordine a un trattenimento di lunga durata (da 5 a 24 mesi) di quattro cittadini stranieri trattenuti nell'area di transito aeroportuale, in pendenza dell'esame delle loro domande di protezione internazionale. In assenza di altri fattori rilevanti, la Corte ha precisato come «the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty imputable to the State»¹⁰⁸. In questo caso, dunque, la Corte ha riconosciuto il diritto delle autorità russe di condurre le necessarie verifiche prima di decidere circa l'ammissione sul territorio. Tuttavia, ha altresì tenuto conto che i ricorrenti non avevano alcun precedente legame con lo Stato in questione o obblighi cui ottemperare essendo arrivati in Russia non a causa di un pregiudizio immediato e diretto alla loro vita e salute ma in quanto respinti e rinviati nel Paese. Alla luce di tale premessa, nel caso di specie la Corte ha inoltre considerato la mancanza di una disposizione nell'ordinamento interno che limitasse la durata massima della privazione della libertà personale in zona di transito e della circostanza per cui i ricorrenti erano stati abbandonati a sé stessi, senza alcuna possibilità di contestare la misura privativa della libertà personale e senza accesso alle informazioni in merito alla propria condizione giuridica¹⁰⁹. Sulla base di questi elementi, la Corte ha ritenuto che, date le dimensioni dell'area e la sorveglianza cui erano sottoposti, fosse stata imposta una

economico, avrebbe potuto tornare nel proprio Paese di provenienza in qualsiasi momento. La Corte ha considerato integrata, anche in questo caso, un'ipotesi di privazione della libertà personale (cfr. par. 68-77). Sent. Corte EDU del 12 febbraio 2009, *Nolan e K. c. Russia*, ric. n. 2512/04, dove è stato ritenuto violato l'art. 5 della CEDU in relazione ad un trattenimento della durata di 9 ore.

106. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, sentenza del 22 gennaio 1994, ric. n. 7367/76, par. 93; Corte EDU, *Ashingdane c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 1985, ric. n. 8225/78, par. 41; sent. *Amuur c. Francia*, cit., par. 44-45.

107. Sentenza della Corte EDU (Grande Camera), *Z.A. e altri c. Russia*, cit.

108. Si veda par. 144 della sentenza.

109. Si vedano par. 145-149 della sentenza.

significativa limitazione della libertà di circolazione e, considerato che i ricorrenti non avevano alcuna possibilità concreta di lasciare la zona di transito dell'aeroporto russo, poiché sarebbe stato necessario prendere contatto con le compagnie aeree per l'acquisto di biglietti e ottenere un visto di ingresso, ha ritenuto esistente una misura privativa della libertà personale. Rilevante è stata, inoltre, la mancata prova, da parte delle autorità convenute, che ciò sarebbe stato materialmente possibile e non avrebbe comportato la violazione del diritto alla vita e alla salute¹¹⁰.

Ancorché teoricamente in linea con la giurisprudenza precedente, il recente orientamento della Corte si attesta, invece, su una lettura più restrittiva con riferimento alla giurisprudenza relativa alle frontiere terrestri. Nella già citata decisione *Ilias e Ahmed c. Ungheria*¹¹¹, la Grande Camera giunge a conclusioni differenti, anche con riferimento alle conclusioni cui era giunta precedentemente la Camera¹¹². Il caso è relativo al trattenimento di due cittadini del Bangladesh presso la zona di transito di Röszke, istituita dall'Ungheria al confine con la Serbia, per controllare gli ingressi da Paesi terzi. La loro permanenza in pendenza dell'esame delle rispettive domande d'asilo per un periodo di 23 giorni, seguita dalla loro successiva espulsione verso la Serbia, non è stata riconosciuta integrante una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 della Convenzione. In questo caso, è stata determinante la questione relativa alla capacità di movimento dei ricorrenti, in quanto la Corte ha ritenuto che gli stessi, benché non potessero entrare in Ungheria, hanno fatto volontariamente ingresso nella zona di transito, mentre avrebbero potuto scegliere di tornare in Serbia. Nel valutare ciò, la Corte ha operato una distinzione rispetto ai casi dei cittadini stranieri trattenuti presso le zone di transito aeroportuali, facendo riferimento alla

110. Si veda par. 154 della sentenza in commento.

111. Sentenza *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit.

112. Nel caso in esame, con la pronuncia del 14 marzo 2017, ricorso n. 47287/15, la Camera aveva ritenuto che la permanenza presso la zona di transito consistesse in una privazione *de facto* della libertà personale, riconoscendo all'unanimità la sussistenza di una violazione dell'art. 5, par. 1 e 4, disposta in assenza di una chiara e prevedibile base giuridica nel diritto nazionale, di un provvedimento formale e motivato e di un rimedio effettivo atto a contestare la legalità della detenzione, non essendovi nessun atto che potesse essere contestato davanti all'autorità giudiziaria. Con riferimento alla connotazione privativa della libertà personale della permanenza presso la zona di transito, come precisato in ASGI (a cura di), *La permanenza dei richiedenti asilo nelle zone di transito alle frontiere terrestri alla luce del diritto alla libertà personale: il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, 2020, in www.inlimine.asgi.it, la Camera rileva come «i ricorrenti siano stati confinati per più di tre settimane in un luogo per molti aspetti molto simile alle zone internazionali di transito aeroportuali, posto sotto sorveglianza e inaccessibile dall'esterno, anche per il loro avvocato. Come nei casi *Amuur c. Francia*, *Riad e Idiab c. Belgio*, i ricorrenti non avevano la possibilità di accedere al territorio nazionale al di fuori della zona in cui permanevano. Il Governo sosteneva la consueta tesi della "prigione con tre pareti". Diversamente, la Corte precisa, in linea di continuità con la giurisprudenza precedente, come la semplice possibilità di ritornare volontariamente in Serbia, non possa escludere una violazione del loro diritto alla libertà personale, considerando che lasciare la zona di transito al fine di recuperare la propria libertà significava concretamente esporsi al rischio di *refoulement* e rinunciare alla richiesta di protezione senza possibilità di un esame nel merito. In tali circostanze, la Camera ha ritenuto che la permanenza nella zona di transito non fosse configurabile come una scelta attribuibile alla volontà dei ricorrenti».

sua giurisprudenza in materia a partire dal caso *Amuur c. Francia*¹¹³. La Corte ha sottolineato come, da un punto di vista pratico, a differenza della condizione delle persone che sono confinate in un'area di transito aeroportuale, essendo il territorio serbo immediatamente adiacente alla zona di transito, la possibilità di lasciare volontariamente tale luogo sarebbe concreta e non astratta, considerando che materialmente i ricorrenti potevano raggiungere il confine e fare rientro in Serbia, Paese che è tra gli stati firmatari della Convenzione di Ginevra. Nessun peso, tuttavia, sembrerebbe dato al fatto che la scelta di tornare in Serbia avrebbe comportato il rischio di essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti e la sottoposizione ad un respingimento automatico e “a catena” verso altri Paesi dove gli stessi avrebbero continuato a subire altrettante gravi violazioni, oltre alla automatica rinuncia alla domanda di asilo a cui è collegato l'abbandono della zona di transito. La Corte, quindi, benché abbia riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU in riferimento all'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia – considerate anche le inefficienze del sistema di asilo serbo – non ha ritenuto violato l'art. 5 CEDU¹¹⁴. In linea generale, tale valutazione della Corte EDU appare caratterizzata da profili fortemente critici, conducendo ad una restrizione della tutela garantita dall'art. 5 della CEDU. Infatti, la valutazione delle circostanze come conseguenti ad una libera scelta dei ricorrenti, soprattutto se con riferimento a dei richiedenti asilo, è quantomeno poco convincente¹¹⁵.

Tale orientamento, che si concretizza nel caso della detenzione nelle aree di transito terrestri¹¹⁶, per cui appare decisiva la configurazione fisica della frontiera, sembra riportare

113. Per approfondimenti si vedano: *Ibidem*; C. Pitea., *op. cit.*

114. Cfr. par. 243-246 della sentenza in commento. La Corte precisa che «Such an interpretation of the applicability of Article 5 would stretch the concept of deprivation of liberty beyond its meaning intended by the Convention».

115. Si veda l'*Opinione parzialmente dissenziente del Giudice Bianku*, pp. 75-76. Si sottolinea come trattandosi di richiedenti asilo con esigenze di protezione in relazione ai diritti di cui all'art. 3 e anche 2 della Convenzione, l'ingresso nella zona di transito si configuri come una necessità. Diversamente, come sostenuto dalla Camera, significherebbe obbligare i ricorrenti a scegliere tra la loro libertà personale e le loro esigenze di protezione, adottando una posizione respinta dalla Corte nel caso *Amuur*. Alcuni autori ritengono rischioso intravedere forme di consenso nel caso in cui sia riconosciuta al migrante la possibilità materiale di fare ritorno al proprio Paese di provenienza, poiché ciò comporterebbe l'introduzione di un «unwelcome and unworkable subjective element into the protection of the liberty of detainees», si veda D. Wilsher, *The Administrative Detention of Non- Nationals Pursuant to Immigration Control: International and Constitutional Law Perspectives*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 905.

116. Ancora più recentemente, nel caso *R.R. e altri c. Ungheria*, sentenza del 23 marzo 2021, ric. n. 19400/11, la Camera della Corte EDU si è pronunciata sul caso concernente un nucleo familiare di 5 persone, tra cui una donna in stato di gravidanza e tre minori. Il nucleo familiare così composto, era stato trattenuto nella zona di transito *Roszke* in Ungheria, al confine con la Serbia dall'aprile 2017 all'agosto dello stesso anno. Anche in questo caso, per la Corte, la permanenza nella zona di transito *Roszke* sarebbe stata riconducibile ad una libera scelta degli applicanti che avevano deciso non forzatamente di lasciare la Serbia, luogo in cui si trovavano da diversi mesi, e considerata come concreta la possibilità di tornarvi lasciando la zona di transito nonostante questo avrebbe significato la rinuncia alla richiesta di asilo presentata in Ungheria oltre all'eventuale difficoltà di accedere alla richiesta di protezione internazionale in Serbia. In aggiunta, viene riconosciuto il dovere delle autorità ungheresi, stando al diritto interno, di prendere in carico e analizzare la richiesta di asilo prima di concedere l'ammissione sul territorio. Tuttavia in questo caso, rilevando la mancanza di una norma che disciplini la durata massima del trattenimento in una situazione di migrazione di massa e l'avvenuto superamento del

in auge la teoria dei governi della “prigione con tre pareti”¹¹⁷ e richiama un approccio potenzialmente regressivo. La Corte EDU, nel precisare di dover applicare una interpretazione pratica e realistica della distinzione tra restrizione della libertà di circolazione e privazione della libertà personale, richiama il diritto degli Stati di controllare i loro confini e di prendere le misure necessarie per impedire ai cittadini stranieri di violare le norme sulla limitazione degli ingressi¹¹⁸, rafforzando una tendenza a favore della sovranità statale.

Sul punto, appare fondamentale il contributo della Corte di giustizia dell’Unione europea, che, nella sentenza *FMS e altri c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*¹¹⁹ del 14 maggio 2020, ha affermato che il trattenimento nella zona di transito di Röszke di richiedenti asilo o di cittadini di Paesi terzi (cittadini afgani ed iraniani, tra cui un minore), destinatari di una decisione di rimpatrio e trattenuti, dovesse essere classificata come detenzione, avendo quindi natura privativa della libertà personale¹²⁰. In merito alla nozione di trattenimento, la Corte, innanzitutto, precisa come ai sensi dell’art. 2 lett. (h) della Dir. 2013/33/UE del 26.6.2013, per «trattenimento» si intende «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione»¹²¹. Con riferimento alla condizione di «privazione» della libertà personale, la Corte riprende sia la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti asilo del 16 aprile 2003¹²², che definisce una misura detentiva come il confinamento in uno spazio

termine massimo di analisi della domanda di asilo di R.R. da parte delle autorità ungheresi e considerando la natura, il grado di restrizione e la severità della condizione di soggiorno nella zona di transito, includendo anche il periodo di isolamento, imposta agli applicanti, la Corte di Strasburgo rileva come il soggiorno degli applicanti nella zona di transito *Roszke* si risolvesse effettivamente in una privazione della libertà personale ritenendo, quindi, l’art. 5 CEDU applicabile al caso di specie. È pendente la richiesta di rinvio alla Grande Camera.

117. Così si esprime D. Wilsher, *Immigration Detention. Law, History, Politics*, Cambridge, 2012, pp. 60-61, pp. 112-113 e p. 148. Tale teoria è stata sviluppata a partire dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America nel caso *Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953), in supreme.justia.com. Si veda anche sentenza della Corte EDU, *Amuur c. Francia*, le argomentazioni del governo al par. 46. Le persone trattenute resterebbero libere di lasciare la zona internazionale per viaggiare ovunque si voglia, a patto che non sia nel territorio sovrano degli Stati. Si veda anche sent. della Corte EDU, *Shamsa c. Polonia*, cit., le argomentazioni del governo al par. 38.

118. Si veda par. 125 della sentenza *Z.A. e altri c. Russia*, cit. Per approfondimenti, C. Pitea, *op. cit.*

119. Corte di giustizia dell’Unione europea, Grande Camera, 14.05.2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU, *FMS, FNZ, SA e SA junior c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*.

120. La sentenza è stata pronunciata nell’ambito di un procedimento pregiudiziale d’urgenza introdotto nel 2019 da un Tribunale amministrativo ungherese. Per approfondimenti si vedano E. Colombo, *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di Giustizia e le procedure di frontiera*, in questa *Rivista*, n. 3.2020; E. Celoria, *Stranieri trattenuti alle frontiere esterne dell’Unione: il quadro di garanzie individuato dalla Corte di Giustizia e le sfide del Nuovo Patto sulle Migrazioni e l’Asilo*, in *European Papers*, www.europeanpapers.eu, 27.01.2021.

121. Sentenza in commento, par. 216.

122. Si veda *Committee of Ministers, Recommendation Rec (2003)5 of the Committee of Ministers to member states on measures of detention of asylum seekers*, (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2003 at the 837th meeting of the Ministers’ Deputies), in www.coe.int.

delimitato o ristretto in cui i richiedenti asilo sono privati della libertà, sia le linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati sui criteri e gli *standard* applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo (1999)¹²³, secondo cui la privazione della libertà deve ritenersi sussistente in ogni luogo dal quale il richiedente asilo non è libero di allontanarsi, confermando come la differenza tra privazione della libertà personale e restrizione della libertà di circolazione sia di grado e intensità, non di natura o essenza. La Corte afferma che il trattenimento di un richiedente protezione internazionale ai sensi del citato art. 2, lett. h) della Dir. 2013/33/UE costituisce «una misura coercitiva che priva il richiedente della libertà di movimento e che lo isola dal resto della popolazione, poiché lo obbliga a permanere in un perimetro ristretto e chiuso»¹²⁴, precisando che la nozione così ricostruita deve ritenersi valida anche ai fini della Dir. 2008/115/CE del 16.12.2008¹²⁵. Gli indicatori della condizione di trattenimento sono rinvenibili nella presenza di recinzioni e sorveglianza armata, la limitata superficie dei *containers* (13 mq), l'impossibilità di ricevere visite senza autorizzazioni. Inoltre, la stessa Corte precisa come i richiedenti asilo non avessero una effettiva possibilità di lasciare volontariamente la zona di transito verso nessuna direzione, sulla base del fatto che questo avrebbe determinato un ingresso irregolare in territorio serbo e la rinuncia alla richiesta di asilo, ai sensi della legislazione ungherese¹²⁶. Alla luce delle suddette considerazioni, la Corte conclude che «le Direttive 2008/115 e 2013/33 devono essere interpretate nel senso che l'obbligo imposto a un cittadino di un Paese terzo di soggiornare in modo permanente in una zona di transito avente un perimetro circoscritto e ristretto, all'interno della quale i movimenti di tale cittadino sono limitati e sorvegliati e che lo stesso non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione, configura una privazione di libertà (...)», riconoscendo la configurazione di trattenimento ai sensi delle due direttive, quindi anche con riferimento ai cittadini stranieri in condizione di irregolarità¹²⁷, e senza operare alcuna distinzione rispetto alle persone

123. Cfr. *Versione riveduta delle linee guida dell'UNHCR sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo*, febbraio 1999, in www.refworld.org.

124. Par. 215-223 della sentenza in commento.

125. Par. 224-225 della sentenza in commento. La Corte precisa che: «(...) né l'articolo 16 né nessun'altra disposizione di tale direttiva contiene una definizione di tale nozione. Ciò premesso, nessun elemento consente di ritenere che il legislatore dell'Unione abbia inteso conferire alla nozione di "trattenimento", nel contesto della direttiva 2008/115, un significato diverso da quello rivestito da tale nozione nel contesto della direttiva 2013/33. Inoltre, la direttiva 2013/33, in particolare il suo articolo 8, paragrafo 3, lettera d), prende espressamente in considerazione, fra i casi ammissibili di "trattenimento", ai sensi di tale direttiva, un caso nel quale il cittadino di un Paese terzo interessato sia già trattenuto nell'ambito di un procedimento di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115, il che avvalorava l'interpretazione secondo la quale la nozione di "trattenimento", ai sensi di queste due direttive, riguarda un'unica realtà».

126. Par. 228-230 della sentenza.

127. Per approfondimenti si veda E. Colombo, *op. cit.*, pp. 227-231.

trattenute nelle zone di transito aeroportuali¹²⁸. Si tratta di una decisione particolarmente significativa «perché si confronta con i dubbi circa la legittimità di prassi informali di detenzione in frontiera e si pronuncia sulle garanzie irrinunciabili che devono essere osservate nei confronti dei richiedenti asilo nel corso della domanda di protezione e, eventualmente, in sede di rimpatrio, ammonendo gli Stati membri rispetto alla necessità di fornire una lettura garantista del contenuto delle Direttive europee in materia»¹²⁹.

D'altronde tali conclusioni sono le stesse cui si arriva leggendo le norme costituzionali ed in particolare l'art. 13, il quale dispone: «La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». Come noto, la Corte costituzionale ha affermato con la sentenza 105/2011 (in materia di accompagnamento coattivo alla frontiera di cittadini stranieri destinatari di provvedimenti di espulsione¹³⁰) che la libertà personale è incisa quando si abbia quella «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere» e che misure anche meno afflittive di quella in esame, quali l'accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento presso il CIE (ora CPR), sono già state espressamente ricondotte al novero delle misure incidenti su tale libertà. La Corte ha infatti precisato che l'accompagnamento alla frontiera «inerisce alla materia regolata dall'art. 13 Cost., in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione». D'altronde, appare utile sottolineare come l'articolo 13 stabilisca chiaramente che la privazione della libertà personale non si ha solo di fronte alla detenzione o all'arresto, ma anche in caso di qualsiasi altra restrizione alla libertà personale. La Corte ha così sottolineato come il diritto alla

128. Par. 231 della sentenza in commento. Per approfondimenti si veda F.L. Gatta, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo "scontro" tra le Corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito. Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU FMS e altri*, in *Osservatorio Costituzionale*, www.osservatorioaic.it, n. 5.2020.

129. Così si esprime E. Celoria, *op. cit.*, p. 1387.

130. Si vedano anche sentenze della Corte costituzionale 144/97 e 280/2019, relative alla misura dell'obbligo di comparizione presso un ufficio di polizia e le misure alternative al trattenimento, configurate come aventi natura di misure incidenti sulla libertà personale.

libertà personale non possa in alcun modo essere derogato sulla base della necessità del contenimento dei flussi migratori¹³¹.

Inoltre, con la sentenza n. 194 del 1996¹³² la Corte costituzionale, per escludere la attinenza dell'accompagnamento per accertamenti tossicologici alla sfera della libertà personale, ritiene necessario basarsi sulla distinzione tra mera obbligatorietà e coercitività della misura laddove «è stata decisiva la considerazione che il destinatario della misura può rifiutarsi di seguire gli agenti, pur esponendosi in tal caso al rischio di un giudizio e di una sanzione penale, senza però che l'autorità di polizia possa esercitare alcuna forma di coazione fisica». Quindi, mentre nel caso di accompagnamento alla frontiera di persone destinatarie di provvedimenti di allontanamento si determina l'assoggettamento all'altrui potere che concretizza una condizione di privazione della libertà personale, nel caso di accompagnamento per accertamenti tossicologici, la Corte esclude la sussistenza di una privazione della libertà personale poiché la violazione di tale obbligo integra un illecito, ma tale misura non è soggetta ad una esecuzione forzata da parte delle autorità competenti¹³³.

Il ragionamento è ripreso dalla Corte d'appello di Milano, nella già citata sentenza n. 1292/2018, in riferimento al trattenimento di un cittadino straniero per cinque giorni nei locali dell'aeroporto di Milano Malpensa in attesa di esecuzione del respingimento, nella quale chiaramente si afferma che la restrizione della libertà personale «rimane evidentemente tale anche nel caso in cui il luogo di restrizione abbia i connotati della c.d. "area sterile" di un aeroporto anziché quelli di una cella carceraria o di un'abitazione nel caso di detenzione domiciliare».

Alla luce della giurisprudenza richiamata e delle numerose prassi riscontrate¹³⁴, è dunque illegittimo sostenere astrattamente, come esplicitato in premessa con riferimento

131. Si veda il punto 4 del considerato in diritto della sentenza 105 del 2001.

132. Relativamente all'accompagnamento per i necessari accertamenti tossicologici del conducente di un veicolo in condizioni di alterazione fisica o psichica che si possano ragionevolmente ritenere correlate all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.

133. Si veda anche *Relazione al Parlamento 2021*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, pp. 49-50, 51. Il Garante a p. 50 riporta come «Anche la Corte di cassazione ritiene integrata la condotta tipica non solo a fronte di una privazione in senso assoluto della libertà di movimento, bensì in tutte la situazione in cui la libertà di azione risulti significativamente limitata, anche per un breve frangente temporale. Inoltre la stessa Corte di legittimità non richiede che la limitazione sia obiettivamente insuperabile, essendo sufficienti attività intimidatorie o l'apprestamento di misure dirette a impedire o scoraggiare l'allontanamento, se non attraverso iniziative imprudenti e pericolose per la propria persona».

134. In questo senso, la condizione di fatto che vivono i cittadini stranieri in attesa di esecuzione del respingimento ha tutte le caratteristiche della detenzione, ricadente nella disciplina dell'art. 13 della Costituzione, laddove i cittadini stranieri sono trattenuti nelle aree di transito e li sottoposti a sorveglianza costante e rigorosa da parte di agenti armati del personale della polizia di frontiera; non possono in alcun modo allontanarsi dai locali videosorvegliati nei quali sono ristretti né, tanto meno, lasciare l'area di transito aeroportuale di propria iniziativa per rientrare nel Paese di provenienza. Inoltre, hanno una possibilità limitata di comunicare con il mondo esterno, con ripercussioni gravi sull'esercizio del diritto di difesa, né hanno la possibilità di accedere ai loro bagagli. Da quanto riferito da cittadini stranieri che sono stati trattenuti

alle autorità competenti, che, non essendo previsto nella normativa europea un potere di trattenimento, ma esclusivamente la temporanea permanenza, nelle aree di transito degli aeroporti, in assenza, come si dirà, di una norma specifica non si verifichi una privazione della libertà personale, essendo comunque necessaria, come evidente dalla giurisprudenza riportata, un'analisi del caso concreto e del livello di coercizione esercitato dalle autorità, configurandosi tale permanenza come avente natura privativa della libertà personale.

3.2. L'illegittimità del trattenimento de facto presso l'area di transito: la mancanza di una base legale per il trattenimento e delle garanzie giurisdizionali previste

Come anticipato nel paragrafo precedente, non vi è una disciplina normativa specifica che qualifichi il periodo in cui i cittadini stranieri sono trattenuti nella zona di transito aeroportuale. In assenza della qualifica di tale periodo come trattenimento, resta ingiustificatamente inapplicabile al respingimento immediato la procedura di formalizzazione e convalida giurisdizionale. Come sottolineato dal Garante dei diritti delle persone private della libertà personale nella Relazione al Parlamento 2021¹³⁵, «la persistente mancanza di una disciplina oltre a sottrarre alle persone migranti le garanzie previste dall'ordinamento nei casi di privazione della libertà, comporta nei fatti l'inaccettabile effetto di riservare a soggetti privati il ruolo di determinare effetti e durata di decisioni dell'Autorità pubblica che hanno un impatto determinante sugli individui e potrebbero esporre il Paese a censure in sede internazionale».

Ciò a maggior ragione, se si considera che nel nostro ordinamento (art. 10, co. 2 del TU) è previsto che, in caso non sia possibile respingere con immediatezza il cittadino straniero, questi debba essere temporaneamente ammesso nel territorio italiano e possa essere posto in condizione di trattenimento presso le strutture a ciò destinate. Quindi, più correttamente ed in linea con la disciplina in tema di immigrazione, in caso di indisponibilità immediata del vettore e al fine di predisporre gli adempimenti necessari al rimpatrio, il cittadino straniero può essere soggetto a espulsione o respingimento differito e le autorità possono, a partire da una valutazione caso per caso, ricorrere al trattenimento presso un Centro di permanenza per il rimpatrio o in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'autorità di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 13, co. 5-*bis*, del d.lgs. 286/98, dietro convalida dell'autorità giudiziaria, secondo quanto previsto dall'ordinamento interno in materia di detenzione amministrativa ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 286/98.

a Malpensa, infatti, all'accesso nel locale adibito al trattenimento è prassi che la polizia di frontiera trattenga, senza stilare alcun rapporto di sequestro, gli effetti personali e il bagaglio a mano, a cui è possibile accedere solo previa autorizzazione e sotto il controllo della polizia di frontiera.

135. Si veda pp. 110-111.

Appare evidente che la scelta da parte delle autorità di frontiera di ricorrere al respingimento immediato piuttosto che ad altri provvedimenti di allontanamento soggetti all'applicazione di una serie di garanzie, tra cui il procedimento di convalida da parte dell'autorità giudiziaria, è legata strumentalmente alla sua facile eseguibilità ed è funzionale al rapido allontanamento dei cittadini stranieri.

Ed infatti, l'unica forma di trattenimento in frontiera prevista dall'ordinamento italiano è disciplinata all'art. 13, co. 5-*bis*, del d.lgs. 286/98, il quale prevede la possibilità di trattenere in frontiera il cittadino straniero destinatario di un provvedimento di espulsione o di respingimento differito con accompagnamento forzato alla frontiera, per la cui esecuzione è necessaria la convalida dell'autorità giudiziaria¹³⁶. Tale trattenimento, tuttavia, si applica solo a coloro che sono destinatari di un provvedimento di espulsione o di respingimento differito e in questi casi la privazione della libertà personale è convalidata dall'autorità giudiziaria in conformità all'art. 13, co. 3, della Cost. ed è prevista una durata specifica. Al di fuori di tale ipotesi, la privazione della libertà in frontiera del cittadino straniero in condizione di irregolarità non trova disciplina nell'ordinamento nazionale.

Il trattenimento resta, a tutt'oggi, qualificato come mero comportamento amministrativo, nonostante la Carta costituzionale all'art. 13, autorizzi l'autorità amministrativa ad adottare provvisoriamente misure restrittive della libertà personale soltanto «in casi eccezionali di necessità e di urgenza indicati tassativamente dalla legge». Tali provvedimenti, inoltre, devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

La mancanza di una base legale è quindi il vizio originario in materia di trattenimento nei luoghi di frontiera, anche se, come si ribadirà nel prosieguo, una lettura costituzionalmente orientata della normativa esistente consentirebbe comunque di riconoscere forme di tutela e garanzia ai cittadini stranieri trattenuti nelle zone di transito.

Sul punto, appare utile citare la recente sentenza della Corte di cassazione 13172/2021: «il trattenimento dello straniero costituisce una misura di privazione della libertà personale legittimamente realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge e secondo una modulazione dei tempi rigidamente predeterminata. Ne consegue che, in virtù del rango costituzionale e della natura inviolabile del diritto inciso, la cui conformazione e concreta limitazione è garantita dalla riserva assoluta di legge prevista

136. Si vedano per approfondimenti: ASGI-Progetto In Limine, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto*, cit., pp. 37-39; O. Lopez Curzi, *I "locali idonei" al trattenimento dei cittadini stranieri: le criticità del dettato normativo, i rilievi mossi dalle autorità di garanzia e i dati raccolti da Asgi*, in www.inlimine.asgi.it, 26.4.2021; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. n. 132 del 2018*, in questa *Rivista*, www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, n. 1.2019, pp. 37-39.

dall'art. 13 Cost., l'autorità amministrativa è priva di qualsiasi potere discrezionale e negli stessi limiti opera anche il controllo giurisdizionale, non potendo essere autorizzate proroghe non rigidamente ancorate a limiti temporali e a condizioni legislativamente imposte, con l'ulteriore corollario che la motivazione del provvedimento giudiziale di convalida della proroga del trattenimento deve contenere l'accertamento della sussistenza dei motivi addotti a sostegno della richiesta, nonché la loro congruenza rispetto alla finalità di rendere possibile il rimpatrio».

In altre parole, anche inserendo la misura della limitazione della libertà personale all'interno del contesto delle operazioni necessarie per il rimpatrio del cittadino che non ha i requisiti per l'ingresso, la condotta continua ad essere senz'altro illegittima.

La illegittimità della condotta della polizia di frontiera che trattiene *sine titulo* i cittadini stranieri nelle aree di transito aeroportuali è stata affrontata da vari giudici di merito e di legittimità. Tra queste si riporta la già citata sentenza n. 1292/2018 della Corte d'appello di Milano, nella quale si riconosce la sussistenza di una restrizione delle libertà personale precisando come «il potere coercitivo che ha comportato la restrizione della libertà dell'appellante è scaturito unicamente dal provvedimento di respingimento immediato, mentre l'individuazione del primo volo utile per il rimpatrio ha costituito soltanto una mera concausa incidente solo sulla durata della restrizione [...] Ritiene quindi la Corte che la comprovata restrizione della libertà personale dell'appellante, anche a prescindere dalla rigorosa prova sulle allegate condizioni di restrizione contrarie a dignità, e la comprovata negazione allo stesso anche del diritto di accesso immediato alla tutela giurisdizionale, concretizzano di per sé una illegittima violazione di diritti costituzionali primari che la Repubblica italiana, in quanto stato di diritto, riconosce e garantisce a qualunque persona. Tale violazione comporta pertanto l'obbligo di risarcimento dell'appellante per il danno da egli subito».

La stessa argomentazione è utilizzata anche nell'ordinanza del Tribunale di Brescia del 3 marzo 2020, R.G. n. 2370/2019 (anch'essa precedentemente citata), che dichiara l'illegittimità del trattenimento nella zona di frontiera, sebbene unicamente in conseguenza dell'illegittimità del respingimento cui era stata sottoposta la ricorrente, e riconosce il diritto al risarcimento del danno.

Alla luce del quadro descritto e della inequivocabile natura privativa della libertà personale della permanenza dei cittadini stranieri presso le zone di transito aeroportuali, è possibile affermare che, in assenza di base legale, le autorità siano tenute a far riferimento agli istituti già previsti dall'ordinamento al fine di restituire una lettura costituzionalmente e normativamente orientata della disciplina prevista dal Codice frontiere Schengen. Diversamente, il trattenimento è sempre posto al di fuori della normativa e quindi la

limitazione della libertà personale è espressione di un potere non attribuito dal legislatore alla pubblica amministrazione.

È, pertanto, non solo colposamente illogico sostenere che i destinatari di un provvedimento di respingimento immediato (che evidentemente tale non è) debbano essere trattenuti *de facto* e senza che nessuna autorità giudiziaria abbia convalidato la privazione della libertà personale, ma dovrebbe anche avere delle conseguenze in termini di esistenza ed efficacia del provvedimento adottato dalle stesse autorità di frontiera.

4. Note conclusive: verso il Nuovo patto su immigrazione e asilo, possibili scenari

Il 23 settembre del 2020, la Commissione europea ha pubblicato il Nuovo patto su immigrazione e asilo, documento che definisce gli obiettivi e le politiche in materia migratoria che l'attuale Commissione intende perseguire. Contestualmente al Patto, la Commissione ha pubblicato un'ampia serie di proposte legislative che, se approvate, comporterebbero una radicale ristrutturazione del sistema europeo di asilo. Alla luce di ciò, quanto rilevato in merito alle prassi attuate presso le zone di transito aeroportuali necessita di una lettura che tenga conto dei possibili scenari a livello europeo.

Tra le proposte di regolamento presentate, due, in particolar modo, riguardano la gestione delle frontiere esterne. Si tratta della proposta di regolamento che introduce uno *screening* per i cittadini dei Paesi terzi¹³⁷ e di una proposta di modifica¹³⁸ che aggiorna il testo della Proposta di regolamento procedure approvata dalla precedente Commissione nel luglio del 2016¹³⁹. Tali proposte delineano quello che è stato definito «strumento di frontiera»: un insieme di procedure di identificazione, definizione dello *status* ed eventuale rimpatrio da effettuarsi in frontiera senza che i cittadini stranieri, nel corso della procedura, siano formalmente autorizzati a entrare nel territorio dello Stato. Sono evidenti le linee di continuità tra le sperimentazioni e le pratiche – illegittime – che caratterizzano le zone di transito e le proposte formalizzate dalla Commissione.

In estrema sintesi, tale strumento di frontiera sarebbe composto delle seguenti procedure: i) uno *screening* relativo all'identità, allo stato di salute e alla pericolosità sociale del cittadino straniero; ii) una procedura di frontiera comprendente l'analisi circa l'ammissibilità delle domande di protezione e l'analisi accelerata nel merito delle domande

137. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di Paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i Regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817. COM/2020/612 final.

138. Proposta modificata di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. COM/2020/611 final.

139. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE. COM(2016) 467 final.

ammissibili; iii) una procedura in frontiera per l'allontanamento dei cittadini stranieri la cui domanda di protezione è stata rigettata nell'ambito della procedura di frontiera di analisi delle domande. Come accennato, durante le suddette procedure, i cittadini stranieri non sarebbero formalmente considerati come presenti nel territorio dello Stato.

La cristallizzazione delle procedure sperimentate nelle zone di transito aeroportuali e terrestri e nei c.d. *hotspot*, che sono state in più occasioni sanzionate dagli organi giurisdizionali nazionali e internazionali, fa sorgere forti preoccupazioni in relazione allo stato di salute dei diritti e delle libertà dei cittadini stranieri, e non solo, all'interno dell'Unione. Si tratta infatti di procedure accelerate a garanzie limitate finalizzate a una rapida definizione dello *status* del cittadino straniero, rapidità ottenuta a detrimento di una analisi completa ed effettiva delle condizioni individuali. Tali procedure si svolgerebbero in una situazione di sostanziale confinamento dei cittadini stranieri, che potrebbe essere conseguito attraverso un'espansione del regime detentivo in frontiera, rovesciando l'attuale impostazione del diritto dell'Unione che prevede che il trattenimento debba essere considerato misura residuale.

Le proposte della Commissione sembrerebbero orientate ad una formalizzazione di preoccupanti derive del sistema di asilo e di accesso ai diritti per i cittadini stranieri. Innanzitutto, sembrerebbe evidente una crescente frammentazione del diritto di asilo, che diventa cangiante, multiforme, che varia in base a chi presenta la domanda, dove e quando la presenta. Inoltre, prosegue il cammino intrapreso con l'introduzione delle procedure accelerate per cittadini provenienti da Paesi di origine considerati sicuri, che porta a una de-individualizzazione del diritto di asilo e a processi di selezione dei richiedenti su basi statistiche. Contestualmente, si rafforzano i sistemi di selezione rapida legati alle procedure di ammissibilità e, infine, si ha una ulteriore decentralizzazione dell'asilo, sempre più confinato, fisicamente e simbolicamente, ai margini dell'Unione. Tutto questo è reso possibile proprio grazie all'uso e all'espansione della finzione di non ingresso che è alla base di numerose violazioni analizzate nel presente articolo.

Sembra così ripetersi una dinamica nella quale alla "sperimentazione" di prassi illegittime di controllo delle migrazioni, segue una loro formalizzazione.