



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI MILANO

Corso di Dottorato in Diritto pubblico, internazionale ed europeo - XXXI Ciclo  
Curriculum in diritto costituzionale - IUS/08  
Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

**MIGRAZIONI E CONFINI:  
LE SFIDE DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO**

Dott.ssa Cecilia Siccardi  
Matricola: R11234

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Maria Elisa D'Amico

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno accademico 2017/2018

*A mio Papà,*

*Perché mi ha insegnato che  
curiosità e passione non  
conoscono “confini”.*

*Perché oggi mi avrebbe detto  
“Brava amore! Ora però vai a  
fare il giro del mondo!”*





## INDICE

<b>Introduzione</b>	8
<b>Capitolo I. Migrazioni e confini: nozioni preliminari e impostazione dei problemi</b>	
1. Premessa	10
2. Frontiere e confini: da linee e zone di demarcazione territoriale ad elemento essenziale della sovranità statale	11
3. Confini terrestri e marittimi nel diritto internazionale	14
4. Confini in cambiamento: tra muri e connettività globale	17
5. L'evoluzione della nozione di frontiera nel diritto dell'Unione europea e le competenze in materia di "controllo integrato" dei confini	19
5.1. <i>I confini "ambigui" dell'Europa fortezza: tra sovranità statale e sovranità condivisa</i>	26
6. I confini dello Stato "frontiera" Italia	33
7. I migranti tra le frontiere: numeri ed elementi essenziali di un fenomeno complesso e globale	40
7.1. <i>I migranti alla frontiera</i>	45
8. Impostazione teorica dei problemi	50
8.1. <i>Frontiere e libertà di migrare</i>	51
8.2. <i>Frontiere e universalismo dei diritti umani</i>	57
<b>Capitolo II. Stranieri alla frontiera: principi costituzionali ed evoluzione normativa</b>	
1. Stranieri alla frontiera: il dibattito in Assemblea costituente	61
2. Principi costituzionali alla frontiera: ricostruzione teorica	74
3. Richiedenti "asilo", irregolari e flussi misti alla frontiera: evoluzione normativa	82
3.1. <i>I richiedenti "asilo" alla frontiera</i>	83
3.2. <i>Gli "irregolari" alla frontiera</i>	97
3.3. <i>I c.d. flussi misti alla frontiera. Focus sulla frontiera esterna "Mediterraneo"</i>	112

4. Stranieri e frontiere nella giurisprudenza costituzionale	120
4.1. <i>Lo ius migrandi nella giurisprudenza costituzionale</i>	120
4.1.1 <i>Lo ius migrandi: una libertà a statuto differenziato?</i>	124
4.2. <i>Il “difficile” bilanciamento tra il “compito ineludibile dello Stato di presidiare le frontiere” e la tutela dei diritti fondamentali della persona.</i>	127
5. Linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale e problematiche in relazione al sistema delle fonti.	132

### **Capitolo III. I diritti alla frontiera**

1. In viaggio verso la frontiera: quale garanzia per il diritto alla vita?	137
2. <i>Lo ius migrandi</i> al confine marino e il divieto di sbarco in porto	142
3. <i>Hotspots</i> : metodo o luogo?	145
4. <i>Hotspots</i> come “luoghi”: misure limitative della libertà personale o della libertà di circolazione?	149
4.1. <i>Conseguenze e problematiche relative all’applicabilità delle garanzie di cui all’art. 13 Cost.</i>	154
4.2. <i>Hotspots quali luoghi di trattenimento? Le novità introdotte da D.l. n. 113 del 2018</i>	157
5. <i>Hotspots</i> come metodo: problematiche costituzionali	162
5.1. <i>Le procedure di identificazione, l’uso della forza e il trattenimento ai fini identificativi</i>	163
5.2. <i>La nebulosa strada verso la presentazione della domanda di protezione internazionale: “spartiacque” tra “irregolari” e “regolari”.</i>	168
6. Le conseguenze dell’attraversamento irregolare della frontiera. Problematiche relative al respingimento c.d. differito	173
7. Le conseguenze della presentazione o della mancata presentazione della domanda di protezione internazionale: il trattenimento amministrativo alla frontiera	177
8. Il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale: un procedimento ragionevole? Le novità introdotte dal D.l. n. 13 del 2017	188
9. Problematiche in relazione al sistema di accoglienza: quale possibile integrazione dei richiedenti protezione internazionale?	192
10. Le forme di protezione internazionale e l’art. 10, comma 3 Cost.: <i>focus</i> sulla protezione umanitaria o per “protezione speciale”	198
11. Il “paradosso” del diritto costituzionale d’asilo alla frontiera	205

### **Cap IV. In viaggio verso la frontiera: i migranti scomparsi nel Mediterraneo**

1. I migranti scomparsi nel Mediterraneo: presentazione dei problemi	209
2. Le procedure di identificazione: principi costituzionali	214
3. I morti hanno diritti? Le teorie sui c.d. “ <i>posthumous rights</i> ”	216
4. La tutela della dignità vale anche dopo la morte?	219
5. Quali diritti possono vantare i familiari dei migranti scomparsi? Il cd. “ <i>right to know the truth</i> ”	223
5.1. <i>Il c.d. “right to know” nel diritto internazionale dei diritti umani</i>	225

5.2. <i>Il c.d. “right to know” nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo.</i>	227
6. <i>No right without a remedy?</i>	229
<b>Riflessioni conclusive</b>	232
<b>Bibliografia</b>	241

## INTRODUZIONE

Il fenomeno delle “migrazioni” pone problematiche di rilievo affrontate dagli studiosi di ogni tempo e di diverse discipline. Allo stesso modo, la letteratura giuridica e costituzionalistica in materia è sterminata, toccando molteplici profili che attengono alla tutela dei diritti del non cittadino nel territorio dello Stato, al riconoscimento del diritto d’asilo, al divieto di discriminazione, fino ad arrivare all’analisi del sistema delle fonti interne e sovranazionali in materia.

In questo lavoro si vuole, invece, affrontare il tema ampio e complesso delle migrazioni da un diverso punto di osservazione: quello della frontiera.

Sembra lecito domandarsi se al tempo della globalizzazione, di internet, della “società fluida”, dell’affermazione di forme di sovranità sovra-statali e slegate dal territorio, abbia ancora senso e sia ancora attuale ragionare sulle frontiere degli Stati. Infatti, è evidente che il paradigma classico fondato su “*un territorio (definito da frontiere) ove si afferma un potere pubblico (lo Stato), chiamato a regolare una collettività (i cittadini) con strumenti giuridici (le norme)*”, è oggi in continuo mutamento essendovi “*territori senza governi, frontiere mobili, regolazioni globali dettate da regolatori senza territorio, unità sovra-statali*”<sup>1</sup>.

Eppure, sembra che le frontiere acquisiscano oggi rinnovata importanza e si rafforzino proprio davanti ai fenomeni migratori. Ne sono dimostrazione i muri e le recinzioni costruite in Europa e nel mondo al fine di fermare gli attraversamenti irregolari dei migranti; ne sono dimostrazione le immagini e le notizie che riportano quotidianamente i media nazionali ed europei per descrivere il dramma umanitario che si sta compiendo nel Mediterraneo e alle frontiere esterne dell’Unione europea.

La scelta della frontiera quale *focus* privilegiato di analisi trova, dunque, ragione nel fatto che essa sembra rappresentare il luogo paradigmatico di “scontro” tra due esigenze, talvolta contrapposte: da un lato, l’interesse alla sicurezza e al controllo dei confini, espressione classica della sovranità dello Stato; d’altro lato, l’interesse di chi quella frontiera vuole superarla per le più svariate ragioni, che generalmente attengono alla ricerca di una vita migliore.

In altre parole, alle frontiere dello Stato emergono nella loro maggiore latitudine i problemi collegati al rapporto fra sovranità dello Stato e tutela dei singoli individui che si trovano a ‘bussare’, metaforicamente, alle porte di un Paese non loro.

---

<sup>1</sup> S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 10.



Da una tale “contesa”<sup>2</sup> derivano molteplici problematiche di interesse per lo studioso di diritto costituzionale. A titolo esemplificativo si pensi alla ricerca del delicato equilibrio fra sicurezza e diritti; si pensi al complesso intreccio fra ordinamenti e fonti che vengono in rilievo in tema di migrazioni e controllo delle frontiere; si pensi, ancora, alla questione, mai del tutto affrontata nel sistema italiano, della garanzia del diritto d’asilo.

Non sempre, tuttavia, le discipline in materia di controllo delle frontiere e dei flussi migratori riescono a trovare un punto di equilibrio tra le diverse esigenze appena descritte. Anzi, proprio in ragione degli interessi di primaria importanza sottesi al controllo delle frontiere spesso sembra prevalere l’esigenza della tutela dell’integrità dello Stato, a discapito dei diritti dei fondamentali dei migranti.

E’ opportuno precisare che la ricerca si concentra esclusivamente sulla situazione degli stranieri extra-comunitari alla frontiera dello Stato ed, in particolare, dei richiedenti protezione internazionale e dei c.d. “irregolari”; soggetti che oggi sembrano maggiormente subire le politiche statali di controllo delle frontiere. Soprattutto, alla frontiera che si affaccia sulle coste del Mediterraneo, le politiche di controllo delle frontiere sembrano, infatti, incidere sul contenuto minimo del diritto d’asilo, avendo talvolta l’effetto di equiparare il trattamento di coloro che hanno un diritto soggettivo di ingresso nel territorio dello Stato - i richiedenti protezione - e coloro che invece non lo hanno – i c.d. “irregolari”.

Al fine di affrontare le problematiche appena descritte la tesi si sviluppa in quattro capitoli.

Il primo capitolo mira ad indagare le nozioni preliminari, come quella di “frontiera” e di “migrazioni”, delineando i principali interrogativi teorici che si pongono in relazione al tema in esame: qual è il rapporto tra le frontiere degli Stati e la libertà di migrare? Qual è il rapporto tra le frontiere dello Stato e i diritti umani universali?

Il secondo capitolo è invece dedicato all’individuazione dei principi costituzionali in materia, analizzando allo stesso tempo l’evoluzione della normativa interna con particolare riferimento al progressivo emergere degli strumenti di controllo delle frontiere.

Il terzo capitolo, invertendo la prospettiva rispetto al capitolo precedente, ha l’obiettivo di indagare la tutela dei diritti costituzionali alle frontiere dello Stato, cercando di comprendere se gli strumenti di controllo messi in atto oggi alla frontiera “Mediterraneo” possano essere considerati coerenti con i principi costituzionali.

Il quarto capitolo affronta, infine, un tema ancora poco conosciuto e che riguarda il drammatico fenomeno dei migranti morti o scomparsi durante l’attraversata del Mediterraneo. Come si vedrà il mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti scomparsi apre problematiche profonde su nozioni chiave per il diritto costituzionale, come quella di dignità umana.

---

<sup>2</sup> Sulla “contesa” tra diritti e principi costituzionali si veda su tutti M. D’AMICO, *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

CAPITOLO I  
MIGRAZIONI E CONFINI: NOZIONI PRELIMINARI E  
IMPOSTAZIONE DEI PROBLEMI

*Sommario:* 1. Premessa. – 2. Frontiere e confini: da linee e zone di demarcazione territoriale ad elemento essenziale della sovranità statale. – 3. Confini terrestri e marittimi nel diritto internazionale. - 4. Confini in cambiamento: tra muri e connettività globale. – 5. L’evoluzione della nozione di frontiera nel diritto dell’Unione europea e le competenze in materia di “controllo integrato” dei confini. – 5.1. *I confini “ambigui” dell’Europa fortezza: tra sovranità statale e sovranità condivisa.* - 6. I confini dello “Stato- frontiera” Italia. – 7. I migranti tra le frontiere: numeri ed elementi essenziali di un fenomeno complesso e globale - 7.1. *I migranti alla frontiera.* - 8. Impostazione teorica dei problemi. – 8.1. *Frontiere e libertà di migrare.* – 8.2. *Frontiere e universalismo dei diritti umani.*

### **1. Premessa**

Prima di affrontare le problematiche giuridiche che vengono in rilievo in tema di “migrazioni” e “confini”, si ritiene prioritario ragionare in questo primo capitolo su alcune nozioni preliminari, evidenziando allo stesso tempo i principali nodi teorici in materia.

Anzitutto sembra utile ricostruire l’evoluzione storica della nozione di frontiera (*infra* par. 2, par. 3), al fine di comprendere a fondo le dinamiche che caratterizzano le frontiere dello Stato italiano oggi, quale membro dell’Unione europea (*infra* par. 4, par. 5, par. 5.1, par. 6).

In secondo luogo, è necessario delineare, quanto meno nei suoi elementi essenziali, il fenomeno migratorio (*infra* par. 7), concentrandosi in particolare sulle modalità di regolamentazione degli ingressi dei non cittadini alle frontiere degli Stati, che determinano la c.d. frammentazione degli *status* in base ai titoli di ingresso (*infra* par. 7.1).

Infine, si porrà l’attenzione sulla contesa tra sovranità statale e diritti individuali degli stranieri che, come illustrato nell’introduzione di questo lavoro, caratterizza le frontiere degli stati. Da un tale “scontro” emergono due interrogativi teorici di

preliminare importanza: qual è il rapporto tra frontiere e libertà di migrare? Qual è il rapporto tra frontiere e garanzia dei diritti umani universali? (*infra* par. 8, par. 8.1, par. 8.2.)

## **2. Frontiere e confini: da linee e zone di demarcazione territoriale ad elemento essenziale della sovranità statale**

La definizione dei concetti di frontiera e confine è tutt'altro che agevole. Ad essi sono stati attribuiti nel corso della storia, da parte di storici, filosofi, geografi e politologi, innumerevoli significati. Vi sono “*frontiere materiali o mentali, di calce e mattoni o simboliche, sono a volte campi di battaglia, ma anche terreni in cui vengono gettati e germogliano (consapevolmente o meno) i semi di forme future di umanità*”<sup>3</sup>.

Tralasciando gli innumerevoli sensi metaforici del termine<sup>4</sup> frontiera il significato attribuito al termine nella lingua italiana è quello di “*linea di confine di uno Stato*”<sup>5</sup>. Analogamente è definito il “confine”, quale “*linea costituita naturalmente o artificialmente a delimitare l'estensione di un territorio, o di proprietà o la sovranità di uno Stato*”<sup>6</sup>.

Confine e frontiera, almeno se considerati in relazione al territorio degli Stati, sembrano utilizzati oggi come sinonimi ed, infatti, entrambi i termini sono egualmente riportati nelle fonti giuridiche sovranazionali ed nazionali, indicando generalmente la linea di demarcazione territoriale e politica tra Stati o diverse entità geografiche, dove sono generalmente svolte attività di controllo delle persone transittanti, come delle merci<sup>7</sup>.

Confine e frontiera, tuttavia, non hanno sempre avuto nel corso della storia lo stesso significato<sup>8</sup>. Ciò è dimostrato dalla stessa etimologia delle parole: confine deriva dal latino *confinis*, composto da *cum* - con - e *finis*- limite -, significando “confine in comune”.

Frontiera, invece, deriva da *frons*, fronte, la linea di battaglia dell'esercito romano volto alla conquista di territori oltre la frontiera, il *limes*.

---

<sup>3</sup> Z. BAUMAN, *Nascono sui confini le nuove identità*, Corriere della Sera, Archivio Storico, 24 maggio 2009.

<sup>4</sup> Per una ricostruzione dei significati politici e simbolici del termine frontiera si veda F. SIMONTI, *L'invenzione della Frontiera. Storia dei confini materiali, politici, simbolici*, Odoya, Bologna, 2015.

<sup>5</sup> Definizione ripresa da G. DEVOTO-G. C. OLIVIERI, *Dizionario della Lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1990, p. 785.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 442.

<sup>7</sup> Si precisa che i termini confini e frontiera saranno utilizzati indistintamente in questo lavoro nel senso appena riportato.

<sup>8</sup> Sono soprattutto gli studiosi francesi ad aver ricostruito l'evoluzione di nozione di frontiera dal punto di vista dei fonti giuridiche. Su tutti P. DE LAPRADELLE, *La frontière. Étude de droit international*, Les Éditions Internationales, Paris, 1928. Più recentemente C. BLUMANN, *Frontières et limites*, in *Société Française pour le droit international*, Colloque de Poitiers, La frontière, Paris, 1980.

Nel mondo classico, confine (*finēs*) e frontiera (*limes*) avevano un significato differente<sup>9</sup>. Il confine rappresentava una linea statica di demarcazione tra due territori contigui: divideva Roma dalla campagna circostante, due terreni contigui o i territori di diverse province dell'Impero. La caratteristica essenziale stava nel fatto che il confine demarcava due aree territoriali o geografiche appartenenti alla stessa cultura, l'Impero romano.

Il *limes*, invece, che inizialmente stava a indicare una porzione territoriale o una striscia di terreno – generalmente una strada – che separava due proprietà agricole, è poi divenuta in età imperiale il *limes imperii*, ovvero la frontiera esterna dell'impero. Il *limes imperii* separava i territori di sicuro dominio imperiale da quelli ancora “sconosciuti” e che sarebbero divenuti presto oggetto di conquista. Il *limes* a differenza del *finēs*, non era una semplice linea di demarcazione, ma una zona in continua espansione, che avanzava o retrocedeva insieme al fronte dell'esercito, schierato alla conquista dei nuovi territori. Aveva diverse forme: naturale, come il limite sancito dal fiume Reno, o artificiale, come il muro di Adriano, lungo 117 km. Il *limes* aveva una duplice funzione: divideva i romani dai popoli ancora da conquistare, ma soprattutto esprimeva l'idea di unità dell'Impero stesso, organizzato sotto un unico potere<sup>10</sup>.

Questa concezione di frontiera come “zona” non è scomparsa insieme all'impero romano, ma – come è stato notato - rappresenta una consuetudine antica “che ritroviamo presso tutti i popoli ad un certo stadio del loro sviluppo”. Le frontiere erano porzioni di territorio, foreste, “zone marginali, come territori neutri”<sup>11</sup>.

E' soprattutto a seguito dello sfaldamento dell'ordinamento feudale<sup>12</sup> che si profilò l'esigenza di delimitare il territori, su cui andava ad affermarsi un unico potere sovrano, mediante confini lineari (frontière – ligne) “assorbendo le vaste zone di frontiera proprie dell'ordinamento feudale” (frontière – zone)<sup>13</sup>.

In molti, infatti, ritengono che la concezione di frontiera come linea retta di demarcazione territoriale sia nata di pari passo con l'affermazione della sovranità statale, così come teorizzata da Hobbes e Bodin<sup>14</sup>, e consacrata dalla nascita dello

---

<sup>9</sup> Sulla nozione di frontiera nell'impero Romano si veda C. R. WHITTAKER, *Rome and its frontiers. The dynamics of change*, Routledge, London, 2004; P. BRUN - S. VAN DER LEEUW - C.R. WHITTAKER (a cura di), *Frontières d'Empire. Nature et signification des frontières romaines*, Editions de l'Association pour la promotion de la recherche archéologique en Ile-de-France, Nemours 1993; C. QUETEL, *Muri, un'altra storia fatta dagli uomini*, Bollati Boringhieri, Bologna, p. 29 ss.

<sup>10</sup> In questo senso C. QUETEL, *Muri, un'altra storia fatta dagli uomini*, cit., p. 31; P. DE LAPRADELLE, *La frontière*, cit., p. 25.

<sup>11</sup> L. FEBVRE, *La terra e l'evoluzione umana*, Einaudi, 1980, p. 357.

<sup>12</sup> Sulla storia del diritto nell'Europa Medievale su tutti A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2016 e P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Laterza, Roma, 2018.

<sup>13</sup> Osservazione riportata in riferimento alla formazione dello Stato assoluto francese da A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 87.

<sup>14</sup> Ci si riferisce in particolare alle teorie confluente nell'opera J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576, riedito Utet, Torino, 1960.

Stato-moderno, a seguito della Pace di West-Falia del 1648<sup>15</sup>, quale esito di secolarizzazione e di unificazione del potere su un unico territorio<sup>16</sup>. La frontiera diviene, così, elemento essenziale della sovranità statale, poiché definisce il territorio, nel quale vive un popolo, governato da un medesimo potere.<sup>17</sup> Non solo, la creazione del potere statale, il cui ultimo presidio era rappresentato dalle frontiere del suo stesso territorio, rappresentava, secondo Hobbes, “*l'unica via per fondare un potere comune capace di difenderli dalle invasioni straniere e dalla ingiurie degli uni verso gli altri e di renderli sicuri*”<sup>18</sup>.

Storici e geografi, tuttavia, hanno evidenziato come tale concezione di confine, quale linea retta di demarcazione fra due Stati, non solo è sorta, ma è propria della tradizione europea. Infatti, come è stato osservato, “*in Europa nel corso dell'Ottocento, grazie ai progressi della cartografia, i confini politici si sono trasformati ovunque in astrazioni geometriche, mentre in altre regioni del mondo si riscontrano concezioni di confine diametralmente opposte*”<sup>19</sup>, come zone disabitate e non sottoposte ad alcuna sovranità esclusiva.

In effetti, proprio lontano dal continente Europeo è stata riproposta, dallo storico statunitense Frederick Jackson Turner, la distinzione tra confine lineare, proprio della tradizione europea, e la “zona di frontiera” che ha invece segnato la storia americana. Nel celebre scritto *The Frontier in American History*, Turner elabora la teoria della frontiera, affermando che “*la frontiera americana si distingue nettamente da quella europea, che è una linea di confine fortificata che corre attraverso terre densamente abitate. La cosa più significativa della frontiera americana è che è posta proprio al limite dei territori aperti all'espansione e alla conquista*”<sup>20</sup>. Anche la frontiera americana non è, dunque, una semplice linea, ma è una zona in continuo movimento che segue l'espansione dei coloni verso ovest alla conquista del nuovo mondo. La frontiera aveva anche secondo Turner un forte significato culturale rappresentando “*il punto d'incontro tra barbarie e civiltà*”<sup>21</sup>.

Ciò che sembra importante sottolineare dalla breve ricostruzione dell'evoluzione storica della nozione di frontiera appena operata non è tanto la qualificazione della forma della frontiera quale “linea” o quale “zona”, ma le diverse funzioni ad essa attribuite nel corso della storia ed in diverse culture.

Da un lato, la frontiera come zona disabitata non soggetta ad una precisa sovranità territoriale che sancisce il punto di incontro tra ciò che è conosciuto e ciò che ancora

---

<sup>15</sup> Tra i tanti si veda in particolare C. BLUMANN, *Frontières et limites*, cit., p. 8.

<sup>16</sup> A. DI MARTINO, *Il territorio*, cit., p. 86.

<sup>17</sup> Sull'idea di stato quale territorio in cui vive un gruppo di persone che si identifica nel territorio stesso A.B. MURPHY, *The Sovereign State System as a Political-territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations*, in T. BIERSTECKER E C. WEBER (ed.) *State Sovereignty as a Social Construct*, CUP, Cambridge, 1996, 97 ss.

<sup>18</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, II, cap. XVII, 1651, riedito Laterza, Roma, 2014.

<sup>19</sup> P. CUTTITA, *Segnali di confine. Il controllo dell'Immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis Edizioni, Milano, 2007, p. 27.

<sup>20</sup> F. J. TURNER, *La frontiera nella storia americana*, il Mulino, Bologna 1959, p. 6.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

non lo è, potendo divenire zona di conquista ed espansione, come nel caso del *limes* romano o della frontiera americana.

D'altro lato, la frontiera quale frutto di uno specifico accordo tra poteri, per definire e delimitare il territorio entro il quale quel potere può essere esercitato. Questo è il caso delle frontiere degli Stati moderni<sup>22</sup>.

Quest'ultima nozione della frontiera quale elemento essenziale del potere statale è quella riflessa nelle fonti giuridiche odierne specialmente di diritto internazionale, essendo oggi lo Stato "*la forma più diffusa di potere pubblico*"<sup>23</sup>. Le frontiere hanno attualmente diverse forme, sono "zone" o linee frutto di accordi politici e trattati internazionali, corrispondono a confini naturali, terrestri o marittimi, o ai banchi della dogana in un aeroporto.<sup>24</sup> Hanno forme diverse, ma tutte rappresentano la proiezione territoriale del potere statale.

La nozione di frontiera è, dunque, strettamente associata all'idea di Stato ed allo stesso modo l'idea di Stato "*è associata ad un territorio delimitato da una frontiera, un confine, entro il quale si esercita la sovranità dello Stato*"<sup>25</sup>.

Le frontiere, infine, non hanno solo la funzione di demarcazione territoriale, ma esse operano come "*«markers of identity», cioè come elementi di differenziazione identitaria di una nazione (che si distingue dalle altre in quanto «possiede» un dato territorio), nonché come strumento di promozione e protezione degli interessi della comunità nazionale, la sicurezza in pimis*"<sup>26</sup>.

### 3. Confini terrestri e marittimi nel diritto internazionale

Dal punto di vista giuridico le frontiere assumo rilievo nell'ambito del diritto internazionale<sup>27</sup>. Esse, infatti, rappresentano un elemento fondamentale per la stessa definizione di Stato quale soggetto di diritto internazionale. Come noto, il diritto internazionale attribuisce personalità giuridica allo Stato quando esso è composto da tre elementi essenziali: popolo, governo, territorio<sup>28</sup>. L'elemento territoriale per

---

<sup>22</sup> Sulla nozione di frontiera collegata all'evoluzione dello Stato moderno si veda M. ANDERSON, *Frontiers: Territory and State Formation in the Modern World*, Cambridge, 1996

<sup>23</sup> S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. Dir. Pubbl.*, 2/2016, p. 331.

<sup>24</sup> S. CASSESE, *Territori e potere*, cit., p. 77. L'A. osserva in riferimento alle frontiere dell'Unione europea come si stia riaffacciando "*una nozione di frontiera che era stata sperimentata in passato (ad esempio, nell'Impero Romano) quella della zona di frontiera, quindi non una linea presidiata da forze di polizia, ma piuttosto un'area cuscinetto, nella quale si mescolano ordini giuridici diversi*". Inoltre, descrive la varietà delle forme di frontiera P. CUTTITTA, *Segnali di confine*, cit., p. 26 ss.

<sup>25</sup> S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, cit., p. 331.

<sup>26</sup> M. SAVINO, *La crisi dei confini*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc 3, 2016, p. 207; evidenzia il collegamento tra sicurezza e frontiere anche B. BADIE, *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995, p. 48.

<sup>27</sup> Sulle frontiere nel diritto internazionale ancora P. LAPRADELLE, *La frontière*, cit.; C. BLUMANN, *Frontières et limites*, cit.; D. BARDONNET, *Frontières terrestres et frontières maritimes*, *Annuaire français de droit international*, 1989, Vol.35, pp.1-64. Più recentemente J. M. SOREL, *La frontière comme enjeu de droit international*, Ceriscope, 2011. Affronta il tema delle frontiere nella comunità internazionale osservandone i cambiamenti S. CASSESE, *Territori e potere*, cit.

<sup>28</sup> Sul territorio come elemento di individuazione della persona giuridica statale, A. DI MARTINO, *Il territorio...*, cit., p. 194 ss.

valere ai fini dell'attribuzione della personalità giuridica di diritto internazionale deve essere ben definito da confini. La Convenzione di Montevideo sui diritti e i doveri degli Stati<sup>29</sup>, infatti, nell'elencare i requisiti necessari per l'attribuzione della soggettività giuridica agli Stati, oltre al governo e al popolazione, precisa quale elemento essenziale "*a defined territory*" (art. 1, lett. b).

Anzitutto è bene precisare che il diritto internazionale non prevede criteri specifici per la delimitazione e l'individuazione delle frontiere terrestri fra Stati, ma esse sono generalmente nate a seguito di fatti storici o politici, essendo sancite da accordi fra Stati o da trattati di pace a seguito di conflitti<sup>30</sup>. Ad esempio, le frontiere Italiane sono state ridisegnate a seguito del Trattato di Pace di Parigi del 1947, che ha attribuito la penisola dell'Istria alla Jugoslavia e sono tutt'oggi frutto di accordi<sup>31</sup>.

Una volta definita la frontiera, essa viene tutelata dalle norme di diritto internazionale.

In particolare, il diritto internazionale stabilisce due principi fondamentali: la stabilità e l'inviolabilità delle frontiere.

Il principio di stabilità delle frontiere si evince dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 che all'art. 62 par. 2 stabilisce che "*un cambiamento fondamentale delle circostanze intervenuto rispetto alle circostanze esistenti al momento della conclusione di un trattato e che non era stato previsto dalle parti non può essere invocato come motivo di estinzione o di recesso, a meno che: d) si tratta di un trattato che fissa un confine*"<sup>32</sup>.

Il principio di stabilità si deduce, analogamente, dall'art. 11 della Convenzione di Vienna sulla successione degli Stati in materia di trattati del 1978, rubricato "*Boundary regimes*" il quale stabilisce che la successione degli Stati non può compromettere la delimitazione dei confini stabiliti da un trattato, nonché i diritti e gli obblighi relativi ai regimi delle frontiere<sup>33</sup>.

Inoltre, corollario del principio di stabilità delle frontiere è la valenza oggettiva ed *erga omnes* dei trattati che le definiscono<sup>34</sup>. Per di più, esse continuano ad esistere indipendentemente dalla sorte dei trattati e degli accordi che le hanno definite poiché *«une frontière établie par traité acquiert ainsi une permanence que le traité lui-même ne connaît pas nécessairement. Un traité peut cesser d'être en vigueur sans*

---

<sup>29</sup> La convenzione di Montevideo è stata firmata a Montevideo il 26 dicembre 1933 alla VII Conferenza internazionale degli Stati americani.

<sup>30</sup> D. BARDONNET, *Les Frontières terrestres et la relativité de leur tracé*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1976, Vol.5, Tome 153, pp. 22 ss.

<sup>31</sup> Basti segnalare a titolo esemplificativo che in seguito ad un accordo tra l'Italia e la Slovenia, firmato a Trieste nel 2014, è stato modificato il confine tra i due stati lungo il torrente Barbucina/Cubnica a causa di un leggero spostamento del corso d'acqua che funge da linea di confine.

<sup>32</sup> In questo senso S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene Editore, Napoli, 2012, p. 37.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

*que la pérennité de la frontière en soit affectée (...) Du reste, que cette faculté soit exercée ou non, la frontière demeure » (Rec CIJ 1994, p. 37)<sup>35</sup>.*

Il secondo principio fondamentale in materia di frontiere stabilito dal diritto internazionale è l'inviolabilità. Tale principio si desume direttamente dal principio di integrità territoriale nonché dal divieto di uso della forza contro la stessa integrità degli Stati, principio di *ius cogens* e stabilito all'art. 2 par. 4 Carta Nazioni Unite<sup>36</sup>.

I principi appena esposti valgono non solo per le frontiere terrestri, ma anche per i confini marittimi, che tuttavia sono definiti e regolati dalla norme specifiche di diritto del mare.

Contrariamente al principio della libertà dei mari teorizzato nel 1609 da Grozio nel celebre saggio *Mare Liberum*<sup>37</sup> oggi anche il mare conosce confini ed è soggetto alla sovranità statale. In particolare, per la definizione dei confini marittimi viene in rilievo la Convenzione di Montego Bay del 1982, la quale stabilisce che la sovranità sui mari dipende dall'irradiazione della sovranità terrestre e si affievolisce man mano che ci si allontana dalla costa<sup>38</sup>.

In estrema sintesi e senza pretese di completezza, il potere dello Stato sul mare cambia a seconda delle zone individuate dalla stessa convenzione: a) nelle acque interne, le zone di mare all'interno della linea di base, la sovranità statale è equiparabile a quella terrestre, ovvero essa è integrale ed esclusiva; b) nelle acque territoriali che si estendono fino a 12 miglia oltre la linea di base, lo Stato esercita la sua sovranità ma deve garantire il diritto delle navi straniere al c.d. passaggio inoffensivo purché sia "continuo e rapido" e non arrechi "pregiudizio alla pace, al buon ordine o alla sicurezza dello Stato costiero"<sup>39</sup>; c) nella zona contigua, che si estende a 24 miglia dalla linea di base, lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di prevenire le violazioni delle normative doganali, fiscali, sanitarie e di immigrazione; d) nella zona economica esclusiva che si estende per 200 miglia dalla linea di base lo Stato costiero può esercitare il diritto di sfruttamento esclusivo delle risorse naturali; e) oltre le 200 miglia iniziano le acque internazionali non sottoposte alla sovranità esclusiva di alcuno Stato.

Le zone marittime di frontiera sono regolate da una pluralità di fonti di diritto internazionale<sup>40</sup> del mare ed alcune di esse, soprattutto in relazione al salvataggio e al

---

<sup>35</sup> Anlogamente J. M. SOREL, *La frontière comme enjeu de droit international*, cit.

<sup>36</sup> Si è espresso in questo senso S. CASSESE, *Territori e potere*, cit., p. 72; Id., *Lo Stato in trasformazione*, cit., p. 332.

<sup>37</sup> U. GROZIO, *Mare Liberum*, in F. IZZO (a cura di), trad. italiana di Fabio Longobardi, *Quaderni del Dipartimento di filosofia e politica*, Università degli studi di Napoli L'Orientale, Napoli, 2007; lo stesso principio è affermato in ID., *The Law of War and Peace (De jure belli ac pacis)*, 1646, ried. New York, 1949.

<sup>38</sup> Per un approfondimento sul diritto internazionale del mare S. TULLIO, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>39</sup> B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

<sup>40</sup> Ci si riferisce, oltre alla Convenzione di Montego Bay (UNCLOS), alla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1960, alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare (SAR) del 1979 pur essendo consapevoli che il diritto del mare è caratterizzato da un sistema di fonti complesso e articolato.



soccorso in mare, alla disciplina dello sbarco, al contrasto all'immigrazione clandestina, assunto rilievo con riferimento ai flussi migratori come si vedrà nei capitoli che seguono.

#### **4. Confini in cambiamento: tra muri e connettività globale**

La nozione di frontiera così legata alla nozione di Stato ha iniziato a mutare o meglio a sfumare nel momento in cui sono nate altre forme di sovranità, non più legate al solo territorio<sup>41</sup>.

La nascita delle Nazioni Unite, delle Organizzazioni internazionali, e dell'Unione europea sono state il primo segnale dell'intenzione di creare un mondo in cui la sovranità e i confini degli Stati avrebbero dovuto contare sempre meno, in una logica di pace comune e tutela universale dei diritti umani.

Negli ordinamenti nazionali, ciò si è tradotto nell'individuazione o dell'introduzione a livello costituzionale di meccanismi volti a legittimare la cessione della sovranità ad enti sovranazionali (cfr. art. 11 Cost.).

Non solo la nascita di forme di potere slegate dal territorio, ma anche lo sviluppo del commercio internazionale, delle comunicazioni di massa, di *internet*, lo sviluppo dei trasporti che consente continui spostamenti di persone, da un paese all'altro, da un continente all'altro, ha influito sulla *riconfigurazione dei confini statali*<sup>42</sup>.

Secondo il geografo indiano Parag Khanna è in corso una rivoluzione: "*il mondo fondato sul mosaico interstatale sta cedendo terreno*" e sta entrando "*nell'era della connettività globale*"<sup>43</sup>.

Ciò è dimostrato secondo lo stesso autore dal fatto che "*abbiamo già disegnato un volume maggiore di linee destinate a connettere le persone che non a dividerle*". Le nostre infrastrutture, infatti, "*oggi comprendono 64 milioni di km di autostrade, 2 milioni di km di oleodotti e gasdotti, 1,2 milioni di km di ferrovie, 750.000 km di cavi di internet sottomarini. Al contrario abbiamo solo 250.000 km di confini internazionali*"<sup>44</sup>.

Altri studiosi invece non sono così netti nell'affermare la retrocessione dei confini degli Stati odierni. I confini, infatti, continuano ad esistere e proliferare, essendo stati istituiti, come evidenzia uno dei più rinomati geografi francesi, dal 1991 "*più di 28.000 km di nuove frontiere, e 24 mila chilometri sono stati oggetto di accordi, di limitazione e di demarcazioni*"<sup>45</sup> Piuttosto, come è stato osservato, confini e frontiere sono oggi soggetti "*a forti mutamenti, dettati da esigenze diverse, alcune di chiusura, altre di apertura (elasticità delle frontiere)*"<sup>46</sup>.

In effetti, osservando le dinamiche attuali è possibile svolgere alcune considerazioni.

---

<sup>41</sup> Sul mutamento della idea del territorio dallo Stato-nazione all'era della globalizzazione A. DI MARTINO, *Il territorio...*, cit.

<sup>42</sup> In questo senso si veda su tutti S. CASSESE, *Territori e potere*, cit., pp. 72 ss.

<sup>43</sup> P. KHANNA, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Fazi, Roma, 2016, p. 43.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> M. FOUCHER, *L'Obsession des frontières*, Paris, Perrin, 2007, p. 7.

<sup>46</sup> S. CASSESE, *Lo Stato in trasformazione*, cit., p. 332.

Da un lato, i confini sembrano “aprirsi” e indebolirsi di fronte alle esigenze dettate dal commercio internazionale e dalle nuove comunicazioni. Basti notare come il commercio internazionale, cresciuto esponenzialmente dal dopoguerra ad oggi, è aumentato, solo nel 2017, del 4.7% rispetto all’anno precedente<sup>47</sup>. Secondo il premio Nobel Micheal Spence tale crescita non sarebbe mai stata così evidente senza i flussi di risorse, capitali e tecnologia che hanno da allora attraversato tutte le frontiere. Allo stesso modo i confini sono superati dallo sviluppo delle reti di comunicazione e di internet, alla quale si stima che nel 2025 potrà accedere l’intera popolazione mondiale<sup>48</sup>.

D’altro lato, in alcuni casi i confini sembrano “chiudersi” e rafforzarsi. Ciò è avvenuto talvolta in nome della difesa dell’ordine pubblico e della sicurezza dello Stato. Si pensi alla chiusura delle frontiere francesi dopo gli attentati terroristici del 13 novembre 2015<sup>49</sup>.

Ma la vera novità registrata negli ultimi anni è l’irrigidimento dei controlli alle frontiere a causa dell’immigrazione. Oltre il rafforzamento dei controlli alla frontiera esterna dell’Unione che saranno analizzati nel paragrafo che segue, emblematica in questo senso è la costruzione di muri<sup>50</sup> e barriere fra Stati per fermare le ondate migratorie. Ad esempio, la barriera tra il Messico e gli Stati Uniti, costruita in alcune parti del confine tra Messico e Stati Uniti all’inizio degli anni ’90, è stata eretta con lo scopo esplicito di fermare i *migrantes* irregolari. Il paradosso della barriera più controllata e sorvegliata al mondo è rappresentato dal fatto che il confine tra gli Stati Uniti e Messico continua ad essere quello più attraversato, anche in modo irregolare (193 mila migranti irregolari nel 2016<sup>51</sup>).

Nel continente europeo, solo per fare qualche esempio, basti segnalare che l’Ungheria ha costruito una barriera di filo spinato al confine con la Serbia e la stessa iniziativa è stata intrapresa dal Governo macedone per bloccare i migranti in viaggio sulla c.d. rotta balcanica al confine con la Grecia; la stessa soluzione è stata adottata

---

<sup>47</sup>Cfr. WTO issues 2018 Annual Report consultabile al sito [https://www.wto.org/english/news\\_e/news18\\_e/anrp\\_30may18\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news18_e/anrp_30may18_e.htm)

<sup>48</sup> P. KHANNA, *Connectography*, cit., p. 40. Sembra opportuno segnalare che anche in relazione al commercio alcuni Stati sembrano riaffermare la propria sovranità alle frontiere. Tale tendenza sembra dimostrata dalle recenti dichiarazioni del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump sulla reintroduzione dei dazi su alcune merci provenienti dalla Cina.

<sup>49</sup> Sulla riattivazione temporanea dei controlli alle frontiere si veda il documento periodico della Commissione europea “*Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*” [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms\\_notifications\\_-\\_reintroduction\\_of\\_border\\_control\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf).

<sup>50</sup> Sulla costruzione di muri quale simbolo del potere politico C. QUETEL, *Muri, un’altra storia fatta dagli uomini*, cit.

<sup>51</sup> A. GONZALEZ – BARBERA – J. M. KROGSTAD, *What we know about illegal immigration from Mexico*, Pew Research Center, 2017.

al confine tra la Turchia e la Grecia<sup>52</sup>. Già nel 1990 la Spagna aveva costruito una barriera per proteggere le *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla<sup>53</sup>.

Dalle considerazioni appena svolte sembra particolarmente complesso descrivere in modo univoco la natura e le funzioni delle frontiere odierne. Esse, infatti, sembrano mutare in ragione del contesto e delle esigenze che di volta in volta vengono in rilievo.

I confini e la sovranità territoriale sembrano cedere di fronte alle esigenze della globalizzazione dettate dal commercio e dallo sviluppo delle comunicazioni.

Al contrario, la sovranità territoriale sembra esprimere nuovamente tutta la sua forza alle frontiere per regolare o talvolta fermare i flussi migratori.

## **5. L'evoluzione della nozione di frontiera nel diritto dell'Unione europea e le competenze in materia di "controllo integrato" dei confini**

Il percorso di integrazione europea e lo sviluppo del diritto dell'Unione hanno messo progressivamente in discussione la nozione di frontiera quale elemento essenziale della sovranità statale, avendo gli Stati membri ceduto parte delle funzioni sovrane all'Unione<sup>54</sup>.

Al fine di indagare la natura dei confini europei in relazione ai flussi migratori occorre ripercorrere, seppur brevemente, alcune tappe salienti dell'evoluzione legislativa in materia<sup>55</sup>.

La stessa nascita della Comunità economica europea è stata in qualche modo influenzata dalle vicende che si erano prodotte ai confini tra gli Stati europei, oggetto di contesa e, allo stesso tempo, causa scatenante del secondo conflitto mondiale<sup>56</sup>. Al fine di impedire il riprodursi di un simile contesto, era prioritario, secondo le maggiori voci politiche del tempo, risolvere la storica contesa che si era manifestata ai confini tra la Francia e la Germania, nei bacini della *Ruhr* e della *Saar*, sedi centrali dell'industria carbo-siderurgica. Ciò era chiaramente espresso nelle parole di

---

<sup>52</sup> Cfr. sulla costruzione dei muri "anti-migranti" dopo la caduta del muro di Berlino F. SIMONTI, *L'invenzione della frontiera*, p.132.

<sup>53</sup> Analizza la situazione dei migranti a Ceuta e Melilla A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2016.

<sup>54</sup> La letteratura sul tema dell'integrazione europea è sterminata. Ricostruisce la storia dell'integrazione europea ponendo l'accento sul complesso e mutevole equilibrio fra le ragioni della salvaguardia delle identità nazionale e quelle della "realizzazione degli interessi comuni" G. AMATO, *Le identità nazionali nell'Unione Europea*, Firenze University Press, Firenze 2018. In generale, M. CARTABIA, J. H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000 ; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna.

<sup>55</sup> Sull'evoluzione della normativa europea in materia di controllo delle frontiere si veda su tutti C. BLUMANN, *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Paris, 2013. Si sono interrogati sul tema B. B. TONOLETTI, *Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di F. CORTESE E G. PELACANI, *Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, Trento, 2017, pp. 55 ss; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit. 2016, pp. 739 ss.

<sup>56</sup> O. DESCAMPS, *La formation historique des frontières européennes*, in C. BLUMANN, *Les frontières*, cit., pp. 183 ss.

Wiston Churchill, il quale affermava nel settembre del 1946 che “*Il primo passo nella ricostruzione della famiglia europea*” avrebbe dovuto essere “*una partnership tra la Francia e la Germania*”<sup>57</sup>. Analogamente la dichiarazione del Ministro degli Esteri francese Robert Schuman del 1950 evidenziava la necessità di “*porre l’insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto un’Alta autorità comune, in un’organizzazione aperta alla partecipazione degli altri Paesi europei*”<sup>58</sup>. In questo scenario, come noto, venivano istituite dapprima la Comunità economica per il carbone e per l’acciaio (CECA) nel 1952, e solo pochi anni più tardi, nel 1957, i trattati di Roma formalizzavano l’istituzione della Comunità economica europea (CEE), nonché della Comunità europea per l’energia atomica (EURATOM)<sup>59</sup>.

Sicuramente la nascita delle Comunità europee, che rimanevano distinte ma “*funzionavano con organi comuni*”<sup>60</sup>, rappresentava il primo passo verso la cessione di sovranità dagli Stati europei ad un’entità sovranazionale, ma non mutava in alcun modo la natura dei confini tra gli Stati.

E’ bene ricordare, infatti, che la Comunità economica europea, limitandosi a facilitare gli scambi tra Stati membri, non conosceva confini propri<sup>61</sup>. I confini rimanevano, dunque, quelli dei singoli Stati. In effetti, nel Trattato di Roma la parola “*frontiera*” veniva richiamata solo una volta per regolare i limiti alle tasse e ai canoni al passaggio delle frontiere (cfr. art. 31 Trattato CEE).

I primi anni del processo di integrazione europea erano caratterizzati prevalentemente dagli sforzi compiuti per la creazione del mercato unico. In quegli anni, i confini degli Stati iniziavano progressivamente a perdere di rilevanza in una logica di “*integrazione negativa*”<sup>62</sup> fondata sull’abolizione degli ostacoli diretti e indiretti agli scambi commerciali.

Per vedere i primi passi verso la creazione di uno spazio europeo di circolazione delle persone, invece, si dovette aspettare il 1985 quando furono sottoscritti gli accordi di *Schengen* che, pur rimanendo al di fuori del sistema giuridico dei Trattati, comportarono l’abolizione graduale dei controlli sulle persone ai confini tra gli Stati

---

<sup>57</sup> Ci si riferisce al celebre discorso tenuto da Wiston Churchill all’Università di Zurigo il 19 settembre 1946 in cui Churchill fa riferimento ad un obiettivo ben più ampio: “*la creazione degli Stati Uniti di Europa*”. Per la nascita dell’idea di Europa non per forza legata alla sola integrazione economica F. CHABOD, *Storia dell’idea d’Europa*, Bari, Laterza, 1962.

<sup>58</sup> Ci si riferisce alla c.d. Dichiarazione Schuman, rilasciata dal Ministro degli esteri francese Roberto Schuman il 9 maggio 1950. Il testo integrale della dichiarazione è disponibile al sito [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_it](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_it); Sul tema P. REUTER, *Le Plan Schuman in Recueil des Cours de l’Académie de droit internaional de la Haye*, II, 1952.

<sup>59</sup> Si tentò anche di istituire CED per costruire una forza armata europea collegata ad una struttura istituzionale unitaria. Tuttavia, il Trattato istitutivo non entrò firmato a Parigi il 27 maggio 1952 mai in vigore poiché non fu approvato dal Parlamento Francese. Per ripercorre da un punto di vista storico le prime tappe dell’integrazione europea su tutti R. H. RAINERO, *Storia dell’integrazione europea*, Marzorati, Roma, 1997; in particolare si vedano vol. 1 *L’Integrazione europea dalle origini alla nascita della Cee* e il vol. 2, *L’Europa dai trattati di Roma alla caduta del muro di Berlino*.

<sup>60</sup> G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, settima edizione, Cedam, Padova, 2012, p. 7.

<sup>61</sup> In questo senso anche B. TONOLETTI, *Confini...*, cit., p. 69.

<sup>62</sup> Espressione ripresa da G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 9.

membri<sup>63</sup>. Come noto, tale sistema fu implementato solo qualche anno più tardi dalla Convenzione di *Schengen* del 1990 che, definendo condizioni e garanzie inerenti all'istituzione di uno spazio di libera circolazione, andò a formare, insieme ai predetti accordi, il c.d. *acquis Schengen*<sup>64</sup>.

Si trattava di una svolta importante poiché la Convenzione di Schengen rappresentava “*un nuovo strumento giuridico che avrebbe potuto abbattere i confini nazionali del Vecchio Continente per creare un nuovo ordine giuridico, finalmente federalista e post-westfaliano*”<sup>65</sup>.

Al fine di creare uno spazio di libera circolazione, la Convenzione di *Schengen* stabiliva che l'abolizione dei controlli ai confini tra Stati membri dovesse essere necessariamente accompagnata dal rafforzamento delle frontiere “esterne”<sup>66</sup>.

Shengen, inizialmente, non aveva dato vita ad una frontiera esterna unica, ma rimetteva alla responsabilità dei singoli Stati, posti alle estremità del territorio europeo, di presidiare adeguatamente le proprie frontiere “esterne”<sup>67</sup>, non solo a tutela della propria sicurezza ma anche di quella degli altri Stati partecipanti. Solo in questo modo la circolazione all'interno del territorio dell'Unione sarebbe stata effettivamente libera e sicura.

Qualche anno dopo, nel 1992, si giungeva all'approvazione del Trattato di Maastricht<sup>68</sup> che, pur non incidendo in alcun modo sul sistema *Schengen* che rimaneva al di fuori del sistema della Comunità, introduceva delle novità importanti in materia di controllo delle persone alle frontiere.

---

<sup>63</sup> I primi firmatari dell'accordo di *Schengen* furono Belgio, Francia, Germania. Inizialmente oggetto dell'accordo era l'eliminazione progressiva dei controlli alle frontiere interne e l'introduzione della libertà di circolazione per tutti i cittadini dei paesi firmatari, di altri paesi dell'Unione europea (UE) e di alcuni paesi terzi. La convenzione di *Schengen* che ha completato l'accordo è stata firmata il 19 giugno 1990 dagli stessi cinque paesi, ed è entrata in vigore nel 1995. Hanno in seguito aderito anche Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996). L'accordo e la convenzione, nonché gli accordi e le regole connessi, formano insieme l'«*acquis di Schengen*», che è stato integrato nel quadro dell'Unione europea a seguito del Trattato di Amsterdam. Oggi, lo spazio *Schengen* comprende 22 dei 28 paesi dell'UE. Irlanda e Regno Unito hanno aderito parzialmente e mantengono i propri controlli alle frontiere cfr. Protocolli 19 e 21 allegati al TUE e TFUE. Altri quattro Stati non membri dell'UE (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera) fanno parte dello spazio di *Schengen*. Sul difficile percorso che ha portato l'Italia a sottoscrivere la Convenzione di *Schengen* S. PAOLI, *The Role of Schengen in the Europeanization of the Migration Policy: The Italian Case*, in A. CUNHA - M. SILVA - R. FEDERICO (a cura di), *The Borders of Schengen*, Peter Lang Brussels, 2015, 67 ss.

<sup>64</sup> Sull'evoluzione dello spazio di libera circolazione europea a partire dagli accordi di *Schengen* cfr. F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

<sup>65</sup> J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione ?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, pp. 95 ss.

<sup>66</sup> Tale necessità è stata confermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la pronuncia CGUE del 21 settembre 1999, causa C-378/97 *Wijsenbeek*.

<sup>67</sup> Sull'evoluzione dei confini nel sistema *Schengen* R. ZAIOTTI, *Cultures of Border Control: Schengen and the evolution of European frontiers*, Chicago, University of Chicago Press, 2011.

<sup>68</sup> Per un'analisi approfondita dell'evoluzione del diritto UE dagli accordi di *Schengen* al Trattato di Maastricht su B. NASCIBENE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995.

La stessa riconfigurazione della “Comunità” quale “Comunità europea”, e non più quale mera “Comunità economica”, nonché l’istituzione della cittadinanza europea<sup>69</sup> ponevano le basi per l’avvio di una visione di un’Europa unita, non più ancorata ai confini statali. Tale obiettivo veniva esplicitato nello stesso Trattato che imponeva all’Unione di “*promuovere un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile, segnatamente mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne*” (Articolo b).

Il controllo delle frontiere esterne, invece, così come l’immigrazione e l’asilo, rientravano tra le materie che gli Stati membri dovevano considerare di “*interesse comune*”. Tuttavia, essendo queste ultime disciplinate dal terzo pilastro “*cooperazione tra gli Stati membri nei settori di giustizia e degli affari interni*”, non erano oggetto di politica comune, ma di mera cooperazione fra Stati<sup>70</sup>. Ciò significava che la materia del controllo delle frontiere, pur iniziando ad acquistare rilevanza comunitaria, era lasciata alla sovranità degli Stati, nonché alla loro cooperazione.

La svolta si ebbe a partire dal Trattato di Amsterdam che interveniva sulla materia del controllo delle frontiere e dell’immigrazione su due diversi fronti. Da un lato, esso sanciva, mediante un procedimento di cooperazione rafforzata<sup>71</sup>, l’ingresso dell’*acquis Schengen* nel sistema dei Trattati.

D’altro lato, le materie relative al controllo delle frontiere e dell’immigrazione venivano *comunitarizzate* nel titolo IV del Trattato stesso “*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione*”<sup>72</sup>.

Con il trattato di Amsterdam veniva così riconosciuto uno spazio comune “*di libertà, sicurezza e giustizia in cui fosse assicurata la libera circolazione delle persone*” (art.

---

<sup>69</sup> B. TONOLETTI, *Confini*, cit., p. 63. L’A. evidenzia come “*la possibilità di circolare del tutto liberamente, senza alcun controllo, tra gli Stati membri già allora era stata concepita come il fondamento per la costruzione di una cittadinanza europea*”. In generale, sul legame tra libera circolazione delle persone e cittadinanza si vedano M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006 e B. NASCIBENE - F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.

<sup>70</sup> S. TREVISANUT, *L’immigrazione regolare via mare*, cit., p. 280 nota come all’epoca del trattato di Maastricht “*la gestione delle frontiere esterne era una materia inter-pilastri che rilevava nel primo pilastro per quanto riguarda la materia migratoria e dell’asilo e del secondo e terzo pilastro relativamente alle relazioni esterne con gli Stati terzi e alla materia della sicurezza*”. Cfr. in particolare art 11 TUE nel titolo dedicato alla PESC (Politica estera e di sicurezza comune).

<sup>71</sup> In questo senso B. NASCIBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, 1999, pubblicato anche sul sito della Camera dei Deputati. L’A ritiene che l’inserimento degli accordi di *Schengen* nel Trattato di Amsterdam rappresenti una novità “*nella cooperazione internazionale a livello europeo, tale da integrare il diritto internazionale pattizio nel diritto comunitario vero e proprio. Il "sistema Schengen" diviene così il primo esempio di cooperazione rafforzata che il trattato di Amsterdam contempla*”. Più specificatamente sul procedimento di cooperazione rafforzata C.D. EHLERMANN, *Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d’Amsterdam*, in *RMUE*, 1997, p. 56 ss.

<sup>72</sup> Sull’evoluzione delle competenze dell’Unione a seguito del Trattato di Amsterdam A. TIZZANO, *Brevi considerazioni introduttive sul Trattato di Amsterdam*, in *Com. int.*, 1997, p. 689 ss.

14 TCE) delimitato da frontiere esterne<sup>73</sup> (art. 61 TCE). Tale novità nasceva in particolare con due obiettivi: “*garantire la sicurezza nello spazio comune e controllare l’immigrazione in questo stesso spazio*”<sup>74</sup>.

Per la prima volta, la frontiera esterna non pareva più concepita come la somma dei confini degli Stati, bensì come una frontiera comune<sup>75</sup>.

Tuttavia, i Trattati non specificavano la nozione di frontiera, la quale venne precisata solo con l’approvazione del regolamento CE n. 562/2006 c.d. “Codice Frontiere Schengen”, in base al quale le frontiere interne sono “*le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari effettuati da traghetti*”, mentre le “frontiere esterne” sono “*le frontiere terrestri, comprese quelle fluviali e lacustri, le frontiere marittime e gli aeroporti, i porti fluviali, marittimi e lacustri degli Stati membri, che non siano frontiere interne*” (art. 2 reg. 562/2006)

Come sottolineato da autorevole dottrina, la novità introdotta dal Trattato di Amsterdam lasciava un ampio margine di ambiguità poiché, pur sembrando istituire una frontiera esterna comune, di fatto rimetteva alla responsabilità degli Stati di frontiera, la messa in atto di “*misure appropriate*” per il controllo di confini. Il Trattato precisava, inoltre, che la comunitarizzazione delle materie del Titolo IV non ostava “*all’esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell’ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*” (art. 64 par. 1 TCE).

L’ambiguità del sistema, che si traduceva nella difficoltà di individuare nel concreto le competenze dell’Unione in materia a fronte della esclusiva sovranità statale nella salvaguardia della sicurezza nazionale, ha caratterizzato anche l’attuazione successiva delle norme del Trattato.

Ad esempio, sulla base delle novità normative introdotte dall’art. 62 TCE, è stato adottato il regolamento CE n. 2007/2004 istitutivo di Frontex<sup>76</sup>, l’agenzia dedicata al controllo delle frontiere, la cui nascita avrebbe dovuto rappresentare il “*frutto di un compromesso tra due opposte visioni, volte alla creazione l’una di un organismo intergovernativo e la seconda di un’entità sovra- nazionale*”<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> La Corte di giustizia è arrivata a riconoscere il territorio dell’Unione nella sentenza CGUE dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano* in materia di diritto di soggiorno e cittadinanza.

<sup>74</sup> S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare*, cit., p. 280.

<sup>75</sup> In questo senso B. TONOLETTI, *Confini*, cit., p. 65. In generale sulle frontiere esterne cfr. B. NASCIMBENE - C. ZANGHI, *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teso Editore, Roma, 2009.

<sup>76</sup> In generale sul tema G. CAMPESI, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, Deriveapprodi, 2015; per un’analisi critica riguardo ai poteri dell’Agenzia S. TREVISANUT, *L’Europa e l’immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2008, pp. 367 ss.

<sup>77</sup> F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017, p. 523.

Il regolamento, tuttavia, adottava la soluzione considerata meno invasiva rispetto alla tradizionale competenza degli Stati riguardo alla salvaguardia della sicurezza nazionale, e di conseguenza configurava Frontex quale organismo intergovernativo con compiti di mero monitoraggio e coordinamento delle attività di controllo delle frontiere esterne. Anche a seguito dell'istituzione dell'Agenzia europea per il controllo delle frontiere, la sovranità e la responsabilità nel controllo delle frontiere esterne rimanevano, dunque, sulle spalle dei singoli Stati di confine.

Notevoli passi avanti, nella logica di condivisione delle responsabilità nel controllo delle frontiere esterne sono stati compiuti con l'approvazione del Trattato di Lisbona<sup>78</sup>. La maggior attenzione verso il tema delle frontiere emerge già dalla nuova rubrica del Capo II del Titolo V che per la prima volta ne fa esplicita menzione "Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione".

Rispetto al Trattato di Amsterdam, il Trattato di Lisbona ha il merito di introdurre un approccio maggiormente condiviso tra gli Stati membri in relazione al controllo delle frontiere esterne.

In primo luogo, infatti, viene sancito il principio di solidarietà in materia. Al fine di realizzare *"uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali"*, l'Unione garantisce che *"non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri"*<sup>79</sup>(art. 67 TFUE).

In secondo luogo, si è dato avvio *"all'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne"* (art. 77 lett. c) TFUE).

In relazione al sistema di ripartizione delle competenze in materia, il Trattato di Lisbona ha chiarito che la costruzione dello *"spazio di libertà, sicurezza e giustizia"* rientra tra le competenze concorrenti dell'Unione (art. 2 par. 2 e art. 4 TFUE). Come noto, a differenza delle materie su cui l'Unione ha competenza esclusiva, negli ambiti di competenza concorrente gli Stati membri conservano la propria competenza normativa, che può essere esercitata nel caso in cui l'Unione non intervenga o nel caso in cui l'intervento dell'Unione lasci un margine di discrezionalità agli Stati membri<sup>80</sup>. Negli ambiti di propria competenza l'Unione

---

<sup>78</sup> Per le novità introdotte dal Trattato di Lisbona M. D'AMICO – P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, 2009; B. NASCIMBENE – A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea ad una svolta?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007.

<sup>79</sup> Sul principio di solidarietà in materia di immigrazione, asilo e controllo delle frontiere cfr. D. VANHEULE- J. VAN SELM, C. BOSWELL, *L'Application de l'article 80 TFUE sur le principe de solidarité et de partage equitable de responsabilités entre les Etats Membres y compris sur le plan financier dans le domaines de controles aux frontières, de l'asile e de l'immigration*, document a été demandé par la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, Bruxelles, 2011.

<sup>80</sup> Cfr. E. NEFRAMI, *Ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri in materia di immigrazione*, commissionato dalla Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni, Bruxelles, 2011, p. 10.



agisce, in virtù del principio di attribuzione, al solo fine di raggiungere gli obiettivi che le sono assegnati dai trattati (art. 5 TFUE).

Più precisamente, in materia di controllo delle frontiere, disciplinato in stretta connessione alle politiche di immigrazione e asilo, il Trattato assegna all'Unione obiettivi specifici. L'azione dell'Unione, infatti, deve essere rivolta a: a) garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, b) prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; c) garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne; d) instaurare progressivamente un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne (art. 77 par. 1 TFUE).

Al fine raggiungere tali obiettivi l'Unione può intervenire in alcuni settori specifici, conformemente a quanto stabilito dall'art. 77 par. 2<sup>81</sup>, quali: a) la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) i controlli ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; c) le condizioni alle quali i cittadini dei paesi terzi possono circolare liberamente nell'Unione per un breve periodo; d) qualsiasi misura necessaria per l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne; e) l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne.

In questi settori appena elencati l'Unione può intervenire normativamente, in base alla procedura legislativa ordinaria (cfr. art. 77 par. 2 TFUE).

La competenza concorrente in materia di controllo delle frontiere sembra dunque rappresentare prevalentemente una competenza c.d. "di armonizzazione"<sup>82</sup>, nell'esercizio della quale le istituzioni adottano regole e standard comuni minimi che gli Stati membri hanno l'obbligo di recepire.

Inoltre, i Trattati prevedono dei limiti all'esercizio di tale competenza da parte dell'Unione riservando alla sovranità statale "*il mantenimento dell'ordine pubblico e della salvaguardia della sicurezza interna*" (art. 72 TFUE)<sup>83</sup>.

Tale clausola di riserva di competenza agli Stati sembra esprimersi con particolare forza nel sistema di controllo delle frontiere, volto storicamente proprio a garantire la sicurezza e l'ordine pubblico nazionale. In effetti, limitatamente ad uno degli aspetti che qui maggiormente interessano, sembra che gli interventi adottati dall'Unione, nell'esercizio della propria competenza e coerentemente con quanto disposto dall'art. 77 par. 2 TFUE, al fine di porre in essere "*un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne*" siano stati particolarmente "cauti" proprio per non rischiare

---

<sup>81</sup> Analogamente il TFUE delinea la competenza in materia di immigrazione all'art. 79 del Trattato stesso. Sul tema A. DI PASCALE, *Artt. 78 e 79 TFUE*, in *Commentario al TFUE e al TUE*, A. TIZZANO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013.

<sup>82</sup> Cfr. ancora E. NEFRAMI, *Ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri in materia di immigrazione*, commissionato dalla Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni, Bruxelles, 2011, p. 13. L'A. si riferisce più specificamente alle competenze di armonizzazione attribuite all'Unione in materia di immigrazione.

<sup>83</sup> In materia di immigrazione il limite all'esercizio delle competenze dell'Unione è invece sancito all'art. 79, par. 5 che attribuisce alla competenza esclusiva degli Stati la "*definizione dei volumi di ingresso dei cittadini di paesi terzi ai fini della ricerca di un'occupazione*".

di invadere l'esclusiva sovranità statale in materia di mantenimento della sicurezza nazionale. Ne discende, dunque, un sistema caratterizzato dalla costante ricerca del difficile equilibrio tra le competenze dell'Unione in materia e il rispetto della sovranità degli Stati.

Un tale sistema di ripartizione delle competenze sembra connesso alla natura "ambigua" delle frontiere europee, che seppur siano state definite quali frontiere dell'Unione, il loro controllo è rimesso di fatto alla sovranità dei singoli Stati.

Da un lato, le frontiere sembrano luoghi di "sovranità condivisa"<sup>84</sup>, la cui regolamentazione è rimessa alle competenze dell'Unione con l'obiettivo di garantire l'assenza di controlli alle frontiere interne e istituire un sistema di gestione integrato e condiviso delle frontiere esterne.

D'altro lato, le frontiere continuano ad essere il simbolo della sovranità dei singoli stati<sup>85</sup>, ai quali spetta la competenza esclusiva di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

### **5.1. I confini "ambigui" dell'Europa forzezza: tra sovranità statale e sovranità condivisa**

L'ambiguità e la debolezza del sistema di gestione delle frontiere appena descritto, delineato dal Trattato di Lisbona, è stata messa in luce dai fatti ed, in particolare, dai problemi posti nel 2015 da quella che è stata definita la "maggiore crisi dei rifugiati avvenuta dalla fine della seconda guerra mondiale"<sup>86</sup>. A seguito dell'instabilità del Medio Oriente e soprattutto del conflitto siriano<sup>87</sup>, quell'anno sono giunti in Europa via mare circa un milione di migranti, approdati nella maggior parte in Grecia ed, in misura inferiore, in Italia<sup>88</sup>.

Allo stesso tempo risultava fallimentare il sistema previsto dal Regolamento UE n. 604/2013, c.d. Dublino III<sup>89</sup>, in base al quale, in sostanza, è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale il paese di c.d. primo ingresso, in primis, dunque, Grecia e Italia. I paesi di confine, tuttavia, non riuscendo a gestire

---

<sup>84</sup> Cfr. S. CASSESE, *Territori*, cit., p. 84.

<sup>85</sup> Sul rapporto tra confini e sovranità statale nell'Unione europea, E. BALIBAR, *At the Borders of Europe*, in ID., *We, the People of Europe?*, Princeton, Princeton University Press, 2003, pp. 1 ss.

<sup>86</sup> Cfr. COM(2016) 120 final, del 4 marzo 2016, *Ritorno a Schengen* – Tabella di marcia.

<sup>87</sup> Secondo i dati raccolti nel report UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement 2015* del giugno 2016, i rifugiati siriani a metà 2016 erano circa cinque milioni, dei quali circa settecento mila hanno chiesto asilo in paesi dell'Unione e quasi la metà di questi in Germania. In realtà, l'afflusso eccezionale di persone dal Nord Africa all'Europa era cominciato già nel 2011 con l'avvio della c.d. Primavera Araba cfr. B. NASCIBENE - A. DI PASCALE, *The 'Arab Spring' and the Extraordinary Influx of People who Arrived in Italy from North Africa*, con B. Nascimbene, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 13, n. 3, 2011, p. 341 ss.

<sup>88</sup> Cfr. dati Eurostat sulle migrazioni internazionali [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration\\_and\\_migrant\\_population\\_statistics/it](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/it)

<sup>89</sup> Sull'impatto del Regolamento Dublino III in relazione alla "crisi migratoria" del 2015 si veda B. NASCIBENE, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, pp.101 ss.; si veda anche C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2015, 701 ss.; B. TONOLETTI, *Confini...*, cit., pp. 73 ss.

l'imponente pressione migratoria, non procedevano correttamente ai controlli e all'identificazione dei migranti adottando una politica definita dalla Commissione europea di "*lascia passare*"<sup>90</sup>.

In tal modo, i migranti erano liberi di muoversi nel territorio dell'Unione raggiungendo i Paesi del Nord Europa ove tentavano di presentare domanda di protezione, la quale al contrario avrebbe dovuto essere proposta nel paese di primo ingresso.

Di tutta risposta, numerosi paesi aderenti all'area *Schengen*, hanno reintrodotta formalmente, sulla base gli artt. 25 ss. del Codice Frontiere *Schengen* (regolamento CE n. 562/2006, oggi modificato dal regolamento UE n. 2016/399), controlli "temporanei" alle frontiere<sup>91</sup>.

Scorrendo l'elenco ufficiale delle notifiche statali alla Commissione in merito alla reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne si deduce che la riattivazione "temporanea" dei controlli: a) è richiesta prevalentemente dai paesi del Nord Europa "non di confine" (in particolare, Germania, Austria, Polonia, Ungheria, Francia<sup>92</sup>, Norvegia, Svezia); b) è richiesta, dal 2015, a ripetizione rischiando di divenire permanente<sup>93</sup>; c) è richiesta per cause che sono prevalentemente legate agli incontrollati flussi migratori.

Tra le cause elencate nel predetto documento della Commissione si legge, infatti, "*Continuous significant secondary movements*"; "*big influx of persons seeking international protection*"; "*Irregular migrants attempting to travel to internal border*"):

L'Unione si rese subito conto che per "salvare" il sistema *Schengen*<sup>94</sup> diventava prioritario rendere effettivi i controlli alle frontiere esterne, risultati fallimentari se posti a carico dei soli Paesi di confine.

In particolare, prendendo atto che "*la politica europea comune in materia non si è rivelata all'altezza*", la Commissione ha avviato, a partire dall'Agenda sulla migrazione 2015<sup>95</sup>, una serie di strategie in materia di controllo delle frontiere che agivano su tre piani differenti: a) rafforzare la cooperazione con Stati terzi al fine di

---

<sup>90</sup> Tale espressione è utilizzata dalla Commissione europea nella comunicazione COM(2016) 120 final, del 4 marzo 2016, *Ritorno a Schengen* – Tabella di marcia.

<sup>91</sup> Una tale situazione ha indotto numerosi studiosi ad interrogarsi sulla tenuta del sistema *Schengen* di fronte ai flussi migratori cfr. E. GUILD, - E. BROUWER, K. GROENENDIJK - S. CARRERA, *What is happening to the Schengen borders?*, CEPS paper n. 86, 2015; G. CORNELISSE, *What's wrong with Schengen? Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders*, in *CMLR*, 2014, pp. 741 ss.

<sup>92</sup> Dal documento citato della Commissione europea si evince che La Francia ha richiesto ufficialmente la riattivazione dei controlli per la minaccia terroristica.

<sup>93</sup> Così anche A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*, cit., 3/2016, p. 84. L'A. sottolinea come "*il Trattato di Schengen è stato, anche da parte della dottrina giuridica, molto spesso evocato ed apprezzato ma ben poco approfondito, visto che i controlli alle frontiere interne dell'Unione sono stati sostanzialmente ripristinati*".

<sup>94</sup> Si interroga sulla tenuta del Sistema *Schengen* di fronte ai flussi migratori anche M. BORRACCETTI, *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016.

<sup>95</sup> COM(2015)240final, 13 maggio 2015- Agenda europea sulla migrazione.

ridurre i flussi in ingresso, mediante azioni che sono state definite da molti di “*esternalizzazione delle frontiere*”; b) rafforzare il sistema *Schengen*, razionalizzando la disciplina dei controlli temporanei alle frontiere interne; c) introdurre misure volte ad una gestione integrata delle frontiere esterne.

a) *Cooperazione con Paesi terzi ed esternalizzazione di alcune funzioni di controllo delle frontiere*

Sotto il primo punto di vista, viene in rilievo la comunicazione “Ritorno a *Schengen*” del 4 marzo 2016<sup>96</sup>, nella quale la Commissione, oltre a ribadire la necessità di uno sforzo comune di gestione delle frontiere esterne, affermava la necessità di potenziare il piano di azione intrapreso con la Turchia al fine di “*ridurre sostanzialmente i flussi di arrivo*”.

Dando seguito agli intenti espressi nella predetta comunicazione, è stata quindi approvata la Dichiarazione UE-Turchia<sup>97</sup> del 18 marzo 2016 nella quale si rendeva noto un accordo con il Governo turco al fine di, in estrema sintesi: rimpatriare in Turchia i migranti irregolari giunti in Grecia, precisando che “*per ogni siriano rimpatriato in Turchia dalle isole greche un altro siriano sarà reinsediato dalla Turchia all'UE*”; impegnare la Turchia ad adottare “*qualsiasi misura necessaria per evitare nuove rotte marittime o terrestri di migrazione irregolare*”; impegnare l'UE a finanziare per un totale di 6 miliardi di euro per progetti “*per i rifugiati*”<sup>98</sup>.

Appare scontato sottolineare che entrambe le azioni descritte, pur essendo state definite in molte occasioni di “*esternalizzazione*” delle frontiere<sup>99</sup> non hanno l'effetto di istituire luoghi di frontiera europei in paesi terzi, ma si limitano ad esternalizzare al di fuori dei confini alcune funzioni - come quelle di esame delle domande di protezione e gestione dei migranti in arrivo - con lo scopo di ridurre i flussi in arrivo.

b) *Rafforzamento del sistema Schengen e i controlli delle frontiere interne*

Inoltre, sempre nell'Agenda dell'immigrazione del 2015, la Commissione si era proposta di introdurre “*una norma unica dell'Unione sulla gestione delle frontiere*”. Per rispondere a tale esigenza è stato approvato il regolamento n. 2016/399 del 9 marzo 2016 “*che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*” con lo scopo di razionalizzare le numerose

---

<sup>96</sup> COM(2016)120 final, 4 marzo 2016 *Ritorno a Schengen* - Tabella di Marcia.

<sup>97</sup> Sul tema C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 405 ss; ID., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, 2016, pp. 405 ss.

<sup>98</sup> Per i primi risultati dell'accordo si veda la comunicazione della Commissione europea COM(2016) 349 final, 15 giugno 2016,

*Second Report on the progress made in the implementation of the EU-Turkey Statement.*

<sup>99</sup> Sono soprattutto i rapporti delle organizzazioni internazionali e delle associazioni ad usare tale termine, cfr. il rapporto di *Open Migration, Il processo di esternalizzazione delle frontiere europee: tappe e conseguenze di un processo pericoloso*, 2016. Anche la dottrina, tuttavia, fa riferimento all'“esternalizzazione” delle frontiere cfr. C. FAVILLI, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2017.

modifiche apportate “a più riprese” al regolamento CE n. 562/2006, c.d. Codice Frontiere *Schengen*. La necessità di “*preservare e rafforzare lo spazio Schengen*” veniva ribadita dal Presidente della Commissione europea Jean-Claude Juncker<sup>100</sup> nel suo discorso sullo stato dell'Unione 2017. In particolare, nella lettera di intenti<sup>101</sup> accompagnata allo stesso discorso la Commissione proponeva di modificare il Codice frontiere *Schengen*, appena approvato, al fine di adeguare le norme sul ripristino temporaneo dei controlli alle esigenze attuali, consentendo agli Stati membri di far fronte alle “mutevoli e persistenti” minacce, tra le quali sono indicate in primis le migrazioni e il terrorismo.

La proposta che ha fatto seguito prevede<sup>102</sup>, in primo luogo, di prolungare da sei mesi ad un anno, il periodo di tempo in cui lo Stato può riattivare il controllo temporaneo alle frontiere interne.

In secondo luogo, la proposta mira ad introdurre l'obbligo, a carico degli Stati membri, di presentare allegata alla richiesta di riattivazione dei controlli una valutazione dettagliata dei rischi in relazione alla minaccia individuata<sup>103</sup>.

Se da un lato, mediante tale modifica la Commissione ha affermato di voler riaffermare il ripristino dei controlli alle frontiere quale *extrema-ratio*, d'altro lato, non si può non notare come con l'eventuale approvazione di una simile proposta si potrebbe accentuare ulteriormente la sovranità degli Stati in materia di controllo delle frontiere, rafforzando una prassi a solo vantaggio dei paesi non situati alle frontiera “esterne”, nonché lontana dalla logica del principio di solidarietà affermato dai trattati in materia.

### c) *Introduzione di misure volte ad una gestione integrata delle frontiere esterne*

Al fine di avviare una strategia di controllo integrato delle frontiere esterne sono stati introdotti i c.d. punti di crisi, *hotspots*<sup>104</sup>, nonché è stato approvato il regolamento che rafforza i poteri dell'agenzia Frontex, istituendo la guardia di costiera e di frontiera europea<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> Il testo del discorso è disponibile al sito [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_it.htm)

<sup>101</sup> La lettera è consultabile al sito [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/letter-of-intent-2017_it.pdf)

<sup>102</sup> cfr. , COM(2017) 570 , 27 settembre 2017, *Preservare e rafforzare, del Bruxelles* <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0570&from=IT>

<sup>103</sup> Sulla proposta si veda ugualmente la nota del Senato della Repubblica n. 117, *La proposta di riforma del codice Schengen*, a cura di V. San Felice, Roma, 17 ottobre 2017.

<sup>104</sup> Per gli studi ormai numerosissimi sul sistema *hotspot* si rinvia ai capitoli seguenti. Per quanto qui rileva, analizzano gli *hotspots* in relazione alla gestione delle frontiere esterne B. TONOLETTI, *Confini...*, cit., p. 80; M. SAVINO, *La crisi dei confini*, cit., 739 ss.

<sup>105</sup> Sul regolamento istitutivo della guardia costiera europea F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017, p. 523; S. CARRERA - L. DEN HERTOOG, *A European Border and Coast Guard: What's in a name?*, Papers in Liberty and Security in Europe, Brussels, CEPS, 2016, p. 12.

Il primo passo verso una condivisione delle responsabilità alle frontiere è rappresentato, agli occhi della Commissione europea dall'istituzione dei c.d. *hotspots*, “un nuovo metodo”<sup>106</sup> introdotto dall'Agenda europea del 2015 e poi definiti dal regolamento UE n. 2016/1624 “una zona in cui lo Stato membro ospitante, la Commissione, le agenzie dell'Unione competenti e gli Stati membri partecipanti cooperano allo scopo di gestire una sfida migratoria sproporzionata, reale o potenziale, caratterizzata da un aumento significativo del numero di migranti in arrivo alla frontiera esterna”. Tale “metodo”, inoltre, avrebbe dovuto essere il presupposto per procedere in base al principio di solidarietà alla ricollocazione “un meccanismo temporaneo per la distribuzione delle persone con evidente bisogno di protezione internazionale, in modo da garantire la partecipazione equa ed equilibrata di tutti gli Stati membri allo sforzo comune”. Pur nella logica di condivisione di responsabilità, come si vedrà nei capitoli che seguono, il sistema *hotspot* ha evidenziato numerose criticità soprattutto in relazione al rischio di violazione delle garanzie accordate ai diritti dei migranti.

La seconda novità di rilievo in merito al controllo condiviso delle frontiere riguarda il rafforzamento dei compiti dell'agenzia Frontex e l'istituzione di una guardia costiera europea ad opera del regolamento UE n. 2016/1624<sup>107</sup>, che secondo Robert Kaliák allora presidente del Consiglio UE, avrebbero consentito di “affrontare insieme e più efficacemente le sfide attuali” poiché “solo con una gestione efficace delle nostre frontiere esterne possiamo tornare alla normalità nello spazio Schengen”<sup>108</sup>.

Per la prima volta nella storia dell'Unione, il regolamento istituisce una guardia di frontiera e costiera europea con lo scopo di “garantire una gestione europea integrata delle frontiere esterne”. Ciò si è reso necessario al fine di “affrontare le sfide migratorie e le potenziali minacce future a tali frontiere”, “salvaguardando al contempo la libera circolazione delle persone al suo interno” (art. 1 reg. 2016/1624). La guardia costiera europea non si avvale di personale proprio, ma esso viene messo a disposizione dell'Agenzia Frontex da parte degli Stati membri. Ne discende, dunque, che la responsabilità di gestione delle frontiere esterne, come confermato dall'art. 5 dello stesso regolamento, è condivisa tra “l'Agenzia e le autorità nazionali preposte alla gestione delle frontiere, comprese le guardie costiere nella misura in cui svolgono operazioni di sorveglianza delle frontiere marittime e qualsiasi altro compito di controllo di frontiera”.

Sempre l'articolo 5, tuttavia, precisa però che “gli Stati membri mantengono la responsabilità primaria nella gestione delle loro sezioni di frontiera esterna”.

---

<sup>106</sup> Sulle criticità di fatto concernenti l'Istituzione degli *hotspots* cfr. EU PARLIAMENT, *On the Frontline: the Hotspot Approach to Managing Migration*, Brussels, maggio 2016,

<sup>107</sup> Si veda anche la comunicazione del 15 dicembre 2015 della Commissione COM(2015) 673 final, *A European Border and Coast Guard and effective management of Europe's external borders*.

<sup>108</sup> La dichiarazione è contenuta nel comunicato stampa relativo all'approvazione del regolamento, consultabile al sito <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/09/14/european-border-coast-guard/>

Il regolamento, dunque, pur rafforzando i compiti dell'agenzia Frontex e istituendo, in una logica di condivisione delle responsabilità, la guardia di frontiera europea, mantiene la stessa impostazione sancita dai Trattati, in bilico tra "gestione integrata" e sovranità degli Stati membri nel controllo delle frontiere.

Infatti, la responsabilità dei singoli Stati nel controllo delle frontiere esterne parrebbe rimanere la regola generale, mentre interventi di controllo condiviso previsti dal regolamento – operazioni congiunte e intervento rapido - sembrano previsti solo in situazioni emergenziali.

In particolare, uno Stato membro può richiedere operazioni congiunte quando si trovi a *"far fronte a sfide imminenti, comprese l'immigrazione illegale"* (art. 15, reg. 2016/1624). Sempre per la stessa ragione, uno Stato membro può altresì richiedere un intervento rapido della stessa agenzia alle frontiere esterne. A tali scopi l'Agenzia mette a disposizione la c.d. "riserva di reazione rapida" composta da personale ed attrezzature a sostegno dello Stato membro in difficoltà (art. 17, reg. 2016/1624).

Se uno Stato membro che si trova a fronteggiare sfide specifiche e sproporzionate alle frontiere esterne non ha chiesto un sostegno sufficiente all'Agenzia o non si sta attivando adeguatamente, tanto da mettere in pericolo lo spazio *Schengen*, il Consiglio, può ai sensi dell'art. 19 dello stesso regolamento, adottare senza indugio una decisione, mediante atto di esecuzione, imponendo allo Stato membro interessato di cooperare con l'Agenzia nell'attuazione delle misure di controllo. Se la situazione di rischio permane, la Commissione può attivare la procedura di cui all'articolo 29 del Codice delle Frontiere *Schengen* (regolamento UE n. 2016/399), riattivando i controlli alle frontiere interne.

Un'ulteriore novità del regolamento è l'introduzione della valutazione di vulnerabilità delle frontiera esterna, complementare allo strumento di valutazione *Schengen* di cui al regolamento UE n. 1053/2013.

La valutazione della "vulnerabilità" è effettuata dall'Agenzia in base ai criteri stabiliti dall'art. 13 dello stesso regolamento allo scopo di *"verificare la capacità e la preparazione degli Stati membri ad affrontare prontamente possibili sfide, comprese minacce e sfide presenti e future alle frontiere esterne, identificare, specialmente per quegli Stati membri che devono fronteggiare sfide specifiche e sproporzionate, eventuali ripercussioni immediate alle frontiere esterne e conseguenze successive sul funzionamento dello spazio Schengen, e valutare la capacità di tali Stati membri di contribuire alla riserva di reazione rapida"*.

In particolare, ai fini della vulnerabilità rilevano *"la disponibilità di attrezzatura tecnica, di sistemi, di capacità, di risorse, di infrastrutture e di personale degli Stati membri dotato di adeguata preparazione e competenza necessarie ai fini del controllo di frontiera"*; l'adeguatezza dei mezzi è valutata in base al potenziale rischio *"di flussi migratori"* e *"alle tendenze ed eventuali sfide alle frontiere esterne"*.

In caso di rilevata valutazione di vulnerabilità, l'Agenzia raccomanda allo Stato membro le misure necessarie da adottare.

In sede di approvazione del regolamento si è molto discusso sulle conseguenze in caso di mancata adozione dello stato membro delle misure necessarie raccomandate dall’Agenzia<sup>109</sup>. La proposta iniziale<sup>110</sup>, infatti, prevedeva un intervento diretto dell’agenzia mediante l’attivazione della guardia costiera europea. Tuttavia si è ritenuto che una previsione di tal genere avrebbe avuto un impatto troppo forte sul sistema di competenze dell’UE che attribuisce la competenza della garanzia della sicurezza nazionale alla sovranità statale. Così nel regolamento è stata adottata una soluzione di compromesso, codificata all’art 19, il quale prevede - come visto - che il Consiglio possa adottare senza indugio una decisione, mediante atto di esecuzione, in cui definisce le misure che dovrebbero essere adottate dall’Agenzia per attenuare i rischi. Tra tali misure potrebbero rientrare l’organizzazione di interventi rapidi alle frontiere, nonché il dispiegamento di squadre della guardia di frontiera e costiera europea attinte dalla riserva di reazione rapida.

Analogamente, a quanto sopraesposto, nel caso in cui la situazione di rischio dovesse permanere la Commissione può attivare la procedura di cui all’articolo 29 del regolamento UE n. 2016/399 riattivando i controlli temporanei alle frontiere interne.

Da quanto appena illustrato sembra emergere che gli sforzi compiuti dall’Unione per rendere maggiormente efficaci i controlli alle frontiere esterne, salvaguardando allo stesso tempo lo spazio di libera circolazione interno abbiano comportato l’adozione di soluzioni “ambigue”.

In primo luogo, quelle stesse funzioni su cui a partire dal trattato di Amsterdam, l’Unione ha voluto affermare la propria competenza, vengono “esternalizzate” a paesi terzi come la Turchia, al fine di fermare i flussi migratori che pongono a rischio lo stesso sistema *Schengen*.

In secondo luogo, pur essendo lo stesso preambolo del Codice *Schengen* a riconoscere che la riattivazione dei controlli alle frontiere mina la libertà di circolazione, principio fondamentale su cui si fonda l’Unione europea, la Commissione avvia una proposta per rafforzare il meccanismo di riattivazione dei controlli, quasi a ribadire la sovranità degli stati nel mantenimento della sicurezza nazionale, a discapito del principio di solidarietà affermato dai Trattati.

Ed, infine, le frontiere esterne sembrano essere caratterizzate da una natura “ambigua”, presentando una duplice contraddizione. Esse sono oggetto in casi emergenziali di interventi congiunti a “sovranità condivisa”, come dimostrato ad esempio dall’istituzione degli *hotspot* e dalle altre operazioni previste dal regolamento istitutivo della guardia di frontiera europea. Ma la debolezza degli strumenti adottati per garantire solidarietà agli stati di confine nella gestione della

---

<sup>109</sup> In questo senso F. ZORZI GIUSTINIANI, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in cit., p. 527.

<sup>110</sup> Sulla proposta cfr. J. RIJPMAN, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016.



frontiera esterna, sta producendo talvolta l'effetto paradossale di "risvegliare" il potere del singolo Stato sulle frontiere, anche in aperta polemica contro la gestione europea delle frontiere e dei flussi migratori. Ciò si è verificato di recente lungo la frontiera italiana, quando il Governo ha disposto il divieto di approdo di navi trasportanti migranti e, in un caso, il divieto di sbarco dei migranti a bordo di una nave della guardia costiera italiana approdata al porto di Catania<sup>111</sup>.

Tutto ciò non può che generare un circolo vizioso, apparentemente giustificato dalle norme del diritto dell'Unione appena descritte nonché dagli orientamenti della Commissione: gli Stati non di confine riattivano i controlli alle frontiere di fronte alla debolezza del controllo alle frontiere esterne, il quale rappresenta una minaccia alla loro sicurezza nazionale; gli Stati sulla frontiera esterna, a causa dell'insufficienza di uno sforzo comune nella gestione delle frontiere esterne intervengono al di fuori o in violazione delle norme europee, talvolta con azioni "dimostrative", al fine di spingere l'Unione e gli altri Stati membri ad assumersi effettivamente la gestione condivisa delle frontiere, come richiesto dai Trattati.

Una simile situazione, d'altra parte, sembra essere anche connessa al sistema di competenze stabilito dai trattati. Là dove, come in materia di unione dogale, l'Unione ha competenza esclusiva, la sovranità statale ha effettivamente fatto un passo indietro contribuendo alla creazione del mercato unico. Là dove l'Unione ha competenza concorrente, come in materia di gestione delle frontiere interne ed esterne, ambito per di più direttamente legato alla sicurezza nazionale di stretta competenza statale, l'azione dell'Unione fatica ad affermarsi, prevalendo la sovranità dei singoli Stati.

## **6. I confini dello Stato "frontiera" Italia**

Da quanto appena esposto si deduce che i confini terrestri e marittimi italiani sono tutelati e regolati da una pluralità di fonti di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea. Tuttavia, come visto, lo Stato italiano mantiene una propria competenza sul controllo delle frontiere, sia in quanto recepisce le norme europee adottate in virtù della competenza concorrente che spetta all'Unione in materia, sia in quanto è titolare della competenza esclusiva sul mantenimento della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico interno.

Per quanto riguarda il diritto interno, pur rinviando per una disamina più approfondita al secondo capitolo di questo lavoro, vengono in rilievo anzitutto, le norme della Costituzione.

I confini della Repubblica Italiana, definita all'art. 5 Cost. "una e indivisibile", sono richiamati da due norme costituzionali: l'art. 80 Cost. e l'art. 117 Cost<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> Ci si riferisce al divieto di ingresso nei porti italiani della nave dell'ONG *Acquarius* del 10 giugno 2018 e al divieto di sbarco dei migranti sulla nave *Diciotti* della Guardia costiera italiana approdata nel porto di Catania del 20 agosto 2018.

<sup>112</sup> La dottrina in materia verrà meglio richiamata nel capitolo dedicato all'ordinamento interno. Per ora è sufficiente segnalare sul tema R. BIFULCO, *Art. 5*, in R. BIFULCO - A. CELETTI - M. OLIVETTI, in *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006; L. ANTONINI, *Art. 117*, *ivi*; F. GHIERA, *Art. 80*, *ivi*.

L'art. 80 sembra riflettere il principio di stabilità delle frontiere sancito – come visto – dal diritto internazionale<sup>113</sup>. Come noto, infatti, la predetta norma costituzionale precisa che la ratifica dei trattati internazionali, che comportano modifiche al territorio, devono essere autorizzate con legge dalle Camere.

L'art. 117, comma 2, lett q) precisa che “la protezione dei confini” rientra tra le competenze esclusive dello Stato. La protezione dei confini è, inoltre, connessa ad altre materie di competenza esclusiva dello Stato: “l’immigrazione” (lett. b) e la garanzia dell’“ordine pubblico e sicurezza” (lett. h).

Anche dalla lettura dell'art. 117 della Costituzione si evince come il controllo dei confini sia caratterizzato da una complessa sovrapposizione delle competenze: le competenze concorrenti dell'Unione, da un lato e, d'altro lato, la competenza esclusiva dello Stato a mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza, come stabilito dai Trattati dell'Unione (art. 72 TFUE), nonché dalla Costituzione italiana (art. 117, comma 2 lett q e h).

Fatta questa breve premessa sul contesto costituzionale, è opportuno ora analizzare la disciplina delle frontiere italiane alla luce del contesto europeo.

Anzitutto, è bene precisare che la situazione dell'Italia in relazione al controllo delle frontiere e dell'immigrazione è del tutto particolare, rispetto a quella degli altri Stati membri dell'Unione.

La delicatezza della situazione italiana rispetto al controllo delle frontiere è, in primo luogo, legata alla banale considerazione che, a partire dal 2016 fino ai primi mesi del 2018, l'Italia è stato il primo paese di arrivo di migranti e richiedenti protezione internazionale. Basti segnalare che dei circa 150 mila migranti giunti in Europa nel 2017, oltre 100 mila sono arrivati in Italia<sup>114</sup>.

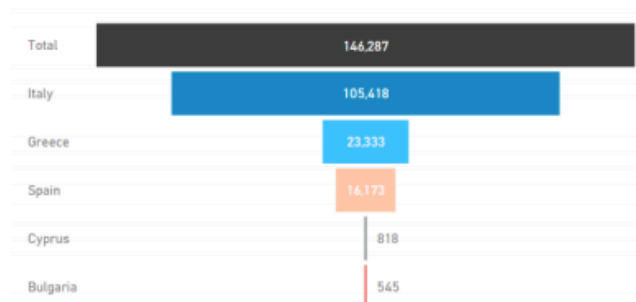
---

<sup>113</sup> Tale principio è ribadito dai Trattati dell'Unione europea: art. 77, par. 4 UE.

<sup>114</sup> Cfr. dati OIM, *Flows Compilation report*, 2017.

## Arrivals to Europe

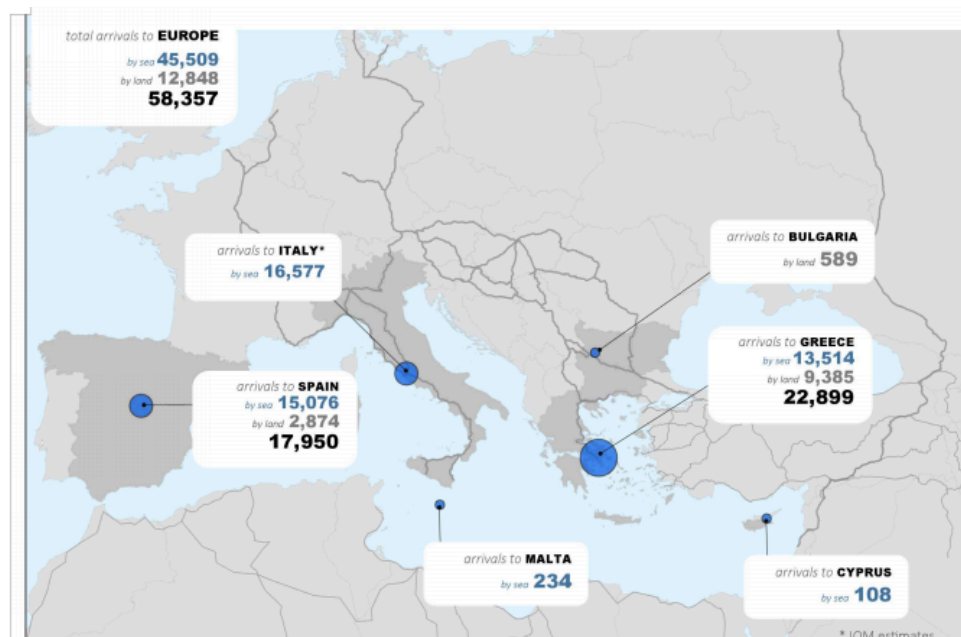
### Total arrivals\*



*Dati dell'Organizzazione mondiale per le migrazioni relativi al 2017*

Nel 2018, a causa probabilmente dell'accordo con la Libia (*infra*) volto a ridurre i flussi in ingresso, nonché all'approccio sempre più rigido del Ministero dell'Interno riguardo agli "sbarchi", gli arrivi via mare sono diminuiti. Nel 2018, da gennaio a giugno sono giunti in Italia via mare circa 16 mila migranti<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Cfr. dati OIM, *Flows compilation report*, 2018; il brusco calo di arrivi nel 2018 è riportato anche dalle statistiche del Ministero dell'Interno [http://www.interno.gov.it/sites/default/files/cruscotto\\_giornaliero\\_07-09-2018.pdf](http://www.interno.gov.it/sites/default/files/cruscotto_giornaliero_07-09-2018.pdf). Secondo il Ministero sono giunti via mare da gennaio ad agosto 2018 circa 20.000 migranti.



Fonte: Dati dell'Organizzazione mondiale per le migrazioni relativi ai flussi verso l'Europa da gennaio a giugno 2018.

Inoltre, la particolare situazione del nostro Paese nel controllo delle frontiere e nella gestione dell'immigrazione sembra discendere dal sistema normativo europeo ed internazionale in materia.

Infatti, per quanto riguarda la disciplina del controllo alle frontiere esterne la posizione dell'Italia si ritiene particolarmente critica per due ordini di ragioni.

Da un lato, alla luce della normativa europea in relazione allo spazio di libertà sicurezza e giustizia, come definito dai Trattati e dall'*acquis Schengen*, fondato sulla "reciproca fiducia" tra gli Stati nel controllo delle frontiere, attribuisce all'Italia la difficile responsabilità di controllare e tutelare, non solo per la propria sicurezza, ma per quella dell'interno spazio *Schengen*, la propria frontiera esterna, composta da – tralasciando il confine con la Svizzera - 7458 km di coste, di cui una buona parte – in particolare quelle siciliane e quelle ioniche – sono considerate dall'Agenzia Frontex "a rischio" a causa dei continui sbarchi di migranti<sup>116</sup>. D'altro lato, proprio perché le frontiere italiane sono soggette ad un flusso massiccio di migranti, esse sono oggetto di operazioni congiunte e di sovranità "condivisa" tra lo Stato italiano e le Agenzie europee.

<sup>116</sup> Cfr. Frontex, *Risk analysis for 2018*.

In secondo luogo, la particolarità della situazione dell'Italia è determinata dal fatto che essa, rappresentando il principale paese di "primo ingresso" dei richiedenti protezione internazionale, è competente a giudicare, conformemente alle Regolamento Dublino III, le domande di protezione internazionale dei cittadini di paesi terzi che hanno fatto ingresso nel territorio europeo ai confini italiani e che non sono entrati a far parte di programmi di ricollocazione.

Fatta questa breve premessa generale, sembra interessante valutare la situazione di fatto delle frontiere italiane, soprattutto alla luce dei recenti interventi dell'Unione europea, descritti nel paragrafo precedente.

A tal fine è necessario tenere distinte, le problematiche che emergono alle "frontiere esterne" dell'Unione - confinanti con paesi terzi - o "frontiere interne" - confinanti con Stati membri-, nonché in relazione ai controlli che sono stati "esternalizzati", tramite accordi di cooperazione, in Paesi terzi. Inoltre, è opportuno considerare separatamente le frontiere esterne considerate "a rischio" perché soggette ad un flusso massiccio di migranti, come le coste e il confine marino del Sud Italia, da quelle invece che non soggette ad un tale rischio, come quelle con la Svizzera<sup>117</sup>.

a) *La frontiera "a rischio" Mediterraneo tra sovranità statale e gestione integrata*

La pressione migratoria a cui è stata soggetta l'Italia negli ultimi anni, ha determinato diverse azioni volte al controllo delle frontiere esterne ed al contrasto dell'immigrazione irregolare: alcune sono espressione del "controllo integrato delle frontiere esterne" come richiesto dai Trattati, altre invece, sono espressione dell'esercizio della competenza statale.

In primo luogo, è stata avviata, coerentemente alle norme sancite dal regolamento sulla guardia costiera europea, l'"operazione congiunta", tra lo Stato italiano e l'Agenzia Frontex, *Themis* volta al recupero e al salvataggio dei migranti diretti verso le coste italiane, nonché al un controllo delle frontiere corrispondenti alla rotta del canale di Sicilia<sup>118</sup>. L'operazione *Themis* ha sostituito la precedente operazione congiunta *Triton*, nonché quella avviata dal Governo Italiano nel 2013, *Mare Nostrum*<sup>119</sup>.

In secondo luogo, sempre nella logica di condivisione del controllo della frontiera esterna italiana sono stati istituiti in Italia gli *hotspots*, metodi/luoghi (cfr. *infra* Cap.

---

<sup>117</sup> Sulla gestione dell'immigrazione ai confini con la Svizzera cfr. A. DI PASCALE, *I rapporti tra l'Unione europea e la Svizzera nei settori dell'immigrazione e asilo*, in *Unione europea e Svizzera tra integrazione e cooperazione*, Milano, 2012.

<sup>118</sup> Maggiori informazioni sull'operazione congiunta appena avviata sono riportate dal sito di frontex <https://frontex.europa.eu/along-eu-borders/main-operations/operation-themis-italy/>

<sup>119</sup> L'operazione *Mare Nostrum* è un'operazione militare e umanitaria promossa dal Governo italiano, il 18 ottobre 2013, a seguito dei naufragi di Lampedusa dove hanno perso la vita più di 400 persone. L'operazione è terminata il 31 ottobre 2014 in concomitanza con la partenza della nuova operazione denominata *Triton*, gestita dalla Agenzia europea Frontex. A differenza di *Mare Nostrum*, *Triton* non essendo un'operazione militare ed umanitaria non consente di intervenire in acque di paesi terzi, ma è prettamente dedicata al controllo delle frontiere. *Triton* è stata recentemente sostituita dall'operazione *Themis*, sempre della stessa agenzia europea Frontex, nonché dalle autorità italiane.

III) gestiti dalle autorità italiane e dalle agenzie europee per le attività di prima accoglienza, ma talvolta anche di trattenimento dei migranti irregolari<sup>120</sup>. E' particolarmente complesso risalire ai dati ufficiali relativi agli *hotspots* in Italia, essendo disponibili solo i dati relativi alla loro istituzione. La circolare del Ministero "Operational Standards Rules" individua alla frontiera esterna 4 *hotspots* con capienza massima tra le 300 e le 500 persone: Lampedusa, Pozzallo, Trapani e Taranto<sup>121</sup>. Gli *hotspots* vanno ad aggiungersi ai centri di prima accoglienza già presenti sul territorio italiano<sup>122</sup>.

Allo stesso tempo, tuttavia, le frontiere italiane continuano ad essere il luogo di espressione della sovranità da parte dello Stato. Ne è un esempio l'azione isolata, ovvero al di fuori dei meccanismi previsti dal diritto europeo in materia, del Ministero dell'Interno Italiano, il quale al fine di fermare i flussi di migranti verso l'Italia ha vietato l'approdo di navi trasportanti migranti e ha vietato lo sbarco ai migranti trasportati da una nave della guardia costiera approdata nel porto di Catania<sup>123</sup>.

*b) Le frontiere interne e la riattivazione dei controlli da parte dei paesi confinanti*

Dal punto di vista delle frontiere interne, invece, vengono in particolare in rilievo le frontiere con la Francia e con l' Austria, dove sono stati riattivati i controlli temporanei, come previsto dagli artt. 25 ss del Codice delle frontiere *Schengen*<sup>124</sup>. Il problema principale, come si vedrà nel terzo capitolo, attiene ai c.d. movimenti secondari di migranti, che tentano di fuggire nel Nord Europa per richiedere protezione internazionale, violando il c.d. criterio del primo ingresso previsto dal Regolamento di Dublino. Un recente rapporto della European Union Agency for fundamental rights (FRA) evidenzia come la situazione ai confini tra Italia e Francia sia particolarmente "tesa", in particolare a Bardonecchia, a causa non solo della chiusura delle frontiere, ma degli interventi della polizia di frontiera francese, avvenuti talvolta in territorio italiano<sup>125</sup>.

---

<sup>120</sup> Per una descrizione dettagliata del metodo *hotspot* si rinvia al terzo capitolo di questo lavoro.

<sup>121</sup> Ministero dell'Interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno*, settembre 2015. Cfr. anche il *Dossier* a cura degli Ispettori della Guardia di Finanza addetti all'Archivio della Commissione, commissionato dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle politiche di sicurezza, dicembre 2017. Inoltre, subito prima della scadenza della legislatura nel 2017 il Ministro dell'Interno Minniti aveva annunciato l'apertura di altri 5 *hotspots*, i quali non sono ancora tutti aperti: Crotone, Reggio Calabria, Palermo, Messina e Corigliano Calabro, in provincia di Cosenza.

<sup>122</sup> Cfr. il *Dossier* a cura degli Ispettori della Guardia di Finanza addetti all'Archivio della Commissione, commissionato dalla Commissione parlamentare di inchiesta sulle politiche di sicurezza, dicembre 2017, p. 20 .

<sup>123</sup> Ci si riferisce nuovamente al divieto di ingresso nei porti italiani della nave dell'ONG *Acquarius* del 10 giugno 2018 e al divieto di sbarco dei migranti sulla nave *Diciotti* della Guardia costiera italiana approdata nel porto di Catania del 20 agosto 2018.

<sup>124</sup> Cfr. in questo senso il Documento della FRA, *Periodic data collection on the migration situation in the EU*, maggio 2018.

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 4. In particolare riporta la notizia pubblicata anche dai media nazionali in questi termini "The situation at the French-Italian border remained tense. French border guards entered a shelter for

Ai fini del presente lavoro si dovrà in particolare valutare se i respingimenti verso l'Italia da parte dei paesi confinanti siano rispettosi dei diritti dei migranti.

*c) L'esternalizzazione in Libia dei controlli alla frontiera*

Infine, è necessario tener presente che alcuni controlli sono stati “esternalizzati” in Paesi terzi al fine di fermare i flussi in arrivo. Ci si riferisce, in particolare, al *Memorandum* di intesa sottoscritto dal Governo italiano e dalle autorità libiche il 2 Febbraio 2017<sup>126</sup>. Mediante tale memorandum, l'Italia si impegna a “*fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione irregolare*”<sup>127</sup> e “*al finanziamento dei centri di accoglienza già attivi, attingendo ai finanziamenti disponibili da parte italiana e a finanziamenti dell'Unione Europea*”. Tale iniziativa è avvenuta con il sostegno economico e politico dell'Unione europea, come emerge dalle dichiarazioni successive al Consiglio europeo di Parigi “*l'Unione europea proseguirà l'applicazione di un approccio politico coerente e integrato presso i Paesi vicini del sud della Libia, al fine di rafforzare le iniziative esistenti nell'ambito della gestione delle frontiere e dei flussi migratori, mobilitando tutti gli strumenti a sua disposizione (diplomazia, sviluppo e sicurezza)*”<sup>128</sup>. Come nel caso della dichiarazione UE- Turchia, è evidente che le azioni intraprese con il predetto *Memorandum*, pur essendo talvolta descritte come “esternalizzazione” delle frontiere, si limitano ad “appaltare” a paesi terzi lo svolgimento di alcuni controlli che generalmente sono svolti ai confini nazionali.

Da questa breve ricostruzione di fatto, si deduce la complessità del controllo delle frontiere italiane, sia per quanto attiene alla natura degli strumenti utilizzati ai fini del medesimo controllo, di derivazione interna ed europea, sia per l'impatto che questi ultimi rischiano di comportare sui diritti fondamentali dei migranti, come si vedrà nel terzo capitolo. In particolare la “frontiera esterna” che affaccia sul Mediterraneo pare mettere in luce con tutta evidenza “l'ambiguità”, già descritta, propria delle frontiere europee alla costante ricerca di un equilibrio tra la necessità di un sistema di gestione integrato e l'esclusiva sovranità degli Stati nel mantenimento della sicurezza nazionale.

---

*asylum seekers at Bardonecchia train station (Italy) and demanded that the staff take a urine sample from a Nigerian man, as they suspected him of drug trafficking, according to media reports”.*

<sup>126</sup> *Memorandum* di intesa tra Italia e Libia firmato a Roma il 2 Febbraio 2017 (1/2017). Il testo è consultabile al sito <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-rubriche/archivio-rubriche-2017/419-fonti-dell-unione-europea-e-internazionali/1840-osf-3-2017-int-3> . In dottrina, C. FAVILLI, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, cit.

<sup>127</sup> Da questo punto di vista è bene sottolineare che con il d.l. n. 84 del 2018, “*Disposizioni urgenti per la cessione di unità navali italiane a supporto della Guardia costiera del Ministero della difesa e degli organi per la sicurezza costiera del Ministero dell'interno libici*” convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2018, n. 98, sono state cedute 12 motovedette italiane alla Libia.

<sup>128</sup> Dichiarazione congiunta – *Affrontare la sfida della migrazione e dell'asilo politico*, Parigi, 28.8.2017 (citato da <http://www.governo.it/articolo/dichiarazione-congiunta/7984>).

## 7. I migranti tra le frontiere: numeri ed elementi essenziali di un fenomeno complesso e globale

Dopo aver ricostruito l'evoluzione e la nozione di frontiera, è ora opportuno porre l'attenzione sui "migranti" che attraversano le frontiere.

Anzitutto è necessario evidenziare che l'OIM, l'organizzazione mondiale per le migrazioni definisce "migrante": "*any person who is moving or has moved across an international border or within a State away from his/her habitual place of residence, regardless of (1) the person's legal status; (2) whether the movement is voluntary or involuntary; (3) what the causes for the movement are; or (4) what the length of the stay is. IOM concerns itself with migrants and migration - related issues and, in agreement with relevant States, with migrants who are in need of international migration services*"<sup>129</sup>.

Dalla nozione appena riportata si comprende che la nozione di migrante comprende tutte le persone che lasciano il proprio luogo di origine per stabilirsi in un altro luogo in modo temporaneo o permanente. La stessa nozione si riferisce ai movimenti "volontari" o "forzati", all'interno di uno stesso paese o tra i confini di Stati diversi. Quando i movimenti migratori avvengono tra i confini di due Stati diversi, essa è definita migrazione internazionale e sarà oggetto del presente lavoro.

Le migrazioni internazionali rappresentano un fenomeno estremamente complesso che tocca situazioni personali e sociali del tutto differenti e coinvolge persone di diversi *background* sociali, economici e culturali.

Nonostante la varietà del fenomeno è possibile desumere dai numerosi rapporti delle Organizzazioni internazionali in materia alcuni elementi caratterizzanti delle migrazioni internazionali<sup>130</sup>.

In primo luogo si tratta di un fenomeno in crescita.

Si stima che i migranti che si spostano da un paese all'altro sono oggi 244 milioni, il 3.3 % della popolazioni mondiale. Nonostante essi rappresentino una minima parte del fenomeno migratorio – molto più consistente all'interno dei confini statali (740 milioni di persone) – il numero di migranti internazionali continua ad aumentare. Si pensi, infatti, che dal 1970 ad oggi il numero di migranti internazionali nel mondo è triplicato. Nel 2000 erano 155 milioni (2, 8% della popolazione mondiale), crescendo dunque in circa 15 anni di 0, 5 punti %<sup>131</sup>. A dimostrazione della crescita continua e in qualche modo inaspettata del fenomeno è utile richiamare la proiezione, svolta dalla stessa Organizzazione internazionale per le migrazioni nel 2003, la quale riteneva che nel 2050 i migranti internazionali nel mondo avrebbero raggiunto i 230

---

<sup>129</sup> OIM, *Key migration terms*, pubblicato sul sito dell'organizzazione <https://www.iom.int/key-migration-terms>

<sup>130</sup> La fonte principale riguardo ai dati sulle migrazioni internazionale è l'U.N DESA – *United Nations Global Migration Database*. (<https://esa.un.org/unmigration/> ). I dati vengono poi analizzati da altre organizzazioni internazionali cfr. in particolare OIM, *World Migration Report*, 2018. Anche la dottrina in materia è molto ampia, su tutti M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2011.

<sup>131</sup> Dati riportati dal OIM, *World Migration Report*, cit., p. 2 ss.



milioni di persone; cifra –come visto – oggi già superata. Una riformulazione di tale studio, svolta nel 2010, ha corretto la proiezione affermando che nel 2050 i migranti internazionali arriveranno a 405 milioni<sup>132</sup>. Seppur è evidente che si tratti di numeri di rilievo, occorre anche notare che la stragrande maggioranza delle persone al mondo continua a risiedere nel paese di nascita.

Table 1. International migrants, 1970–2015

Year	Number of migrants	Migrants as a % of world's population
1970	84,460,125	2.3%
1975	90,368,010	2.2%
1980	101,983,149	2.3%
1985	113,206,691	2.3%
1990	152,563,212	2.9%
1995	160,801,752	2.8%
2000	172,703,309	2.8%
2005	191,269,100	2.9%
2010	221,714,243	3.2%
2015	243,700,236	3.3%

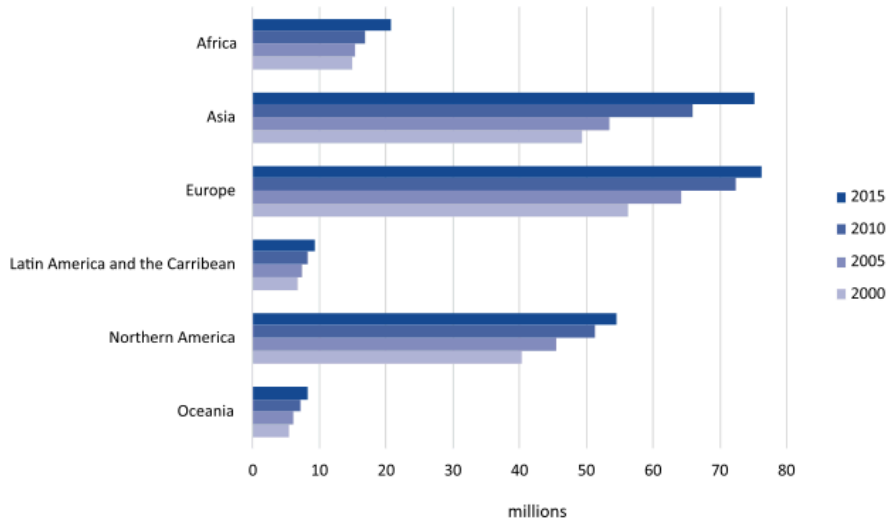
Source: UN DESA, 2008 and 2015a.

In secondo luogo, le migrazioni internazionali rappresentano un fenomeno globale. Per comprendere l'entità del fenomeno è utile osservare i dati relativi a migranti già stabilizzati in altri paesi (*stocks*), nonché i dati relativi ai flussi migratori e quindi relativi ai migranti in movimento verso altri paesi (*flows*). Per quanto riguarda i migranti già stabilizzati in altri paesi, a livello continentale, l'Europa e l'Asia ospitano ciascuna 75 milioni di migranti (62% del totale dei migranti internazionali). Appare consistente anche il numero di migranti – 54 milioni - accolti dal Nord America<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 18.

Figure 1. International migrants, by major region of residence, 2000 to 2015 (millions)

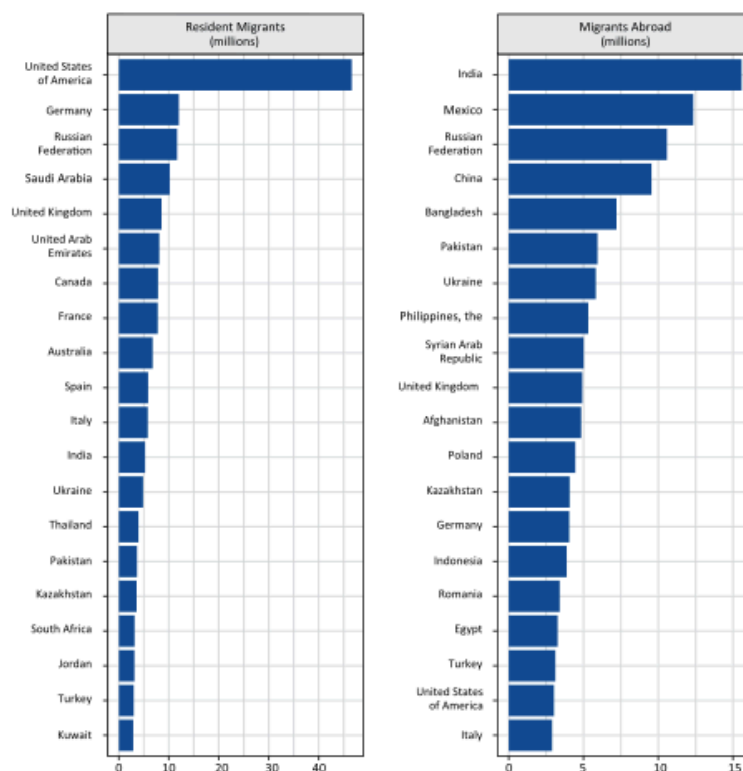


Source: UN DESA, 2015a. Datasets available from [www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml) (accessed 22 June 2017).

All'interno dei continenti, tuttavia, la situazione cambia notevolmente a seconda dei singoli paesi. Gli Stati Uniti di America sono dagli anni '70 il paese con il maggior numero di immigrati (46.6 milioni), seguiti dalla Germania (12 milioni). Per quanto attiene al paese di provenienza circa la metà dei migranti internazionali è nato in Asia, ed in particolare in India – primo paese di provenienza – seguita dalla Cina. L'Italia invece ospita circa 5 milioni di migranti internazionali e, al contrario, 2,5 milioni di italiani emigrano in altri paesi. Ciò conferma che l'Italia è un paese di “immigrazione”, ma continua ad essere anche un paese di emigrazione<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> *Ivi*, p. 21.

Figure 2. Top 20 destinations (left) and origins (right) of international migrants in 2015 (millions)



Source: UN DESA, 2015a. Datasets for the 2015 Revision available at [www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml).

Più complesso invece appare analizzare i dati relativi ai flussi migratori (*flows*), i quali infatti sono stati raccolti dalle Nazioni Unite solo in relazione a 45 paesi<sup>135</sup>. Secondo alcuni studiosi l'andamento dei flussi migratori non può essere dedotto esclusivamente osservando i dati relativi ai migranti stabilizzati in paesi diversi da quello di origine. Sul tema viene in particolare in rilievo lo studio condotto dagli studiosi Abel e Sander, pubblicato sulla rivista *Science*, e ripreso dai rapporti delle organizzazioni internazionali, il quale ha contribuito alla creazione di mappe circolari volte a valutare l'entità dei movimenti migratori tra i diversi continenti e tra Stati<sup>136</sup>.

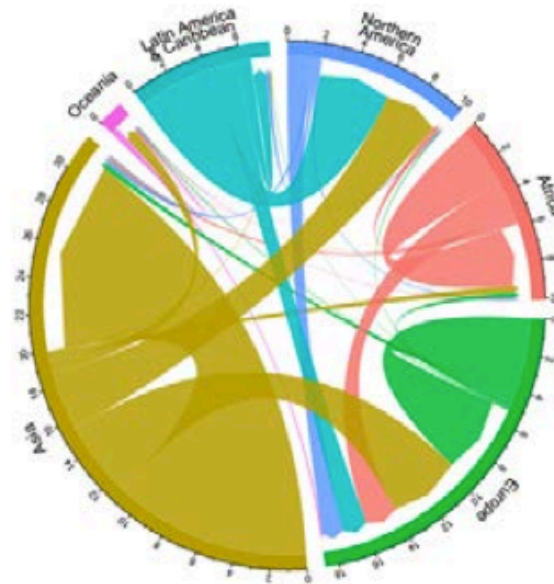
Osservando lo studio di Abel e Sander, che si riferisce a dati raccolti tra il 2005 e il 2010, emerge con chiarezza che i flussi migratori sono un fenomeno globale e non esclusivamente diretto verso l'Europa o gli Stati Uniti.

Ad esempio, i migranti provenienti dall'Africa Subsahariana – che rappresentano la larga maggioranza dei migranti africani – sembrano muoversi prevalentemente nel continente africano. Dal 2005 al 2010, circa 665.000 migranti si sono mossi nell'Africa orientale e 1.000.000 di persone nell'Africa occidentale, contro i 277 mila migranti africani che si sono diretti in Europa.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 22 ss.

<sup>136</sup> J. ABEL – N. SANDER, *Quantifying Global International Migration Flows*, in *Science*, 2014, pp. 1520 ss.

Figure 3. Estimated regional migration flows, 2010–2015



Source: UN DESA, 2015a. Datasets for the 2015 revision of International migration flows to and from selected countries available from [www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/empirical2/migrationflows.shtml](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/empirical2/migrationflows.shtml).

Note: The direction of the flow is indicated by the arrowhead. The size of the flow is determined by the width of the arrow at its base. Numbers on the outer section axis, used to read the size of migration flows, are in millions. So, for example, between 2010 and 2015, there was an increase of around 4 million people in Northern America who were born in Asia.

I dati appena riportati sono stati aggiornati nel 2015 nell'ambito dell'*UN Database on Migration*. Dall'ultimo aggiornamento si evince che i principali paesi di destinazione sono la Germania e gli Stati Uniti, i quali nel 2015 hanno visto l'ingresso rispettivamente di 2 milioni e 1 milione di migranti<sup>137</sup>.

In terzo luogo, le migrazioni internazionali sono generate da cause eterogenee.

Le persone sono spinte a lasciare il paese di origine per diverse ragioni, personali, economiche lavorative, ambientali o che attengono alla violazione dei diritti umani, a situazioni di conflitto o a disastri naturali.

Generalmente si distinguono i “migranti economici”, che lasciano il paese di origine per motivi economici e lavorativi, dai “rifugiati” o “titolari di protezione internazionale”, che fuggono dal proprio paese a causa di violazione di diritti umani, guerre o persecuzioni individuali.

I dati concernenti i migranti economici, sono difficilmente reperibili poiché essi possono essere raccolti mediante l'analisi degli ingressi alla frontiera mediante visto, ma si presume che molti migranti economici attraversino le frontiere irregolarmente.

<sup>137</sup> Cfr. U.N DESA – *United Nations Global Migration Database* (<https://esa.un.org/unmigration/>)

Nel 2013 i migranti lavoratori, già stabilizzati in altri paesi erano 232 milioni, il 70% del totale. Non è un caso, dunque, che nella maggior parte dei rapporti internazionali venga messo in luce come le migrazioni rappresentino un fattore di sviluppo<sup>138</sup>.

Riguardo invece ai richiedenti protezione internazionale, si stima che negli anni recenti, a causa dell'inasprirsi di conflitti e guerre civili – a partire dal caso siriano – siano state costrette a fuggire dai loro paesi di origine 22.5 milioni di persone. Mentre sono 40.3 milioni i c.d. *internal displaced persons* - “sfollati all'interno dei loro stessi paesi”<sup>139</sup>.

I dati appena riportati mettono in luce, seppur sinteticamente, come le migrazioni internazionali siano un fenomeno in costante crescita, globale e complesso, essendo determinato da cause eterogenee.

### **7.1. I migranti alla frontiera**

Una volta riportati i dati essenziali in materia di migrazioni internazionali, è opportuno ricostruire il quadro giuridico di riferimento.

Il primo elemento che viene in rilievo è la libertà di emigrazione<sup>140</sup>, che è tutelata dal diritto internazionale, indipendentemente dalle ragioni che spingono i migranti a lasciare il proprio paese di origine.

A livello universale, infatti, l'art. 13 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo tutela la libertà di emigrare, sancendo che “*ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese*”.

Tuttavia, è solo la libertà di emigrare, intesa quale libertà di uscire dal proprio paese, ad essere sancita quale diritto umano universale<sup>141</sup>. Ad essa non corrisponde alcuna “libertà di immigrazione”, poiché le norme sull'ingresso e sull'ammissione degli stranieri sono rimesse alla sovranità degli Stati. Infatti, il potere dello Stato di rifiutare l'ingresso dello straniero alla frontiera è strettamente connesso al rapporto esclusivo<sup>142</sup> che intercorre tra “popolo” - di cui lo straniero non fa parte - e lo Stato stesso, che esercita la sovranità su un territorio<sup>143</sup>.

Il fatto che alla libertà di emigrare non si accompagni la libertà di immigrare parrebbe attenuarne la stessa portata, al punto da essere definita da autorevole

---

<sup>138</sup> OIM, World Report, cit., p. 28; ma anche fra i tanti si veda il documento dell'OCSE, *Is migration good for economy?*, 2014 pubblicato sul sito <https://www.oecd.org/migration/OECD%20Migration%20Policy%20Debates%20Numero%202.pdf>.

<sup>139</sup> OIM, World Report, cit., p. 33.

<sup>140</sup> Cfr. sul tema U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione*, (libertà di), in NOVISS DIG. IT, XII, 1980, p. 818. Particolarmente di rilievo ai fini del presente studio è l'analisi condotta da E. CAVASINO, *Ius migrandi e controllo delle frontiere*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 531.

<sup>141</sup> Sul tema E. VITTA, *La dichiarazione dei diritti dell'Uomo*, in *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981.

<sup>142</sup> Vi è chi si interroga sull'esclusività del rapporto tra popolo e territorio M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino della Costituzione*, Cedam, Pasova p. 216; I. NICOTRA GUERRARA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, p. 188.

<sup>143</sup> Sul rapporto tra popolo e territorio A. DI MARTINO, *Il territorio*, cit., p. 255 ss.

dottrina quale libertà “a statuto debole”<sup>144</sup> o “asimmetrica”<sup>145</sup>, impedendo allo stesso tempo “*allo ius migrandi di sganciarsi da una prospettiva Stato-centrica*”<sup>146</sup>.

Il secondo elemento che viene in rilievo a livello universale è quello affermato dall’art. 14 della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo che tutela il diritto d’asilo, sancendo “*ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni*”.

Il diritto d’asilo sembra “*scontrarsi*” con la frontiera degli Stati. Secondo la dottrina internazionalistica, infatti, il riconoscimento di tale diritto rappresenta una “*prerogativa sovrana dello Stato*”, essendo rilevabile “*sul piano del diritto internazionale generale*”, la “*totale assenza di norme che pongano allo Stato delle limitazioni, dirette o indirette alla sua libertà di accordare o di non accordare asilo entro il proprio territorio*”<sup>147</sup>.

Si badi, tuttavia, che ciò che è rimesso alla sovranità degli Stati è il riconoscimento dello *status* di asilante e non la possibilità di ingresso nel territorio dello Stato al fine di richiedere protezione, vigendo come noto il divieto di non – refoulement<sup>148</sup>. Nel complesso, quindi, pare di potersi affermare che dal diritto internazionale discendano due principi: ogni Stato deve prevedere l’esistenza del diritto di asilo (e consentire l’ingresso a chi lo voglia far valere); lo Stato è libero di disciplinare i requisiti e le modalità della concessione di tale *status*.

La sovranità degli Stati di non ammettere lo straniero incontra dei “*limiti derivanti dai regimi di protezione internazionale*” (divieto di non refoulement) e dalle norme di diritto internazionale dei diritti umani<sup>149</sup>, le quali ad esempio impediscono di allontanare lo straniero che nel paese di origine possa subire trattamenti disumani e degradanti (cfr. art. 3 CEDU). Tale considerazione induce alcuni autori ad individuare l’esistenza di uno statuto minimo dello *ius migrandi*<sup>150</sup>.

Da quanto appena esposto emerge una prima considerazione che differenzia i migranti alle frontiere dello Stato: coloro che presentano domanda di protezione internazionale hanno diritto di ingresso del territorio dello Stato e non possono essere respinti “*verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche*” (art. 33 Conv. Ginevra 1951); tutti gli altri sono titolari di “*un mero interesse legittimo all’ammissione sul territorio statale, poiché esso può sottostare ad altri interessi*”

---

<sup>144</sup> E. CAVASINO, *Ius Migrandi e controllo delle frontiere*, cit., p. 532.

<sup>145</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Laterza 2007, p. 355

<sup>146</sup> E. CAVASINO, *Ius Migrandi e controllo delle frontiere*, cit., p. 532.

<sup>147</sup> Così M. GIULIANO, *Asilo (diritto di). c) diritto internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 205.

<sup>148</sup> Sulla natura del divieto di non respingimento nel diritto internazionale J. ALLAN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.

<sup>149</sup> B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, p. 237.

<sup>150</sup> E. CAVASINO, *Ius migrandi*, cit., p. 534.

*prevalenti e ai limiti stabiliti dalla legge dello Stato, in conformità delle norme internazionali e delle norme dell'Unione europea*"<sup>151</sup>.

Ne discende che i migranti alla frontiera si distinguono, anzitutto, tra chi ha diritto di ingresso (richiedenti protezione internazionale) e chi non lo ha (tutti gli altri), e questi ultimi si differenziano in coloro che presentano un valido titolo di ingresso e coloro che, non essendone in possesso, sono invece considerati "irregolari".

Secondo questa logica fondata sui diversi titoli di ingresso, ponendo l'attenzione sulle frontiere italiane, come regolate dalle norme interne ed europee, è possibile individuare diverse categorie di migranti.

#### a) *Richiedenti protezione internazionale*

I richiedenti protezione internazionale hanno, come detto, diritto di ingresso nel territorio della Repubblica. Ciò non è solo diretta conseguenza del divieto di non refoulement, ma il diritto di ingresso discende dall'art. 10, comma 3, della Costituzione<sup>152</sup>. La giurisprudenza di legittimità<sup>153</sup>, infatti, ritiene che la norma costituzionale si sostanzia "*in un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo*"<sup>154</sup> "*al fine di esperire la procedura per ottenere lo status di rifugiato*"<sup>155</sup>

Una volta effettuato l'ingresso, allo straniero richiedente protezione internazionale potrà essere accordato, in base alle normative europee ed internazionali in materia<sup>156</sup>, lo status di rifugiato o il titolo di beneficiario di protezione sussidiaria. In particolare lo status di rifugiato sarà accordato a chi "*per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese, oppure apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno*"; mentre la protezione sussidiaria sarà accordata a coloro che non posseggono "*i requisiti per essere riconosciuti come rifugiati ma nei*

---

<sup>151</sup> P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto*, 2011.

<sup>152</sup> Sul tema che sarà meglio approfondito nei capitoli che seguono, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.

<sup>153</sup> Tra le pronunce della Corte di Cassazione in questo senso, v. Cassazione Civile, Sezioni Unite, 26 maggio 1997, n. 4674; Cassazione Civile, Sezione I, 4 maggio 2004, n. 8423; Cassazione Civile Sezione I, 1 settembre 2006, n. 18941; Cassazione Civile, Sezione I, 8 novembre 2007, n. 23352. Sul diritto d'asilo quale "diritto soggettivo" cfr. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 31 ss. Inoltre, ripercorre la giurisprudenza di legittimità sul diritto d'asilo E. XANHARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.

<sup>154</sup> Cassazione Civile, Sezioni Unite, 26 maggio 1997, n. 4674.

<sup>155</sup> Cassazione Civile, Sezione I, 4 maggio 2004, n. 8423.

<sup>156</sup> cfr. in particolare Direttiva 2011/95/UE "*recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*".

*cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornassero nel paese di origine, correrebbero un rischio effettivo di subire un grave danno*<sup>157</sup>.

Se lo straniero non rientra tra le predette categorie, ma viene ugualmente considerato meritevole di tutela, potrà beneficiare delle garanzie previste dal permesso di soggiorno per motivi umanitari, istituito di diritto interno disciplinato di cui all'art. 5, comma 4, D.lgs 286 del 1998.

#### *b) Minori non accompagnati*

Ugualmente in base alla normativa italiana<sup>158</sup> in materia hanno diritto di ingresso nel territorio dello Stato i minori non accompagnati<sup>159</sup>, nei confronti dei quali *“in nessun caso puo' disporsi il respingimento”* alla frontiera.

#### *c) Stranieri che presentano un titolo valido di ingresso*

Per essere ammessi alla frontiera gli stranieri extra-comunitari devono rispondere alle condizioni stabilite dal Codice delle Frontiere *Schengen* (Reg. UE 2016/399), nonché dalle norme del T. U. dell'Immigrazione<sup>160</sup>.

In particolare, è richiesto il possesso di un documento di viaggio valido (generalmente il passaporto); di un visto valido, se richiesto a norma del regolamento CE n. 539/2001 del Consiglio, salvo che si sia in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto per soggiorni di lunga durata in corso di validità.

E' necessario, inoltre, giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno ovvero di essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi.

Infine, lo stesso Codice delle Frontiere richiede che lo straniero non sia segnalato nel SIS (Sistema informativo *Schengen*) e che non sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri.

#### *c) Irregolari*

Tutti coloro che non rientrano in queste categorie sono considerati irregolari e come tali non meritevoli di ingresso nel territorio dello Stato. Anzi la reazione dello Stato nei confronti degli ingressi irregolari può essere particolarmente incisiva, comportando misure quali l'accompagnamento alla frontiera, il respingimento e il

---

<sup>157</sup> Definizioni specificate dall'art. 2, Dir. 2011/95/UE.

<sup>158</sup> Cfr. in particolare 7 aprile 2017, n. 47 *“Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”*. In dottrina C. DI RUZZA, *I minori stranieri non accompagnati*, in L. CARROZZA – M. DELLA MORTE –S. GIOVA, *Fenomeno migratori ed effettività dei diritti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 91 ss.

<sup>159</sup> Il D.lgs. n. 142 del 2015 definisce all'art. 2 il minore non accompagnato *“lo straniero di età inferiore agli anni diciotto, che si trova, per qualsiasi causa, nel territorio nazionale, privo di assistenza e rappresentanza legale”*.

<sup>160</sup> Il tema delle condizioni di ingresso dello straniero è affrontato da L. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2012.



trattenimento<sup>161</sup>. Inoltre, l'attraversamento irregolare della frontiera è punito penalmente, coerentemente a quanto disposto dall'art. 10 D.lgs. 286 del 1998.

I migranti che si presentano alla frontiera vi vengono dunque "categorizzati" in base ai diversi titoli di ingresso. Non solo, ma sembra possibile affermare che il titolo di ingresso influenzi lo *status* dello straniero<sup>162</sup> nel territorio, salvo poi la possibilità di conversione del titolo di soggiorno, dal quale dipende la garanzia dei diritti spettanti allo straniero. La tutela più ampia è così accordata dalla legge allo *status di rifugiato* per poi progressivamente "scalare" a seconda dei diversi *status* dello straniero regolarmente soggiornante, fino ad arrivare alla sola garanzia del nucleo essenziale dei diritti agli stranieri irregolari<sup>163</sup>. Come è stato osservato, dunque, dal "*principio di sovranità territoriale*" – di cui le frontiere sono espressione – "*deriva la frammentazione degli status dei non cittadini*"<sup>164</sup>.

La rigida suddivisione dei migranti alla frontiera in base ai titoli di ingresso collegata all'assenza di un approccio globale<sup>165</sup> in materia di migrazioni si traduce nella concreta difficoltà di gestione dei c.d. flussi misti alla frontiera.

Ciò è particolarmente evidente alla frontiera esterna italiana che affaccia sul Mediterraneo che vede quotidianamente l'arrivo di "flussi misti", composti da richiedenti protezione internazionale e da migranti economici che non posseggono alcun titolo di ingresso.

La prima criticità riguarda la difficoltà oggettiva da parte delle autorità di affrontare i casi dei singoli migranti "*individualmente*", analizzando i motivi che hanno portato ciascun migrante sino alla frontiera italiana. Come denunciato da alcune organizzazioni non governative, ciò rischia di determinare talvolta respingimenti adottati "*sulla base di interviste sommarie*" e "*sulla nazionalità del migrante*", dalla quale le autorità fanno dipendere la sussistenza o meno della possibilità di richiedere protezione<sup>166</sup>. Ciò rischia di tradursi in una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 4 che vieta i respingimenti collettivi<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> Le norme sul respingimento sono sancite all'art. 10 D.lgs. 286 del 1998, le norme sulle espulsioni e sulle modalità di esecuzioni, quali il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera agli artt. 13 e 14 del medesimo decreto legislativo.

<sup>162</sup> Su tutti E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, in *Digesto IV* ed. Vol. 15, Utet, Torino, 1999.

<sup>163</sup> cfr. sul tema E. BETTINELLI, *I diritti essenziali (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 31 ss.

<sup>164</sup> E. CAVASINO, *Ius migrandi*, cit., p. 540.

<sup>165</sup> Un passo avanti in questo senso è stato compiuto in senso alle Nazioni Unite con l'approvazione del *Global Compact on Migration* il 13 luglio 2018 [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713\\_agreed\\_outcome\\_global\\_compact\\_for\\_migration.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf)

<sup>166</sup> Cfr. in particolare i rapporti di Oxfam, *Hotspot: il diritto negato*, 2015 e quello di Amnesty International, *Rapporto Hotspot*, 2016.

<sup>167</sup> Il tema verrà approfondito nel terzo capitolo qui basti ricordare che la Corte Edu nel caso "Corte EDU, Grande Chambre, del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*" ha affermato che i respingimenti collettivi violano l'art. 4 del protocollo n. 4, posto che avvengono senza alcuna valutazione delle peculiarità di ogni singolo caso.

La seconda criticità<sup>168</sup> risiede in un'assurda equiparazione di trattamento tra coloro che sono titolari di un diritto di ingresso, conformemente alle norme costituzionali e coloro ai quali invece non spetta alcun diritto.

Ciò è sicuramente vero sino al momento della presentazione della domanda di protezione, come dimostra la recente disciplina di cui all'art. 10 ter D.lgs 286 del 1998<sup>169</sup>. Infatti, tanto “*lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare*”, tanto coloro che devono presentare domanda di protezione internazionale sono trasportati nei punti di crisi ai fini di primo soccorso, assistenza e per l'espletamento delle procedure di identificazione.

## **8. Impostazione teorica dei problemi**

Affrontare il tema delle frontiere in relazione ai flussi migratori pone da un punto di vista teorico problematiche profonde e complesse che sono state affrontate dagli studiosi di ogni tempo.

In particolare, si intendono qui ricostruire due principali nodi teorici.

In primo luogo, la frontiera, simbolo della sovranità statale diviene ostacolo e limite alla libertà di migrare, sulla cui esistenza, come si vedrà nei paragrafi che seguono, si sono interrogati eminenti studiosi dall'inizio del 1500 sino ai giorni nostri.

In secondo luogo, è necessario ripercorre il pensiero di coloro che hanno ragionato sul rapporto tra l'universalismo dei diritti umani e l'esistenza delle frontiere degli Stati. L'affermazione dei diritti universali è sufficiente a garantire i diritti dei non cittadini oltre la frontiera? La frontiera, infatti, sembra in alcuni casi rappresentare il limite spaziale alla tutela dei diritti, realmente protetti solo all'interno dei confini degli Stati. Gli Stati tutelano, quanto meno nel loro contenuto minimo, i diritti degli stranieri presenti sul territorio. Al di là di ciò, esiste un nucleo minimo di diritti che deve essere garantito a livello internazionale e universale?

Consapevoli della complessità delle questioni poste - alle quali non si ambisce a rispondere in questa sede - si vuole qui delineare il pensiero di alcuni studiosi in materia al fine di individuare i problemi teorici principali, con particolare attenzione a coloro che vedono le problematiche attinenti alla situazione in cui versano i rifugiati, quale emblema del fallimento della protezione internazionale dei diritti umani.

L'analisi dei nodi teorici appena descritti può forse rappresentare un utile punto di partenza per affrontare le problematiche giuridiche e costituzionali connesse al tema in esame poiché gli interrogativi e le contraddizioni messe in luce a livello teorico sembrano riflettersi, non di rado, nel diritto positivo vigente.

---

<sup>168</sup> Le criticità del sistema di protezione internazionale sono messe in luce da G. PELACANI, *Note su alcune (già da tempo note) deficienze del sistema di accoglienza e dell'accesso alla protezione internazionale*, in L. CARROZZA – M. DELLA MORTE – S. GIOVA (a cura di), cit., p. 61 ss.

<sup>169</sup> Tale norma è stata introdotta nel Testo unico sull'immigrazione dal c.d. Decreto Minniti-Orlando D. l. 17 febbraio 2017, n. 13 “*Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale*”, convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46.

### 8.1. Frontiere e libertà di migrare

La prima problematica che il tema del controllo delle frontiere pone è, come appena detto, quello del rapporto o del “conflitto” tra la sovranità degli Stati a difendere e i propri confini e la libertà di circolazione, o più specificamente la libertà di migrare<sup>170</sup>, intesa a livello astratto quale “*libertà di attraversare i confini fra gli stati con l'intenzione di soggiornare per un tempo prolungato o indefinito in uno stato diverso da quello di provenienza*”<sup>171</sup>. Tale libertà, dunque, presupporrebbe due azioni: quella di uscire (emigrare) dal proprio paese e quella di entrare (immigrare) ai fini del soggiorno in un altro paese.

È davvero possibile parlare di libertà di migrare?

Il tema non è certamente nuovo, ma si è posto con forza già all'indomani della conquista del nuovo mondo da parte del Regno di Spagna tra la fine del 1400 e l'inizio del 1500.

Teologi e studiosi di diritto concentrarono i loro sforzi al fine di individuare una possibile legittimazione giuridica all'appropriazione delle terre oltre oceano e alla sottomissione delle popolazioni indigene. Tra i vari pensatori, spicca in particolare Francisco de Vitoria, uno dei più influenti teologi dell'epoca, che nelle sue *Relectiones de Indiis* tenute all'Università di Salamanca nel 1539, teorizzò per la prima volta il c.d. *ius migrandi*, il diritto di emigrare, quale diritto naturale universale e fondamento del diritto internazionale nascente<sup>172</sup>. Ogni individuo secondo De Vitoria è *dominus*, padrone del mondo essendo quest'ultimo governato dal principio, proprio del pensiero aristotelico, della “*naturale socialità e comunicazione tra gli uomini*”. Da questo principio discendono secondo De Vitoria alcuni corollari fondamentali, come lo *ius commercium*, lo *ius peregrinandi*, e lo *ius migrandi*, il diritto di migrare in altre terre. Ne consegue un corrispondente dovere di ospitalità, che se non accordato può giustificare lo *ius belli* e la conquista delle terre<sup>173</sup>.

Poco dopo De Vitoria, l'olandese Grozio, ripropone l'idea di una *communitas orbis* in cui gli uomini si muovono liberamente tra le frontiere degli Stati. Tale *communitas orbis* si fonda sullo *ius migrandi*, e sul corrispondente dovere degli Stati di ospitalità, essendo “*proprio dei barbari respingere gli stranieri*”<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> In generale sul tema M. MECCARELLI - P. PALCHETTI - C. SOTIS, *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Quodilbet, Macerata, 2012.

<sup>171</sup> G. ITZOVIC, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2/2013, p. 434; L'A. si riferisce più precisamente al “diritto di migrare”, costituito da due elementi: l'attraversamento dei confini e la finalità di soggiorno. Infatti secondo lo stesso autore “*Il soggiorno del migrante (...) è un primo elemento essenziale che vale a distinguere il migrante dal viaggiatore e dal turista – soggetti che, pur attraversando i confini, non rivendicano né esercitano un diritto di migrare*”

<sup>172</sup> In questo senso L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, 2018, pp. 198 ss.

<sup>173</sup> F. DE VITORIA, *De indis recenter relectio prior*, in ID., *De indiis et de iure belli relectione. Relectiones theologicae XII*, a cura di E. NYS, Oceana, New York, 1964, sez III, pp. 257 ss.

<sup>174</sup> H. GROTIUS, *The Law of War and Peace (De jure belli ac pacis)*, 1646, ried. New York, 1949, II.

Ancora, John Locke collegò lo *ius migrandi* al lavoro, quale titolo per l'utilizzo della terra e mezzo per la sopravvivenza. Nemmeno la proprietà della terra, secondo Locke, può pregiudicare il diritto di emigrare “*perché vi è terra sufficiente nel mondo da bastare al doppio di abitanti*”<sup>175</sup>.

Fino ad allora, dunque, lo *ius migrandi* era stato teorizzato quale libertà di ogni individuo di migrare e soggiornare in altri Stati, ma ciò era stato pensato a solo beneficio delle popolazioni europee per legittimare l'appropriazione delle terre oltre confini. Gli studiosi dell'epoca non si erano posti, per ovvi motivi, il problema opposto, ovvero il fatto che la diretta conseguenza dell'affermazione dello *ius migrandi* era l'accoglienza dello straniero entro i propri confini.

In realtà, non mancarono gli studiosi che, in quegli stessi anni, quasi profeticamente, mettevano in guardia rispetto all'affermazione dello *ius migrandi* e del principio di ospitalità. Tali principi erano sì serviti per legittimare le conquiste europee, ma allo stesso tempo avrebbero potuto consentire ai forestieri di “*recar danno o disonore al nostro Stato, alla nostra famiglia*” ...” *Ogni popolo, ogni Stato dovrebbe quindi regolare a norma del proprio interesse le condizioni dell'ospitalità*”<sup>176</sup>.

Ecco dunque che inizia ad emergere la contrapposizione tra libertà degli Stati di regolare “*a norma del proprio interesse*” gli ingressi sul proprio territorio e la libertà di migrare.

Il tema è stato affrontato un secolo più tardi da uno dei più grandi filosofi di ogni tempo Immanuel Kant, nel saggio “La Pace perpetua” del 1795. A differenza degli studiosi appena richiamati, Kant non affronta esclusivamente il tema della libertà di emigrare “oltre i confini”, ma anche quello della libertà di immigrare “all'interno dei confini”, mirando ad individuare un punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: la libertà di migrare e la libertà degli Stati di difendere i propri confini<sup>177</sup>.

Secondo Kant, il punto di equilibrio non potrà mai essere trovato con i mezzi propri del diritto pubblico o del diritto internazionale, che si fondano sulla sovranità degli Stati, ma esso deve essere cercato in una nuova branca del diritto, immaginata dallo stesso studioso, il diritto “cosmopolitico”, volto a regolare in particolare le relazioni tra gli stranieri e gli Stati.

In particolare, il diritto cosmopolitico accorda agli stranieri un diritto di visita e agli Stati un dovere di ospitalità universale<sup>178</sup>.

Riguardo al diritto di visita, Kant afferma che esso consiste nel diritto degli stranieri di non essere trattati come nemici dello Stato. Allo stesso tempo Kant, memore dei soprusi che avevano messo in atto i conquistatori spagnoli, precisa che il diritto di visita impone agli stranieri di rispettare lo Stato in cui arrivano. In altre parole, il

---

<sup>175</sup> J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, 1690, traduzione italiana a cura di L. PAREYSON, Utet, Torino, 2010, p. 264.

<sup>176</sup> S. VON PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, 1672, v. II, libro terzo, p. 62.

<sup>177</sup> In questo senso D. DI CESARE, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, p. 63.

<sup>178</sup> I. KANT, *Per la pace perpetua*, 1975, trad. it R. BORDIGA, Feltrinelli, Milano, 2003, Ab 41, p. 65.

diritto di visita non può diventare la giustificazione alla conquista e all'imperialismo, ma deve essere il simbolo del rispetto e della pace tra i popoli. Kant, inoltre, precisa che agli stranieri spetta un diritto di visita temporaneo e non di soggiorno prolungato. Solo il diritto di visita discende direttamente dal diritto naturale, il diritto di soggiorno (comunque temporaneo), scrive Kant, potrebbe essere regolato da un "contratto benevolo"<sup>179</sup>.

Riguardo al dovere di ospitalità, Kant sottolinea come esso non appartenga semplicemente alla sfera della morale, ma è un principio giuridico universale, condizione della pace perpetua. Anche il dovere di ospitalità può essere condizionato e limitato dagli Stati stessi, avendo questi ultimi la libertà di ammettere o meno gli stranieri sul proprio territorio. Il rifiuto dello straniero, tuttavia, trova un limite: lo Stato non può respingere lo Straniero se ciò può arrecare danno alla vita e all'integrità fisica della persona<sup>180</sup>. Secondo molti autori proprio da questa considerazione di Kant discenderebbe il divieto di non refoulement, cardine della protezione accordata dal diritto internazionale ai rifugiati<sup>181</sup>.

Neanche nel pensiero di Kant, dunque, la libertà di migrare è incondizionata poiché, da un lato, la libertà di immigrazione consiste in un diritto di visita temporaneo e d'altro lato, la scelta relativa all'ammissione dello straniero alla frontiera è rimessa comunque agli Stati, a meno che ciò – come visto - non rischi di arrecare danno alla vita dello straniero.

Le teorie appena richiamate sembrano aver influenzato non solo la tradizione del pensiero liberale che ha sempre considerato lo *ius migrandi*, inteso esclusivamente quale libertà di emigrare, quale diritto umano fondamentale, ma anche il diritto positivo.

Come visto, il diritto vigente sancisce la sola libertà di emigrare, non esistendo alcun riferimento alla libertà di immigrazione, che anzi è rimessa alla sovranità degli Stati, potendo questi ultimi limitarla o vietarla, salvo il divieto di *non-refoulement*.

Tale concezione asimmetrica del diritto è criticata tutt'oggi da autorevole dottrina che ritiene che la configurazione della libertà di emigrare quale diritto fondamentale implichi l'esistenza del diritto di immigrare o, quanto meno, da esso debba necessariamente discendere l'obbligo per i pubblici poteri di non impedirne l'esercizio<sup>182</sup>.

In effetti, spostando l'attenzione sul dibattito attuale, i filosofi americani ed europei, data la crescente immigrazione verso i paesi occidentali, si sono interrogati a fondo sull'esistenza della libertà di migrare, tanto da sviluppare un nuovo campo di studio "l'etica delle migrazioni".

Sembra particolarmente interessante, ai fini del presente lavoro, ripercorre il dibattito sorto alla fine degli anni ottanta tra due filosofi statunitensi Micheal Walzer e Joseph

---

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> In questo senso cfr. D. DI CESARE, *Stranieri residenti*, cit., p. 63.

<sup>182</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuri*, cit., 355; ID., *Manifesto per l'uguaglianza*, cit., pp. 198 ss.

Carens, i quali si sono concentrati sulla libertà di migrare e sulla regolamentazione dei confini<sup>183</sup>.

Il primo, le cui teorie vengono generalmente ricondotte alla corrente del “comunitarismo”, riflette sul tema dell’immigrazione nel libro “Sfere di giustizia” del 1983, esaltando la sovranità dello Stato i cui confini delimitano e difendono l’appartenenza ad una stessa comunità. Walzer fonda il suo ragionamento sul concetto di appartenenza alla comunità, caratterizzata da cultura e valori condivisi. “L’appartenenza”, secondo Walzer, “vale in proporzione a ciò che i membri di una comunità politica debbono l’uno all’altro e a nessun altro”. Le politiche di immigrazione possono essere selezionate solo dai membri della comunità: “solo chi è già membro può effettuare una simile scelta in base a ciò che significa per loro appartenere alla comunità”<sup>184</sup>.

Ne consegue che solo i cittadini, in base al principio fondamentale di autodeterminazione, possono decidere chi ammettere all’interno della frontiera. A proposito Walzer suggerisce due ipotesi: è possibile ammettere alla comunità gli stranieri “affini” per storia e per cultura; è possibile ammettere per un tempo determinato gli stranieri in una logica di “reciproco aiuto”, imposta dalla “moralità” nei casi in cui gli stranieri fuggano da una situazione pericolo.

Nella teoria di Walzer, dunque, non esiste alcuna libertà di emigrare. La libertà di emigrare e immigrare sono “moralmente” asimmetriche, poiché l’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato rischia di incidere negativamente sul diritto fondamentale di autodeterminazione della comunità; unico soggetto legittimato a decidere l’ammissione alle frontiere<sup>185</sup>.

Solo quattro anni dopo la pubblicazione dell’opera di Walzer, il filosofo Joseph Carens pubblico il saggio “*Aliens and citizens: the case of open borders*”<sup>186</sup> in aperta critica verso l’approccio comunitarista dei “confini chiusi”.

Carens inizia il ragionamento partendo da una constatazione di fatto “*border have guards and guards have guns*”<sup>187</sup>, inducendo immediatamente il lettore a porsi alcuni interrogativi: “Cosa giustifica l’uso della forza nei confronti delle persone che cercano di attraversare la frontiera? Forse le frontiere e le guardie hanno l’obiettivo di tenere lontano i terroristi, invasori armati o criminali. Ma la maggior parte di coloro che vogliono superare le frontiera non sono così. Sono persone normali e pacifiche, alla ricerca di una vita dignitosa e sicura per loro e le loro famiglie. Quale contesto morale può giustificare il divieto di ingresso nei confronti di questo

---

<sup>183</sup> Il dibattito è riportato anche da D. DI CESARE, *Stranieri residenti*, cit., pp. 36 ss.

<sup>184</sup> M. WALZER, *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987, p. 42.

<sup>185</sup> *Ivi*, p. 49.

<sup>186</sup> J. CARENS, *Aliens and citizens: the case of open borders*, in *The Review of politics*, 1987, p. 257 ss; il saggio è stato pubblicato anche in Id., *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2013, p. 246 ss.

<sup>187</sup> J. CARENS, *The Ethics of Immigration*, cit., p. 246.

*genere di persone? In base a cosa viene conferito il diritto di puntare pistole contro di loro?*<sup>188</sup>”

Il fatto che le frontiere siano “chiuse” e controllate dalle forze di polizia non dovrebbe apparire scontato. Ciò che invece dovrebbe essere scontato è il principio opposto: la libertà di emigrare, che è una libertà fondamentale<sup>189</sup>.

Carens argomenta la sua teoria facendo riferimento ad altri due principi: l’eguaglianza e la cittadinanza.

La cittadinanza, nel mondo di oggi, costituisce un ostacolo all’eguaglianza. Essa, infatti, non è altro che un privilegio, analogamente a quanto avveniva nella divisione di classe delle società medievali. Essere cittadino di uno Stato europeo o degli Stati Uniti equivarrebbe a far parte della nobiltà medievale; essere cittadino di uno Stato africano equivarrebbe a far parte del popolo dei contadini. Ecco che allora secondo Carens la libertà di migrare rappresenta un prerequisito “essenziale anche per l’eguaglianza di opportunità”, contribuendo “a rimuovere le diseguaglianze sociali ed economiche”<sup>190</sup>. Solo gli “open borders” garantendo la libertà di migrare possono assicurare l’eguaglianza sociale.

Anche in Europa, soprattutto a seguito della c.d. “crisi migratoria” del 2015 i filosofi hanno nuovamente ragionato sul rapporto tra la libertà di migrare e i confini. In particolare, il dibattito è si è acceso tra i filosofi tedeschi a seguito della decisione della Germania di aprire le frontiere e sospendere il Regolamento di Dublino III, nei confronti dei richiedenti protezione provenienti dalla Siria<sup>191</sup>, tanto da indurre l’associazione dei filosofi tedeschi a bandire un *call for papers* da titolo “*Quanti e quali profughi dobbiamo accogliere?*”<sup>192</sup>

Tra gli studi recenti dei filosofi tedeschi viene in rilievo in particolare la recentissima opera di Julian Nida-Rumelin “Pensare oltre ai confini”<sup>193</sup>. L’Autore – in estrema sintesi - mira a superare i due paradigmi filosofici mediante i quali è stato spesso affrontato il tema delle migrazioni: l’uno fondato sull’appartenenza della comunità e “la chiusura dei confini”; l’altro incentrato sulla libertà di migrare, l’uguaglianza e “l’apertura dei confini”<sup>194</sup>. A tal fine l’autore critica la teoria della “open borders”, dedicando un intero capitolo alla “legittimazione dei confini”<sup>195</sup>. Per spiegare la sua teoria, l’Autore fa l’esempio di un senza tetto che entra senza alcun permesso in casa

---

<sup>188</sup> *Ivi*, p. 247.

<sup>189</sup> *Ivi*, p. 248.

<sup>190</sup> *Ivi*, pp. 249.

<sup>191</sup> Ci si riferisce al programma di *resettlement* “Hap Syrien” promosso dal Governo tedesco a favore dei richiedenti protezione internazionale provenienti dalla Siria, iniziato nel 2015 e concluso nel 2017 cfr. il documento dell’Ufficio federale per le migrazioni, *Resettlement und humanitäre Aufnahme*, J. GROTE – M. BITTERWOLF -T. BARAULINA (a cura di), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2016.

<sup>192</sup> Gli articoli sono pubblicati in TH. GRUNDMAN – A. STEPHAN, *Welche und wie viele und Flüchtlinge sollen wir aufnehmen*, in *Philosophische Essays*, Reclam Stuccard, 2016. Ripreso anche D. DI CESARE, *Stranieri residenti*, cit., p. 21.

<sup>193</sup> J. NIDA-RUMELIN, *Pensare oltre i confini, Un’etica della migrazione*, edizione italiana a cura di G. B. DEMARTA, FrancoAngeli, 2018.

<sup>194</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>195</sup> *Ivi*, p. 156 ss.

dello stesso studioso e chiede garbatamente accoglienza in casa, affermando che quella stessa casa diventerà anche la sua abitazione. A questo punto, l'Autore proprietario di casa, sebbene comprenda la situazione di difficoltà del senza-tetto, reagisce chiedendogli di allontanarsi immediatamente da casa sua. L'allontanamento dello senza tetto è, secondo l'Autore, un diritto giuridicamente e moralmente fondato, poiché il *“confine legittimo è segnato in questo caso dalla abitazione”*<sup>196</sup> ; abitazione su cui si vanta un diritto di proprietà e un diritto all'autodeterminazione. Analogamente, ogni decisione sui confini degli Stati è rimessa in base al principio di autodeterminazione ai cittadini degli Stati.

L'Autore si rende conto che il fatto di non accogliere il senza tetto possa perpetrare una situazione di disegualianza fra loro, ma precisa che ciò non viola alcuna norma giuridica. Piuttosto, si può ritenere esistente un dovere di accoglienza solo nel caso in cui la vita o i diritti del senzateetto siano in pericolo, ma solo fino a quando gli *“oneri derivanti dall'accoglienza diventano improponibili”*<sup>197</sup>

Infatti, se come sostengono alcuni autori *“lottissimo contro la miseria con le frontiere aperte, lo Stato e la comunità in cui viviamo diventerebbero irriconoscibili...“Si può volerlo, ma non si deve farlo. E' legittimo porre dei confini”*<sup>198</sup>.

Nonostante la visione di Nida-Rumellin sembra molto simile a quella che ha condotto Walzer a sostenere la teoria dei confini chiusi, è lo stesso autore che precisa che la legittimazione dei confini degli Stati non può avvenire in base alla sola logica comunitarista di difesa e autodeterminazione della comunità, ma i confini degli Stati odierni devono essere legittimati in una visione cosmopolita, governata da istituzioni democratiche nazionali ed internazionali. All'interno della comunità cosmopolita è necessario difendere i confini poiché *“senza confini, infatti, non vi è alcuna autodeterminazione individuale, collettiva, statale (...). Senza confini non sappiamo chi svolga più il ruolo di quale attore, chi sia responsabile di cosa, quali norme e valori rappresentino le singole pratiche”*<sup>199</sup>. La prospettiva cosmopolita, in altre parole, *“non può essere indirizzata contro l'autodeterminazione”* – e quindi aprendo le frontiere a chi non fa parte della comunità – *“ma deve integrare quest'ultima nella prospettiva di un ordine giusto del mondo, federale e umano, il che significa orientato ai diritti umani”*<sup>200</sup>.

Nida-Rumellin sembra, dunque, calare il problema dei confini degli Stati nel mondo attuale in cui gli Stati fanno parte della comunità internazionale, in cui dovrebbe esistere una giustizia internazionale volta a garantire indipendentemente dai confini statali i diritti umani universali e una società più giusta.

---

<sup>196</sup> *Ivi*, p. 157.

<sup>197</sup> *Ivi*, p. 157.

<sup>198</sup> *Ivi*, p. 161.

<sup>199</sup> *Ivi*, p. 162.

<sup>200</sup> *Ivi*, p. 26.



Questa visione in bilico tra difesa dei confini statali e promozione di una società cosmopolita, fondata sulla tutela dei diritti umani, induce la riflessione sulla seconda problematica prospettata: qual è il rapporto tra diritti umani e frontiere degli Stati?

## **8.2. Frontiere e universalismo dei diritti umani**

Il secondo problema teorico che è necessario affrontare riguarda il complesso rapporto tra frontiere degli stati e affermazione dei diritti universali, con particolare attenzione alla tutela dei diritti degli stranieri, oltre la frontiera.

A porsi un tale interrogativo è ancora una volta Immanuel Kant, sempre nello scritto “La Pace perpetua”<sup>201</sup>. I rapporti tra i non cittadini e gli Stati, infatti, devono essere regolati dal diritto cosmopolitico in base al quale, per dirla con le parole di Norberto Bobbio, “ogni uomo è cittadino potenzialmente non solo del singolo stato, ma potenzialmente del mondo”<sup>202</sup>. Il diritto cosmopolitico rappresenta secondo Kant l’ultima fase di evoluzione del diritto è “il necessario coronamento del codice non scritto, così del diritto pubblico interno così come del diritto internazionale, per la fondazione di un diritto generale e quindi per l’attuazione della pace perpetua” Ciò si è reso necessario poiché ci si è accorti “che la violazione di un diritto avvenuta in un punto della terra, è avvertita in tutti i punti”<sup>203</sup>.

Secondo Norberto Bobbio il diritto cosmopolita di Kant riecheggia lo spirito dei principi sanciti dalla Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo del 1948, approvata quasi due secoli più avanti, che “ha posto le basi per fare gli individui e non più solo gli Stati un soggetto giuridico di diritto internazionale”<sup>204</sup>.

A differenza della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1792, la Dichiarazione del 1948 segna una svolta nell’affermazione dell’universalismo dei diritti. Infatti, con la Dichiarazione del 1792, i diritti, pur acquistando concretezza – passando dalla sfera del diritto naturale a quella del diritto positivo -, perdono di universalità. I diritti, infatti, sono “protetti” e quindi “sono veri e propri diritti positivi”, “solo nell’ambito dello Stato che li riconosce”<sup>205</sup>. Bobbio nota, come “per quanto venga mantenuta nelle formule solenni la distinzione tra diritti dell’uomo e diritti del cittadino, non sono più diritti dell’uomo ma del cittadino, o per lo meno sono diritti dell’uomo solo in quanto sono diritti del cittadino di questo o quello stato particolare”<sup>206</sup>.

Grazie alla Dichiarazione del 1948, invece, “l’affermazione dei diritti è insieme universale e positiva: positivi poiché non saranno più idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti; universale nel senso che destinatari dei principî ivi contenuti non sono più soltanto i cittadini di questo o quello Stato, ma tutti gli uomini. Alla fine di questo processo i diritti universali dell’uomo saranno i diritti del cittadino di

---

<sup>201</sup> I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit.

<sup>202</sup> N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 135.

<sup>203</sup> I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., p. 305.

<sup>204</sup> N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., p. 137.

<sup>205</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

*quella città che non conosce confini, perché comprende tutta l'umanità, o in altre parole saranno diritti dell'uomo in quanto diritti del cittadino del mondo*"<sup>207</sup>.

A partire dalla Dichiarazione del 1948, dunque, la protezione dei diritti non dovrebbe più essere legata ai confini dei singoli stati, ma si internazionalizza e *"si sostanzia nella protezione globale dell'individuo in quanto tale, indipendentemente dalla sua cittadinanza od assenza di cittadinanza"*<sup>208</sup>.

Proprio nello stesso anno di approvazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, la filosofa tedesca di religione ebraica esule negli Stati Uniti Hannah Arendt ha pubblicato il celebre lavoro *"Le origini del totalitarismo"*<sup>209</sup>, dedicando un intero capitolo al *"Tramonto degli Stati e la fine dei diritti Umani"* riferendosi, in particolare, alla situazione dei profughi e degli apolidi, - i *"senza patria"* e di conseguenza *"senza diritti"*<sup>210</sup>.

La Arendt critica apertamente le teorie dei diritti universali, i quali sono stati ideati *"in base ad un uomo astratto"* che però *"in realtà non esiste perché anche i selvaggi vivono in una qualche forma di ordinamento"*<sup>211</sup>.

La Arendt, inoltre, racconta come le guerre civili intercorse tra i due conflitti mondiali, le stesse guerre mondiali, e la spartizione delle terre seguite ai trattati di pace avevano avuto l'effetto di creare masse di *"senza stato"*, persone che - una volta lasciata la patria di origine - sono rimaste senza patria e *"condannate all'apolidicità"*<sup>212</sup>.

Il fenomeno era secondo l'autrice senza precedenti: *"quel che è sorprendente non è la perdita della patria, bensì l'impossibilità di trovarne una nuova"*. *"D'improvviso"*, infatti, *"non vi è alcun luogo sulla terra dove gli emigranti potessero andare senza le restrizioni più severe, nessun paese dove potessero essere assimilati, nessun territorio dove potessero fondare una propria comunità"*<sup>213</sup>.

Si badi che, per la Arendt, non si trattava di un problema di spazio, ma di organizzazione politica: *"nessuno si era accorto che l'umanità per tanto tempo considerata una famiglia delle nazioni aveva ormai raggiunto lo stadio in cui chiunque veniva escluso da una di queste comunità chiuse, rigidamente organizzate, si trovava altresì escluso dall'intera famiglia delle nazioni, dall'umanità"*<sup>214</sup>. Al di fuori delle comunità, degli Stati, non vi era modo di garantire i diritti, poiché non esisteva alcuna autorità disposta a farsene carico.

Secondo la Arendt, la disgrazia di questi individui senza alcuno statuto giuridico *"non consisteva tanto nell'essere privati della vita, della libertà"*, ma non

---

<sup>207</sup> *Ivi*, p. 35.

<sup>208</sup> E. VITTA, La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, cit., p. 3.

<sup>209</sup> H. ARENDT, *The origins of totalirism*, 1951, edizione italiana, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 1967; della stessa autrice si veda anche ID., *Noi Profughi*, 1943, in *Ebraismo e modernità*, trad. it. a cura di G. BETTINI, Feltrinelli, Milano, 1986.

<sup>210</sup> *Ivi*, p. 372 ss.

<sup>211</sup> *Ivi*, p. 404.

<sup>212</sup> *Ivi*, p. 372.

<sup>213</sup> *Ivi*, p. 407.

<sup>214</sup> *Ibidem*.

appartenendo più ad alcuna “comunità di sorta”, essi erano “privati dello stesso diritto ad avere diritti”<sup>215</sup>.

Davanti a tutto ciò i Governi degli Stati europei sembravano “impotenti” e cercavano di individuare i rimedi al fine “di arginare la fiumana”<sup>216</sup>.

Il diritto d’asilo “unico che fino ad allora avesse sempre campeggiato come simbolo dei diritti umani nella sfera delle relazioni internazionali” risultava insufficiente a tutelare intere masse di persone, poiché era stato pensato per situazioni eccezionali ed individuali<sup>217</sup>.

Anche le misure di rimpatrio e naturalizzazione messe in atto dai Governi fallivano a causa della riluttanza dei paesi ad accettare i profughi.

Di conseguenza, “lo Stato nazionale, incapace di fornire una legge per chi aveva perso la protezione di ogni governo demandò l’intera faccenda alla polizia”; “era la prima volta che nell’Europa occidentale la polizia veniva autorizzata ad agire per conto proprio a disporre direttamente delle persone in una sfera della vita pubblica. Essa non era più lo strumento per imporre l’osservanza della legge ma un’autorità indipendente dal Governo. La sua forza e la sua autonomia crebbero in proporzione diretta all’afflusso di profughi”<sup>218</sup>.

In questo contesto, l’unica pratica che i Governi riuscivano a mettere in atto per “arginare la fiumana” erano, anche dopo la Seconda Guerra mondiale, i campi di internamento, “unica soluzione che il mondo aveva da offrire all’apolide”<sup>219</sup>.

Dai tempi in cui sono state scritte le pagine appena riportate, sono stati compiuti passi avanti nell’affermazione dei diritti umani universali, grazie anche alla nascita delle organizzazioni internazionali e della giustizia sovranazionale.

Non solo la Dichiarazione dei diritti dell’Uomo, ma anche l’approvazione di convenzioni regionali, come la Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo, avevano l’obiettivo di garantire a ciascun uomo e presso ogni Stato il godimento dei diritti in esse sanciti. Ciò ha rappresentato un punto di svolta nel sistema di tutela dei diritti umani: i diritti sanciti nel diritto internazionale dei diritti umani divenivano universali e i destinatari non erano più i soli cittadini degli Stati, ma ogni individuo; individuo che per la prima volta, dunque, assumeva rilievo nella scena internazionale come soggetto di diritto<sup>220</sup>.

Tuttavia, secondo molti si tratta di una “svolta” incompleta, anzitutto perché solo poche norme di diritto internazionale dei diritti umani in relazione alla situazione degli stranieri “hanno acquistato validità universale, trasformandosi in norme consuetudinarie, mentre la maggior parte è rimasta allo stadio di norma posta

---

<sup>215</sup> *Ivi*, p. 406.

<sup>216</sup> *Ivi*, p. 396.

<sup>217</sup> *Ivi*, p. 389.

<sup>218</sup> *Ivi*, p. 399.

<sup>219</sup> *Ivi*, p. 400.

<sup>220</sup> Sul tema si veda C. CORSI, *Lo Stato e lo Straniero*, Cedam, Padova, 2002, p. 47 ss.

*mediante trattati con i limiti che questi hanno” e altre ancora sono rimesse tutt’oggi alla sovranità degli Stati*<sup>221</sup>.

In effetti, il dramma che si sta compiendo oggi alle frontiere europee - presso le quali i poteri di polizia aumentano sempre più, presso le quali vengono allestiti *hotspots*, presso le quali si “contano” i morti durante i viaggi nel Mediterraneo - sembra rendere drammaticamente attuale il pensiero di Hannah Arendt.

Tutta la problematicità espressa da Hannah Arendt è oggi riflessa dalla recente affermazione dello N.U. *Special Rapporteur of the Commission on Human rights*, secondo il quale il migrante è colui “ *persons who are outside the territory of the State of which they are nationals or citizens , are not subject to its legal protection and are in the territory of another State; persons who do not enjoy the general legal recognition of rights which is inherent in the granting by the host State of the status of refugee, permanent resident or naturalized person or of similar status; and persons who do not enjoy either general legal protection of their fundamental rights by virtue of diplomatic agreements, visas or other agreements*”<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> *Ivi*, p. 54; A. ALGOSTINO, *La condizione dello straniero tra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 622 ss.

<sup>222</sup> Ci si riferisce alla dichiarazione dello *Special Rapporteur of the Commission on Human rights* - Gabriela Rodríguez Pizarro, in A/57/292, *Human rights of migrants*, Note by the Secretary-General, 9 agosto 2002.

CAPITOLO II  
STRANIERI ALLA FRONTIERA:  
PRINCIPI COSTITUZIONALI ED EVOLUZIONE NORMATIVA

*Sommario:* 1. Stranieri alla frontiera: il dibattito in Assemblea costituente. - 2. Principi costituzionali alla frontiera: ricostruzione teorica. - 3. Richiedenti “asilo”, irregolari e flussi misti alla frontiera: evoluzione normativa. - 3.1. *I richiedenti “asilo” alla frontiera.* - 3.2. *Gli “irregolari” alla frontiera,* - 3.3. *I c.d. flussi misti alla frontiera.* Focus sulla frontiera esterna “Mediterraneo”. - 4. Stranieri e frontiere nella giurisprudenza costituzionale. - 4.1. *Lo ius migrandi nella giurisprudenza costituzionale.* - 4.1.1. *Lo ius migrandi: una libertà a statuto differenziato?* - 4.2. *Il “difficile” bilanciamento tra il “compito ineludibile dello Stato di presidiare le frontiere” e la tutela dei diritti fondamentali della persona.* -5. Linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale e problematiche in relazione al sistema delle fonti.

### **1. Stranieri alla frontiera: il dibattito in Assemblea costituente**

Logicamente preliminare all’analisi dell’evoluzione normativa in materia di controllo delle frontiere e dei flussi migratori è la descrizione del dibattito svoltosi in Assemblea costituente.

Una simile ricostruzione è tutt’altro che agevole, essendo l’Italia all’epoca principalmente un paese di emigrazione, più che di immigrazione<sup>223</sup>.

Sembra, tuttavia, interessante comprendere se i Costituenti avessero preso posizione, anticipando i tempi e volgendo lo sguardo al futuro, riguardo ai diritti dello straniero e al controllo delle frontiere.

Più precisamente, si intende analizzare il dibattito in Assemblea costituente in relazione a tre aspetti differenti.

In primo luogo, si vuole indagare se dai lavori dell’Assemblea costituente sia possibile risalire ad una qualche nozione di frontiera (a).

---

<sup>223</sup> Per un approfondimento sulla presenza degli stranieri in Italia nel secondo dopo guerra cfr. L. EINAUDI, *Le politiche dell’Immigrazione in Italia dall’Unità ad oggi*, Laterza, Roma, 2007, p. 40 ss. Il Presidente della Repubblica ha ricordato in un’intervista rilasciata il 09 ottobre 2018 che gli emigranti italiani dal 1876 al 1975 sono stati circa 26 milioni.

In secondo luogo, occorre analizzare il dibattito intorno alla condizione giuridica dello straniero e del diritto d'asilo (b).

Infine, è opportuno valutare se i Costituenti avessero in qualche modo immaginato l'esigenza di controllo delle frontiere e dei flussi migratori (c).

a) *Le frontiere in Assemblea Costituente*

Riguardo al primo degli aspetti appena menzionati, è possibile affermare che la discussione in Assemblea costituente intorno alle frontiere e alle loro funzioni è stata pressoché inesistente.

Ciò sembra dovuto al fatto che l'Assemblea costituente non era la sede più idonea per discutere della definizione delle frontiere e del loro controllo, essendo allora tali tematiche oggetto delle conferenze internazionali di Parigi, concluse con il Trattato di Pace del 1947<sup>224</sup>.

I Costituenti sembravano consci della delicatezza della materia concernente la definizione e il controllo dei confini, soprattutto alla luce della particolare posizione dell'Italia nel dopoguerra. Infatti, ragionando sulla necessità o meno del mantenimento delle forze armate e di difesa, gli stessi ricordavano come *“in seguito alle limitazioni imposteci dal Trattato di pace, le nostre frontiere terrestri e marittime non possono essere fortificate”*. Allo stesso tempo, tuttavia, erano consapevoli che *“la posizione geografica della penisola con le sue due isole maggiori, a cavallo del bacino del Mediterraneo con circa 8.000 chilometri di coste imponesse, per difenderle, larga disponibilità di uomini e di mezzi”*<sup>225</sup>.

Più che la definizione dei confini in sé - la quale era data per scontata dall'Assemblea - è interessante capire il pensiero dei Costituenti riguardo alla nozione e alla funzione delle frontiere.

Qualche spunto che mette in luce la frontiera quale elemento della sovranità statale, volto a garantire l'integrità e l'unità del territorio dello Stato stesso, si può forse cogliere dal dibattito sull'attuale art. 5 della Costituzione, il quale riconoscendo le autonomie afferma che la Repubblica è *“una e indivisibile”*.

Tale principio era stato inizialmente inserito all'art 106 del progetto di Costituzione in materia di autonomie locali. Fra i Costituenti, vi era però chi riteneva che tale principio dovesse essere collocato già nelle disposizioni generali *“come consacrato in tutte le Costituzioni del mondo”*<sup>226</sup>. Ciò risultava necessario secondo l'On. Rossi al fine di ostacolare spinte *“indipendentiste, federaliste o quasi federaliste”*.

Più precisamente, l'On. Rossi riteneva che *“l'affermazione dell'unità e indivisibilità della Repubblica”* dovesse essere proclamata solennemente nell'articolo 1, poiché *“di*

---

<sup>224</sup> Il trattato di Pace di Parigi fu ratificato dall'Assemblea Costituente nella seduta del 31 luglio 1947, con 262 voti favorevoli, 68 contrari e 80 astensioni.

<sup>225</sup> On. Perugi, Assemblea costituente, seduta del 22 maggio 1947.

<sup>226</sup> On. Ruggero, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 24 marzo 1947.

*fronte al serpeggiare e talora all'esplosione di disintegratrici forze anti unitarie, è necessario proclamare solennemente che l'Italia è una Repubblica democratica una e indivisibile”, e “che sarà tanto più sicura, quanto più e meglio il Paese, (..) si manterrà nazionalmente unitario e compatto”<sup>227</sup>.*

Sembra, dunque, che alcuni volessero precisare già al primo articolo della Costituzione che la sovranità popolare si dovesse esplicitare in un territorio “*unico e indivisibile*”, definito da frontiere stabili e “sicure”.

Questa precisazione, tuttavia, venne ritenuta dalla maggior parte dei Costituenti ridondante o quasi “scontata” come dimostrano le parole del Presidente Ruini: il riferimento all’unità e all’indivisibilità della Repubblica già nel primo articolo “*potrebbe far sorgere il dubbio che l’unità ed indivisibilità italiana siano in pericolo; mentre è più naturale parlarne in tema di autonomie regionali*”<sup>228</sup>.

La nozione di frontiera quale elemento caratterizzante dell’unità territoriale e della sovranità statale non emerge con chiarezza dai lavori preparatori della Costituzione. Ciò non sembra essere solo dovuto al fatto che si trattava di una considerazione ormai assodata, ma anche forse perché proprio all’epoca iniziavano ad emergere nozioni di sovranità slegate dalla mera territorialità.

Ciò si evince, in effetti, dai lavori intorno all’art. 11 Cost. e dall’obiettivo espresso dai Costituenti di “*fare una Costituzione moderna che finalmente rompa l’attuale cerchio di superbia e di nazionalismo, e sia una mano tesa verso gli altri popoli*”<sup>229</sup>.

Memori delle tragiche conseguenze dei nazionalismi e dei totalitarismi, i Costituenti erano intenzionati “*a mettere la guerra fuori legge*”, mediante la partecipazione attiva nella creazione di “*una organizzazione internazionale nella quale si cominci a vedere affiorare forme di sovranità differenti da quelle vigenti*”<sup>230</sup>. Chiarissimo sul punto La Pira, il quale affermava che “*la sovranità dello Stato va considerata nell’ambito della Comunità internazionale*”<sup>231</sup>.

E tali forme di sovranità differenti dovevano essere poste in essere mediante la costruzione di un “*Governo mondiale*”<sup>232</sup> e mediante la “*l’abolizione, se non delle frontiere politiche, almeno in primo tempo delle frontiere economiche*” perché “*questa abolizione avrebbe una importanza grandissima*”<sup>233</sup>.

Questa diversa nozione di sovranità era ritenuta di “*importanza grandissima*” al fine di evitare il ripetersi delle sanguinose guerre provocate dai nazionalismi e dai regimi totalitari ed era allo stesso modo ispirata dalla recente nascita delle Nazioni Unite, ma anche dall’imminente istituzione della Comunità Economica Europea. Come è

---

<sup>227</sup> On. Rossi, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 14 marzo 1947.

<sup>228</sup> On. Ruini, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 18 marzo 1947.

<sup>229</sup> On. Corsanego, I Sotto-commissione, 3 dicembre 1946.

<sup>230</sup> On. Togliatti, I Sotto-commissione, 3 dicembre 1946.

<sup>231</sup> On. La Pira, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 11 marzo 1947.

<sup>232</sup> On. Damiani, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 18 marzo 1947.

<sup>233</sup> On. Pieri, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 15 marzo 1947.

stato osservato la “maggiore attenzione” alla comunità internazionale “*discende dal desiderio di reagire al chiuso nazionalismo dell’epoca fascista e di partecipare con piena maturità alla vita sociale internazionale, sia accettando di buon grado e impegnandosi a rispettare le regole principali della convivenza internazionale, sia cercando di contribuire attivamente alla trasformazione in senso più democratico ed egualitario, della società degli Stati*”<sup>234</sup>.

Seppur i riferimenti alle frontiere nei lavori dell’Assemblea costituente siano più che rari, è interessante notare come i Costituenti richiamino le frontiere in stretta relazione ad un concetto di sovranità nuova, condivisa con le organizzazioni internazionali ed europee volte alla creazione di un’era di pace e di tutela dei diritti umani<sup>235</sup>, nonché ad un mondo senza confini. Ciò è dimostrato dallo stesso pensiero di alcuni Costituenti, come quello di Piero Calamandrei, che poco prima di partecipare ai lavori della Costituente scriveva “*la dottrina democratica non è fatta per arrestarsi e per concludersi alle frontiere nazionali*”<sup>236</sup>.

E’ significativo come, da un lato, tali affermazioni si siano in parte realizzate, come dimostra ad esempio la creazione dello spazio di libera circolazione europeo. D’altro lato, le medesime dichiarazioni, svolte in seno al dibattito intorno all’art. 11 Cost. hanno aperto anche la strada al rafforzamento di quella frontiera esterna, quasi impermeabile dell’Unione europea, descritta nel primo capitolo, e forse emblema del fallimento di una reale sovranità “condivisa”, come concepita dai nostri Costituenti (cfr. *supra* Cap. 1).

#### b) *Il diritto d’asilo e la condizione giuridica dello straniero nel dibattito dell’Assemblea costituente*

Il diritto d’asilo e la condizione giuridica dello straniero vennero trattati, dapprima, separatamente dalla I Sotto-commissione e congiuntamente, in seguito, dall’Assemblea.

Se la garanzia del diritto d’asilo era fortemente sentita dai Costituenti, i quali erano stati in prima persona asilanti politici durante il fascismo, anche lo statuto costituzionale del non cittadino, nonostante di rilevanza allora limitata, non fu trascurato del tutto dai Costituenti, convinti che la materia assumesse un forte ruolo simbolico aprendo l’Italia verso i valori della comunità internazionale<sup>237</sup>.

Il testo originario dell’attuale articolo 10, presentato il primo ottobre del 1946 dai relatori La Pira e Basso alla I Sotto-commissione, prevedeva ai primi commi, come

---

<sup>234</sup> A. CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale (gli ideali internazionalistici del costituente)*, Sub. Artt. 10 e 11, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 462.

<sup>235</sup> La stretta correlazione tra sovranità e diritti umani si potrebbe evincere già dall’art. 1 Cost. cfr. C. MORTATI, Art. 1, in *Commentario alla Costituzione Branca*, Bologna, 1975, p. 48 ss.

<sup>236</sup> P. CALAMANDREI, *Costituente italiana e federalismo europeo*, in *Corriere d’informazione*, vol. I, n. 96, 1945; ripreso anche da A. CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale*, cit., p. 469.

<sup>237</sup> In questo senso P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e in Spagna. Il giornale Italo-spagnolo di Giustizia costituzionale*, Giuffrè, 2003, p. 16.



si vedrà a breve, la disciplina della condizione giuridica dello straniero, mentre al quarto comma sanciva che *“lo straniero, cui vengono negati nel proprio paese i diritti e le libertà sancite dalla presente dichiarazione, ha diritto di asilo nel territorio dello Stato”*<sup>238</sup>.

Se durante i lavori della I Sotto-commissione non si registrarono particolari discussioni in materia, in Assemblea costituente è possibile individuare posizioni differenti tra le diverse forze politiche.

Il testo approvato dalla I Sotto-commissione, infatti, venne ritenuto da molti eccessivamente ampio e astratto.

In particolare tra i comunisti, vi era chi riteneva necessario apporre dei limiti più stringenti alla garanzia del diritto d'asilo, non concedendolo a tutti coloro ai quali venissero negati i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione italiana, ma solo a chi si fosse impegnato nel concreto per la tutela di questi ultimi. Secondo quest'ultima visione, dunque, la garanzia del diritto d'asilo non avrebbe dovuto avere un'accezione meramente “negativa”, ma avrebbe dovuto sostanziarsi in un comportamento “positivo”, spettando allo straniero dimostrare che si fosse attivato concretamente *“per aver difeso i diritti della libertà e del lavoro”*<sup>239</sup>.

Ad un tale concezione, si opponevano con forza alcuni Costituenti, prevalentemente socialisti. Tra questi, l'On. Tonello, appena uscito da una dolorosa esperienza di asilo politico e provando proprio per questa ragione un'“*istintiva avversione dell'animo nel sentire enunciare il principio della limitazione del diritto di asilo*”, domandava retoricamente all'Assemblea: *“ed allora, dobbiamo proprio noi mettere delle limitazioni a questo riguardo nella nostra Costituzione? Dobbiamo noi proprio inserire nella Costituzione queste restrizioni di libertà al diritto di asilo? Io credo di no”*<sup>240</sup>.

Tra le due visioni riuscì a trovare maggiori consensi l'emendamento proposto dagli onorevoli Treves, Bulloni e Cappi, il quale prevedeva che *«Lo straniero, al quale sia impedito l'effettivo esercizio dei diritti derivanti dalle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto di asilo nel territorio della Repubblica italiana»*<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Il testo proposto alla I Sotto-commissione dai relatori La Pira e Basso il primo ottobre 1946 era così formulato: *“1. I diritti di cui agli articoli 2-bis, 3, 4, 5, 6, 7, 8 (coscienza) sono garantiti anche allo straniero. 2. Per i diritti di cui agli articoli 7, 9, 10, 11, provvederanno le leggi dello Stato. 3. La condizione giuridica e i rapporti di diritto privato dello straniero saranno regolati dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. 4. Lo straniero, cui vengono negati nel proprio paese i diritti e le libertà sancite dalla presente dichiarazione, ha diritto di asilo nel territorio dello Stato”*.

<sup>239</sup> Ci si riferisce all'emendamento proposto dall'On. Ravagnan nella seduta antimeridiana dell'Assemblea costituente, 11 aprile 1947. Un emendamento analogo fu proposto dagli On. Basso, Nobili e altri volto a limitare il diritto d'asilo agli stranieri *“perseguitati a causa della loro azione a favore della libertà”* cfr. P. BONETTI – L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIBENE (a cura di) *Diritto degli Stranieri*, Padova, Cedam, p. 1137.

<sup>240</sup> On. Tonello, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>241</sup> Cfr. Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

Pur mantenendo l'accezione "negativa" del diritto d'asilo, il predetto emendamento specificava che il beneficiario del diritto d'asilo era lo straniero *"al quale sia impedito l'effettivo esercizio dei diritti."*

L'intenzione era quella di sostituire *"ad un criterio astratto un criterio concreto, perché è difficile oggi che in un Paese di una certa civiltà si neghino espressamente nella Costituzione alcune libertà civili o politiche"*<sup>242</sup>. Ciò si rendeva necessario poiché i Costituenti erano consci che tale diritto rischiasse di divenire *"una menzogna"*, poiché anche gli *"Stati che hanno nelle loro Costituzioni il diritto di asilo, in pratica non lo realizzano"*<sup>243</sup>.

Al fine di rendere effettiva la norma costituzionale era importante secondo i proponenti *"stabilire se lo straniero può avere l'effettivo esercizio di questi diritti, e non che questi diritti siano astrattamente incorporati nella Carta costituzionale del paese cui lo straniero appartiene. Si tratta di vedere in pratica se lo straniero ha l'effettivo esercizio di quei diritti a cui noi soprattutto teniamo"*<sup>244</sup>.

Nonostante queste differenti posizioni, non si può non notare come in Assemblea si sia in ogni caso formato un largo consenso di fondo sulla garanzia del diritto d'asilo dovuta in primo luogo alle esperienze comuni che larga parte dei Costituenti avevano vissuto solo pochi anni prima<sup>245</sup>.

Pare possibile, inoltre, rintracciare due elementi che hanno accumulato quasi tutti gli interventi in materia, seppur provenienti da voci di colore politico diverso.

In primo luogo, sembra possibile affermare che la generalità dei componenti dell'Assemblea - e anche coloro che proponevano una versione più "restrittiva" del diritto d'asilo - interpretasse comunque in senso molto ampio *"le libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana"* richiamate dal testo definitivo di cui all'art. 10 Cost., facendovi rientrare anche le libertà economiche e il diritto al lavoro.

Ciò è dimostrato ad esempio dalle parole del Presidente della I Sotto-commissione Tupini, il quale precisava che *"in questa dizione sono comprese tutte le libertà presso di noi garantite, e, quindi, anche il diritto del lavoro e di libertà sindacale"*<sup>246</sup>

In secondo luogo, sembra che i Costituenti concordassero sul senso più profondo da attribuire al diritto d'asilo, tra *"i più alti e più sacri"*<sup>247</sup>, quale simbolo di *"un nuovo mondo di libertà e di pace"*<sup>248</sup>, quale *"nobilissima affermazione di solidarietà umana"*<sup>249</sup>.

Per quanto attiene invece alla disciplina della condizione giuridica dello straniero, la prima proposta presentata in I Sotto-commissione del testo dell'art. 10 dettagliava,

---

<sup>242</sup> On. Cappi, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>243</sup> On. Tonello, Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>244</sup> On. Treves, Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>245</sup> In questo senso M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007, p. 22.

<sup>246</sup> On. Tupini, Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>247</sup> On. Cavallari, Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana, 27 marzo 1947.

<sup>248</sup> Cfr. on. Tonello, Assemblea Costituente, nella seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>249</sup> On. Mastrojanni, Assemblea Costituente, 5 marzo 1947.

come anticipato, i diritti spettanti ai non cittadini, rimettendo solo alcuni di essi alla regolamentazione della legge e dei trattati internazionali<sup>250</sup>.

Più precisamente, essa prevedeva al primo comma che alcuni diritti - quali la libertà personale, il diritto di difesa, le garanzie in materia penale, l'inviolabilità del domicilio, la libertà di circolazione e soggiorno e la libertà di corrispondenza - fossero garantiti anche allo straniero. Il secondo comma, invece, stabiliva che la disciplina della libertà di circolazione e soggiorno<sup>251</sup>, del diritto di riunione e di associazione e di manifestazione del pensiero fossero rimessi alla legge. Il terzo comma prevedeva che i rapporti di diritto privato dello straniero fossero regolati dalla legge in conformità con i trattati internazionali

Come nota autorevole dottrina<sup>252</sup> già il giorno seguente la proposta fu modificata, senza che si rintracci alcuna spiegazione nei verbali della I Sotto-commissione venendo così rielaborata come nella formulazione attuale *“la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali”*.

Una tale formulazione non consentiva di per sé di individuare quali diritti spettassero allo straniero, rimettendo tale compito alla legge e alle norme internazionali.

Numerosi autori si sono interrogati sulla motivazione che ha spinto i Costituenti ad eliminare dal testo dell'articolo 10 l'indicazione esplicita dei diritti spettanti agli stranieri, cercando in particolare di comprendere se una tale scelta risiedesse nella *“convinzione che questi diritti fossero già garantiti dalla Costituzione o se invece si intendeva rimettere alla legge ed alla normativa internazionale tutto il trattamento dello straniero compreso il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo”*<sup>253</sup>.

Per sciogliere questo dubbio occorre dunque analizzare il dibattito sorto in Assemblea costituente non solo intorno all'art. 10 Cost., ma anche in relazione agli artt. 2 e 3 della stessa al fine di verificare se i Costituenti avessero fornito indicazione utili in relazione alla posizione dei non cittadini rispetto alla titolarità dei diritti fondamentali<sup>254</sup>.

Nel testo dell'art. 10 fuoriuscito dai lavori della prima sottocommissione non è possibile individuare con chiarezza la posizione dei Costituenti riguardo alla titolarità dei diritti degli stranieri.

In ogni caso, non mancarono discussioni accese sul tema. Vi era chi come l'On. Tieri affermando, forse provocatoriamente che *“l'ospite è sacro, anche quando si tratti di ospite volontario, non sollecitato dalla nostra ospitalità”*, criticava apertamente *“gli*

---

<sup>250</sup> Ci si riferisce sempre al testo presentato alla I Sotto-commissione dai relatori La Pira e Basso il primo ottobre 1946.

<sup>251</sup> Da notare che, come verrà spiegato in seguito, la disciplina della libertà di circolazione era presente sia al primo comma, sia al secondo comma.

<sup>252</sup> C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 69.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 70; cfr. anche U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, Diritti e costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 169.

<sup>254</sup> Ricostruisce il dibattito in relazione agli artt. 2 e 3 Cost. con particolare riguardo alla situazione degli stranieri C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 65 ss.

*innumerevoli e singolari privilegi che sono conferiti generalmente a un uomo per il solo fatto di esser egli uno straniero*<sup>255</sup>. Secondo Tieri, il testo proposto dell'art. 10 lasciava intendere che *“la qualità di straniero sia cosa tanto alta da permettere a chi la possiede, per il solo fatto che la possiede, anche quello che non è consentito ai più probi, ai più meritevoli, ai più illustri nati nel paese”*, attribuendo dunque agli stranieri una condizione di privilegio rispetto ai cittadini<sup>256</sup>.

Ad una tale affermazione rispose immediatamente l'On. Preziosi *“diceva l'onorevole Tieri che egli si meravigliava della condizione di privilegio che era fatta agli stranieri; ma è la nostra una tradizione di diritto, è la tradizione di diritto di ogni libero Paese, la quale deve dare assolutamente garanzia a coloro i quali sono, a causa della loro fede liberamente espressa, perseguitati nei propri paesi; è la tradizione di ogni paese libero di dare ospitalità a coloro i quali, nel proprio paese, sono condannati solo perché combattono per un grande ideale che dovrebbe essere di grandezza morale e spirituale per la loro Patria”*<sup>257</sup>. Sulla stessa linea, ragionando sulla condizione di reciprocità, interveniva l'On. Dalla Seta affermando che *“se venisse in Italia uno straniero, vorrei che a questo straniero noi riconosciamo quegli stessi diritti, che noi riconosciamo ad altri stranieri di altre nazioni, quand'anche la nazione dalla quale lo straniero proviene non riconoscesse per noi quei diritti che noi allo straniero riconosciamo. Roma si dice, è madre del diritto: cominciamo noi, dunque, a dare agli altri una lezione di diritto, anzi di una maggiore civiltà”*<sup>258</sup>.

Alcune indicazioni sulla posizione giuridica dello straniero possono inoltre essere individuate, come si diceva, in seno al confronto che ha portato all'approvazione degli artt. 2 e 3 Cost.

Particolarmente interessante sul punto è l'ordine del giorno di Dossetti avanzato il 9 settembre 1946 alla prima sottocommissione, nel quale veniva sancita l'idea di anteriorità della persona umana rispetto allo Stato. Infatti, si legge negli atti della I Sotto-commissione che *“questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e dell'integrazione che essa subisce in un pluralismo sociale (...) deve essere stabilito non per una necessità ideologica, ma per una ragione giuridica; infatti non va dimenticato che la Costituzione non deve essere interpretata solo dai filosofi, ma anche dai giuristi”*<sup>259</sup>.

Per quanto attiene invece al principio di eguaglianza, è significativo notare come la proposta iniziale avanzata dai relatori La Pira e Basso l'11 settembre 1946, facesse riferimento agli “uomini” e non ai “cittadini” come sancito nell'attuale formulazione dell'art. 3 della Costituzione.

---

<sup>255</sup> On Tieri, Assemblea costituente, seduta 26 marzo 1947.

<sup>256</sup> Si concentra sulle nozioni di straniero e cittadino in Assemblea costituente G. BASCERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene Editore, Napoli, 2007, p. 105 ss.

<sup>257</sup> On. Preziosi, Assemblea costituente, seduta 26 marzo 1947.

<sup>258</sup> On. Dalla Seta, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 28 marzo 1947.

<sup>259</sup> On. Dossetti, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 9 settembre 1946.

Tale concezione molto ampia del principio fu subito notata dagli altri Costituenti e, in particolare, dall'On. Lucifero, il quale suggeriva di sostituire l'espressione "gli uomini" con "cittadini" "che gli sembra più appropriata"<sup>260</sup>.

Diversamente Dossetti evidenziava che "nella esclusione delle eventuali discriminanti, se ne è dimenticata una e cioè la nazionalità", proponendo allo stesso tempo "dopo la parola «razza» di aggiungere le altre «di nazionalità»"<sup>261</sup>.

A proposito l'On. Cevolotto precisando che "è naturale che tutti gli uomini di cittadinanza italiana sono uguali di fronte allo Stato italiano, ma non può ammettersi a priori che la stessa condizione si verifichi in pieno per i cittadini di altra nazionalità" cercava una soluzione di compromesso proponendo di inglobare la discriminante per nazionalità nel testo dell'art. 3, ma allo stesso tempo di "accettare quanto è stato proposto dall'onorevole Lucifero, di sostituire cioè alle parole «gli uomini» le altre «i cittadini»"<sup>262</sup>.

Tuttavia, non tutti erano d'accordo con il compromesso individuato dall'On. Cevolotto. L'On. Moro, infatti, riteneva che "anche lasciando l'espressione «gli uomini» si potrebbe accettare la discriminante della nazionalità, perché anche nel diritto privato è riconosciuta una eguaglianza di trattamento anche per gli stranieri che sono nello Stato italiano". E' bene, infatti "affermare nella Costituzione una eguaglianza di trattamento, almeno in sede di diritto privato, a coloro che sono di altra nazionalità"<sup>263</sup>.

Così il principio di eguaglianza come sancito nel testo approvato dalla I Sottocommissione, faceva riferimento "agli uomini", nonché alla discriminazione per nazionalità, stabilendo che "gli uomini, a prescindere dalla diversità di attitudini, di sesso, di razza, di nazionalità, di classe, di opinione politica e di religione, sono uguali di fronte alla legge ed hanno diritto ad uguale trattamento sociale".

Come avvenuto per l'articolo 10, tuttavia, così il testo dell'articolo 3 fu modificato dal Comitato di revisione ed arrivò in Assemblea costituente esordendo con l'espressione "i cittadini" e senza alcun riferimento alla nazionalità.

In dottrina vi è chi comunque valorizza il testo iniziale del principio di eguaglianza ritenendo che l'intenzione dei Costituenti fosse quella di estendere tale principio a tutti gli uomini<sup>264</sup> e che la sostituzione con il termine "cittadini" fosse solo dovuta ad un'opera di coordinamento del Comitato di redazione "volta solamente ad eliminare un'incongruenza, una smagliatura nel tessuto costituzionale"<sup>265</sup>. In ogni caso, è evidente che dai lavori dell'assemblea Costituente non emerge con chiarezza quale

---

<sup>260</sup> On. Lucifero, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946.

<sup>261</sup> On. Dossetti, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946.

<sup>262</sup> On. Cevolotto, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946. Lo stesso Dossetti nella medesima seduta riconosceva che "se si distingue tra nazionalità e cittadinanza nessun dubbio ha più ragion d'essere".

<sup>263</sup> On. Moro, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946.

<sup>264</sup> C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 72.

<sup>265</sup> M. CUNIBERTI, *La cittadinanza.*, cit., p. 131.

sia lo statuto costituzionale dello straniero in relazione ai diritti fondamentali, rimettendo un tale compito al legislatore.

*c) Il controllo delle frontiere in relazione ai flussi migratori: tra condizione di ingresso e ius migrandi*

Da ultimo, pur consapevoli della scarsa rilevanza della materia all'epoca della Costituente, è necessario comprendere se i Costituenti abbiano affrontato in qualche modo il tema del controllo delle frontiere in relazione al fenomeno migratorio, con particolare riguardo tanto alle condizioni di ingresso degli stranieri tanto al diritto di emigrazione.

In effetti, qualche passaggio rilevante sul tema è rinvenibile nel corso della discussione intorno al diritto d'asilo, come in relazione alla libertà di circolazione e ai suoi limiti.

Leggendo attentamente i lavori preparatori dell'art. 10, comma 3 Cost. ci si rende conto che i Costituenti avevano sì voluto affermare il diritto d'asilo, ma si interrogavano allo stesso tempo sulle modalità più idonee per controllare l'ingresso degli aspiranti asilanti nel territorio dello Stato.

Vi era già allora chi, quasi profeticamente, metteva in guardia sul fatto che *“domani potrebbero battere alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri paesi, e noi saremmo costretti a dar loro asilo senza alcuna limitazione, quando restrizioni potrebbero venir consigliate anche da ragioni di carattere economico”*<sup>266</sup>.

Alcuni Costituenti erano preoccupati che una garanzia ampia, come quella prevista dall'art. 10 in discussione, avrebbe consentito *“a qualsiasi delinquente comune, di qualsiasi Stato, di avere il diritto di asilo in Italia”*<sup>267</sup>.

Su questa linea di pensiero si colloca la domanda posta dell'On. Ravagnan che impressiona per la sua permanente attualità: *“E se ci si presenta alle frontiere un individuo che dice di essere perseguitato politico, e lo è della stessa natura di quelli che sono in carcere in Italia, come possiamo permettere che egli abbia diritto di asilo?”*<sup>268</sup>

In altre parole era necessario evitare che il diritto d'asilo potesse essere concesso *“ad elementi che si trovino sullo stesso piano di quelli che noi riteniamo in Italia pericolosi per l'ordine pubblico e per le istituzioni del nostro Paese”*<sup>269</sup>.

Al tal fine, vennero proposte alcune soluzioni. L'On Ravagnan proponeva di *“stabilire una norma, una indicazione, per cui sia obbligatoria la valutazione dell'attività del profugo politico straniero”*<sup>270</sup>, mentre Patricolo e Nobile ritenevano necessario controllare gli ingressi dei richiedenti asilo subordinando lo stesso *“alle restrizioni della legge sull'immigrazione”*<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> On. Nobile, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>267</sup> On. Patricolo, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>268</sup> On. Ravagnan, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>269</sup> *Ibidem.*

<sup>270</sup> *Ibidem.*

<sup>271</sup> On. Patricolo e On Nobile, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

Come noto, tali proposte - volte di fatto a restringere il contenuto del diritto d'asilo - non vennero accolte nel testo finale dell'art. 10, comma 3 della Costituzione. Tuttavia, stupisce come già allora il tema del controllo e della valutazione degli ingressi dei richiedenti asilo non fosse passato in secondo piano.

Inoltre, il tema del controllo delle frontiere in relazione ai flussi migratori venne in rilievo nella discussione intorno alla libertà di circolazione.

Come è stato osservato, infatti, *“la natura bidirezionale del fenomeno migratorio”* spinse *“l'Assemblea costituente a trattare entrambi i profili (dell'ingresso e dell'uscita) insieme all'art. 16 della Costituzione, per poi sancire una particolare tutela rafforzata per i lavoratori emigranti nel quarto comma dell'art. 35”*<sup>272</sup>.

Lo stretto collegamento tra “ingresso degli stranieri” ed “emigrazione” è dimostrato anche dalla relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini che accompagnava il Progetto di Costituzione, nella quale si legge che *“al diritto di emigrare, che si riconosce ai cittadini, ed all'impegno di tutelare il lavoro italiano all'estero, segue nel progetto di costituzione il riconoscimento che l'Italia fa dei diritti degli stranieri nel proprio territorio, in armonia con le sue alte tradizioni anche scientifiche nel diritto internazionale. Non si poteva tacere, dopo così dure prove, sul diritto di asilo che le costituzioni civili offrono ai perseguitati politici di altri paesi. Né, dopo aver assistito agli arbitrî che, per ragioni politiche o razziste, spogliavano intere schiere di cittadini del geloso patrimonio della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome, era possibile tralasciare un esplicito divieto”*<sup>273</sup>.

Scorrendo i lavori preparatori dell'art. 16 della Costituzione si nota come sul tema vi sia stato solo un veloce scambio tra Mastrojanni e Moro, concentrato peraltro non tanto sulle condizioni di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, quanto più sulla libera circolazione di questi ultimi all'interno del medesimo territorio e da una provincia all'altra. L'On. Mastrojanni, infatti, si chiedeva se gli stranieri *“per recarsi da una provincia all'altra dovrebbero chiedere il permesso”*<sup>274</sup>. Di tutta risposta, Moro non riteneva utile introdurre che alcuna *“autorizzazione particolare”*, poiché il tema sarebbe stato affrontato in relazione *“ai limiti della parificazione dello straniero al cittadino, in sede di diritto privato e pubblico”*<sup>275</sup>.

Tuttavia, come è emerso dall'analisi del dibattito intorno all'art. 3 Cost., non è semplice individuare con chiarezza la posizione dei Costituenti in relazione alla parità di trattamento tra cittadini e stranieri nel godimento delle libertà fondamentali, né tanto meno nel campo più specifico della libertà di circolazione. Qualche indicazione può forse essere colta dalla proposta, già riportata, del testo iniziale dell'art. 10 Cost. presentato dai relatori alla I Sotto-commissione. La libertà di

---

<sup>272</sup> L. RONCHETTI, *La Costituzione e lo ius migrandi*, in L. CARROZZA – M. DELLA MORTE – S. GIOVA, *Fenomeno migratori ed effettività*, cit., p. 20.

<sup>273</sup> La relazione è stata presentata all'Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947.

<sup>274</sup> On. Mastrojanni, I Sotto-commissione, 20 settembre 1946.

<sup>275</sup> On. Moro, I Sotto-commissione, 20 settembre 1946.

circolazione, infatti, figurava tanto tra quei diritti che spettavano *tout court* allo straniero in quanto essere umano (I comma), tanto tra quelli elencati dal secondo comma che avrebbero dovuto essere disciplinati dalla legge. Da un lato, si potrebbe sostenere che una tale scelta sia nata semplicemente da una “svista”, poi corretta nel testo finale dello stesso articolo. D’altro lato, invece, si potrebbe ritenere che, nonostante non vi sia alcun riferimento esplicito sul punto, il “doppio” riferimento alla libertà di circolazione fosse dettato dall’esigenza di attribuire, a seconda dei diversi casi, un regime diverso alla predetta libertà. Mentre, il primo comma attribuiva ad ogni individuo, cittadino o straniero, la libertà di circolazione, il secondo comma sembrerebbe mettere in luce la consapevolezza dei Costituenti che una parificazione totale tra stranieri e cittadini in relazione alla libertà di circolazione non potesse valere in ogni circostanza, come ad esempio per quanto concerne l’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato. E, da qui, la necessità di rimetterne la disciplina alla legge.

Nonostante questa possibile interpretazione, il dato più evidente che emerge dai lavori dell’Assemblea costituente è la quasi totale assenza di discussione intorno alle condizioni di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato.

Più che sulle condizioni di ingresso, i Costituenti si concentrarono in modo particolare sul diritto di uscire dal territorio dello Stato (art. 16 Cost.), nonché sulla tutela dell’emigrazione per lavoro; tema particolarmente sentito all’epoca (art. 35 Cost.).

La libertà di emigrazione rappresentava tutt’altro che un aspetto marginale nella definizione dell’articolo sulla libertà di circolazione e domicilio. Si pensi, infatti, che l’articolo approvato dalla III Sotto-commissione era significativamente rubricato “*Domicilio ed emigrazione*”.

Nel corso del dibattito intorno all’articolo 16 meritano di essere segnalate le opinioni di coloro che ritenevano che alla libertà di emigrazione non potessero essere apposti limiti, proponendo nello specifico di eliminare l’inciso “*salvo gli obblighi previsti dalla legge*”.

Secondo i socialisti ciò si rendeva necessario per garantire l’affermazione del principio del “*libero trasferimento di tutti i popoli e della libera emigrazione da una parte all’altra dei territori del mondo*”<sup>276</sup>.

Ma anche per i repubblicani “*il vedere consacrato in una Costituzione il diritto della libertà di circolazione (...) fa quasi la stessa impressione come se fosse consacrato il diritto del cittadino a respirare*” e pertanto dovrebbe aggiungersi che “*non può neppure essere limitato il diritto del cittadino non solo di emigrare, come poi si dice nel testo, ma anche di trasferirsi momentaneamente all’estero, per ragioni turistiche, commerciali o di studio*”<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> On. Cairo, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>277</sup> On. Dalla Seta, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 28 marzo 1947.



Anche secondo i repubblicani era una questione che guardava al futuro, “*sperando poi che giunga un tempo nel quale non si dovrà più parlare di passaporti*”<sup>278</sup>.

Come noto, poi il diritto di uscire e di rientrare nel territorio dello Stato è stato garantito, come risulta dal testo finale dell’art. 16, “*salvo gli obblighi previsti dalla legge*”.

Ciò tuttavia non fece spegnere il dibattito in relazione al diritto di emigrazione, che venne affrontato anche durante la discussione sui “rapporti economici”.

La particolare attenzione che fornirono i nostri Costituenti al diritto di emigrazione derivava da due ragioni connesse fra loro. Da un lato essi erano convinti che essendo “*l’Italia paese di emigrazione*” “*(avesse) un interesse diretto a che le condizioni dei lavoratori degli altri paesi (fossero) il più possibile elevate, in modo da ottenere ai propri emigranti condizioni altrettanto buone di quelle di cui (potevano godere) i lavoratori nazionali*”<sup>279</sup>.

D’altro lato l’emigrazione rappresentava “*una valvola di sicurezza (..); questa valvola di sicurezza assicurava all’Italia prima del fascismo l’entrata di 600 milioni d’oro, .. venuti a mancare appunto per l’arresto dell’emigrazione*”<sup>280</sup>.

L’obiettivo che si proponevano i Costituenti era quello di sostenere “*questi nuovi emigranti, che non dovranno essere più le turbe cenciose di un tempo, ma i cittadini nuovi della vera civiltà italiana, la civiltà del lavoro, e che porteranno il contributo prezioso della loro preziosissima opera all’estero. Questi ambasciatori di civiltà, come furono sempre e come dovranno essere ancora i nostri emigranti, dovranno godere non solamente della tutela, ma della protezione, la quale importa assistenza materiale e morale da parte della Repubblica italiana*”<sup>281</sup>.

Non si trattava esclusivamente di tutelare i lavoratori italiani all’estero, ma l’affermazione dello *ius migrandi* aveva radici ben più profonde, collocandosi in uno spirito di solidarietà internazionale che “*riguarda il nostro avvenire, che riguarda l’avvenire pacifico, che noi abbiamo in cima a tutti i nostri pensieri, dell’Europa e del mondo*”<sup>282</sup>.

Non solo, l’affermazione della libertà di emigrazione era strettamente legata alla tutela dei diritti umani poiché “*chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell’uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli*”<sup>283</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che dal dibattito in Assemblea costituente si rinvengono alcuni elementi utili in relazione al controllo delle frontiere e all’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato.

---

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> On. Franceschini, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 3 maggio 1947.

<sup>280</sup> On. Romano, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 8 maggio 1947.

<sup>281</sup> On. Cairo, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> On. Domenidò, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 8 maggio 1947.

In primo luogo, nel corso del dibattito le frontiere non hanno avuto alcuna rilevanza lasciando spazio invece al ragionamento su diverse forme di sovranità slegate dal territorio e volte alla tutela dei diritti umani.

In secondo luogo, nonostante come più volte ribadito la materia non fosse di interesse per i Costituenti, è possibile desumere qualche elemento in relazione al controllo dei flussi migratori. Ciò non tanto nel dibattito sull'art. 16 della Costituzione, quanto piuttosto in quello relativo al diritto d'asilo, nell'ambito del quale i Costituenti hanno evidenziato la necessità di un "controllo" e di una "valutazione" per evitare l'arrivo di masse di stranieri "sgradite". Queste ultime proposte, pur non essendo state accolte in Costituzione, mettono in luce come già allora iniziava a delinearsi una "doppia faccia" della disciplina del diritto d'asilo volta da un lato ad accogliere coloro che necessitano di protezione internazionale, ma d'altro lato a controllare – come si vedrà – gli ingressi e le possibilità di soggiorno nel territorio.

## **2. Principi costituzionali alla frontiera: ricostruzione teorica**

Dai lavori dell'Assemblea costituente non emerge, come appena visto, un quadro chiaro, né sulla condizione giuridica dello straniero, né sulle condizioni di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, né tanto meno sulla posizione giuridica dello straniero alla frontiera.

Nonostante ciò si rifletta necessariamente nel testo costituzionale - il quale fornisce in materia un quadro appena "abbozzato"<sup>284</sup> - si possono desumere alcune indicazioni utili, per inquadrare dal punto di vista della Costituzione, la posizione giuridica dello straniero alla frontiera, notevolmente arricchita poi, come si vedrà, dall'intervento della Corte costituzionale.

Parrebbe possibile sin da subito individuare il fondamento costituzionale in materia di ingresso degli stranieri alle frontiere dello Stato.

Appare pacifico, infatti, ritenere che la norma di riferimento sia l'art. 10, comma 2 e comma 3 della Costituzione, nonostante il tema sia stato accennato in Assemblea costituente durante i lavori che hanno portato all'approvazione degli artt. 16 e 35 Cost.

Infatti, la libertà di circolazione, di cui all'art. 16 Cost., si riferiva - nell'idea dei Costituenti - ai soli "cittadini" e al solo territorio dello Stato, rilevando quindi solo in un momento successivo all'attraversamento della frontiera da parte dello straniero<sup>285</sup>. Come sostiene autorevole dottrina, infatti, tra i Costituenti vi era la convinzione che "il nodo dei diritti da garantire allo straniero", compresa la libertà di circolazione, avrebbe dovuto essere affrontato appunto durante la discussione riguardo alla condizione giuridica dello straniero<sup>286</sup>, di cui all'art. 10, comma 2 Cost.

---

<sup>284</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene Editore, Napoli, 2007, p. 106.

<sup>285</sup> In tal senso C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 129.

<sup>286</sup> *Idem*, p. 128.

Inoltre, la libertà di emigrazione sancita agli artt. 16 e 35, seppur simbolo nelle intenzioni dei Costituenti di un mondo senza frontiere e passaporti, si limita a disciplinare la libertà di uscita dal territorio dello Stato (art. 16 Cost.), di cui sono titolari peraltro “i cittadini”, accordando una specifica tutela per i lavoratori all'estero (art. 35 Cost.).

Ciò d'altra parte, parrebbe conforme alle norme internazionali, le quali – come visto – configurano lo *ius migrandi* quale libertà a “statuto debole”, volta a garantire l'emigrazione senza che a ciò corrisponda alcun obbligo per gli Stati di garantire “l'immigrazione”, spettando alla sovranità di questi ultimi la facoltà di ammettere o meno lo straniero nel proprio territorio.

L'art. 10, comma 2, invece, pur non specificando nulla riguardo all'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ma rinviando alla legge, in conformità alle norme e i trattati internazionali, la regolamentazione della condizione giuridica dello straniero ben si adatta a fungere da fondamento alla disciplina in materia di ingressi alle frontiere; frontiere che per loro stessa natura si trovano in una situazione “a cavallo” tra l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale.

A questo punto, è necessario verificare se dall'art. 10, comma 2 Cost. possano ricavarsi indicazioni utili in relazione all'ingresso (a), nonché rispetto ai diritti e al trattamento da riservare agli stranieri presenti alla frontiera dello Stato (b).

Preliminarmente occorre, tuttavia, osservare come la Costituzione non fornisca una definizione di straniero. Infatti, come è stato osservato, la Costituzione “*utilizza genericamente il termine straniero all'art. 10, ma non sembra fornire una chiave interpretativa univoca per stabilire quale sia il significato di tale espressione alla luce delle diverse figure soggettive che a quel termine si possono riconnettere*”<sup>287</sup>.

In altri termini, l'art. 10 Cost. non fa che accogliere quella “*consuetudine dogmatica*” in base alla quale si è soliti definire lo straniero in negativo: è straniero colui che è privo della cittadinanza, come disciplinata dalla l. n. 91 del 1992 “Nuove norme sulla cittadinanza”<sup>288</sup>.

In realtà, dal dato costituzionale è possibile effettuare una distinzione tra gli stranieri in generale e i beneficiari del diritto d'asilo, ovvero coloro ai quali “*è impedito nel loro paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana*”<sup>289</sup>.

#### a) *Sull'ingresso nel territorio dello Stato*

---

<sup>287</sup> E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, cit., p. 5787.

<sup>288</sup> In questo senso P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 13

<sup>289</sup> Ciò si evince come si vedrà in seguito anche dalla giurisprudenza costituzionale, la quale afferma che la Costituzione “*vede diversamente regolato l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nello Stato, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o di rifugiati, ovvero di «migranti economici»*” cfr. C. cost. sentt. nn. 5 del 2004 e 250 del 2010. Per le altre categorie di soggetti che possono presentarsi alla frontiera in base al diritto vigente si rinvia a quanto esposto nel Cap. I.

Riguardo al primo profilo, è necessario tenere distinti gli stranieri che si presentano alla frontiera poiché impediti nei loro paesi di origine nell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, comma 3 Cost.) e tutti gli altri (art. 10, comma 2 Cost.).

I primi, infatti, hanno diritto d'asilo e ciò parrebbe significare che hanno diritto di ingresso "nel territorio della Repubblica", quantomeno ai fini della richiesta di riconoscimento del medesimo diritto.

Ciò sembra desumersi già dall'idea stessa dei Costituenti i quali collegavano il diritto d'asilo all'ingresso alle frontiere, essendo intenzionati a fornire una protezione concreta nel "territorio della Repubblica"<sup>290</sup> a chi fuggisse da situazioni di violazioni di diritti umani. Paradossalmente, ciò emerge anche dagli interventi di coloro, come l'On. Nobile, che criticavano l'ampia garanzia prevista dall'art. 10, comma 3 Cost., poiché *"domani potrebbero battere alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri paesi, e noi saremmo costretti a dar loro asilo.."*

In effetti, secondo la dottrina, l'impedimento delle libertà garantite della Costituzione italiana è sufficiente affinché *"l'Italia apra le porte per consentire loro di fruire di quelle stesse libertà nel nostro paese"*<sup>291</sup>.

In altri termini, dalla stessa *"struttura e funzione del diritto d'asilo, per come è configurato all'interno della Carta costituzionale"* discenderebbe *"il bene giuridico fondamentale tutelato dall'art. 10, comma 3 Cost."*: il diritto di ingresso nel territorio dello Stato ai fini della presentazione della domanda di asilo<sup>292</sup>. E proprio il diritto di ingresso finalizzato alla presentazione della domanda, costituirebbe *"il contenuto necessario"* del diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost.

Il contenuto necessario del diritto d'asilo dovrebbe essere garantito, coerentemente - come si vedrà - con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, indipendentemente dall'esistenza di leggi ordinarie<sup>293</sup> volte a regolarlo.

Infatti, come è stato osservato il diritto d'asilo dipende *"dalla situazione di un impedimento (nell'esercizio delle libertà garantite dalla Costituzione) e non dal suo accertamento, per intanto allo straniero che faccia richiesta di asilo, in applicazione dell'art. 10, comma 3 Cost., dovrà consentirsi l'ingresso e il soggiorno provvisorio in Italia"*<sup>294</sup>.

Da ciò discende che la riserva di legge assoluta prevista all'art. 10, comma 3 in forza della quale il diritto d'asilo è concesso *"secondo le condizioni stabilite dalla legge"*. non è volta a regolare l'ingresso, ma l'accertamento del diritto stesso<sup>295</sup>.

---

<sup>290</sup> In questo senso fra i tanti P. BONETTI – L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit, p. 1140; M. BENVENUTI che lo ritiene "contenuto necessario"; contra invece G. BISCOTTINI, voce *Rifugiati*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, vol. XL, p. 900 secondo il quale *"il rifugiato ha solo il diritto soggettivo di chiedere asilo"*, mentre l'ingresso nel territorio è mero interesse legittimo.

<sup>291</sup> A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, cit. p. 532

<sup>292</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p.174.

<sup>293</sup> In questo senso cfr. P. BONETTI – L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit, p. 1140.

<sup>294</sup> C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. III, Giuffrè, 1958 p. 222.

<sup>295</sup> P. BONETTI – L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit, p. 1148.

La previsione della riserva di legge assoluta, infatti, dimostra la volontà dei Costituenti di non lasciare alcuno spazio di intervento all'autorità amministrativa, in particolare - come è stato evidenziato - nella regolamentazione del "*diritto di ingresso e soggiorno in Italia, che spetta agli stranieri che vivono in uno Stato estero autoritario*"; diritto di importanza preliminare per garantire effettiva protezione agli asilanti.

L'articolo 10, comma 3, rimette alla legge, od atti ad essa equiparati, il compito di specificare le modalità di accertamento dei requisiti del diritto d'asilo<sup>296</sup> - ovvero l'impedimento effettivo delle libertà garantite dalla Costituzione italiana -, individuando gli organi e le procedure adatte per una tale verifica. Tale verifica andrebbe effettuata mediante un "paragone" "*tra lo status di fatto dello straniero (e cioè della complessiva situazione in cui si trovi effettivamente tale straniero nel suo Paese) e quella che secondo la Costituzione spetta al cittadino italiano*", muovendo dall'idea "*della rispondenza alla natura umana delle libertà garantite ai cittadini dalla Costituzione italiana*"<sup>297</sup>.

E' pacifico in dottrina che la legge stabilendo "le condizioni" del diritto d'asilo non possa apportare limiti di tipo "qualitativo" - ovvero volti a limitare o modificare il requisito dell'impedimento delle libertà garantite dalla Costituzione italiana di cui all'art. 10, comma 3 Cost.

Maggiormente controversa, invece, appare la possibilità di introdurre limiti di tipo "quantitativo", al fine di evitare un numero sproporzionato di domanda in periodi di forti flussi migratori. Sul punto sembra di potersi accogliere la tesi di chi ritiene che "*la formulazione costituzionale si riferisce anche alle masse di stranieri che, a causa delle negazioni delle libertà fondamentali nei loro paesi, chiedono asilo*"<sup>298</sup>. Tant'è che secondo autorevole dottrina i Costituenti "*consapevoli di vivere in un periodo caratterizzato da esodi di massa di persone*", decisero - al fine di consentire un'attenta verifica degli eventuali arrivi di massa - di aggiungere "*secondo le condizioni stabilite dalla legge*"<sup>299</sup>.

Sempre riguardo all'ingresso dei richiedenti asilo ci si potrebbe chiedere se l'art. 10, comma 3, imponga di presentare la domanda di asilo nel "territorio" della Repubblica e quindi alle frontiere dello Stato.

Vi è chi ritiene, infatti, che l'art. 10, comma 3 facendo espresso riferimento al territorio della Repubblica disciplini il solo c.d. asilo territoriale. Lo stesso autore, tuttavia, precisa come l'asilo extra-territoriale, ovvero quello richiesto "*in sedi diplomatiche, nei consolati, a bordo di navi da guerra, o adibite all'esercizio di una potestà pubblica*" non troverebbe fondamento nell'art. 10, comma 3 Cost, ma nell'art. 2 Cost., il quale impone "*ad ogni autorità fuori dall'Italia di agire nei confronti dei cittadini e degli stranieri conformemente alla solenne garanzia dei*

---

<sup>296</sup> A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, cit. p. 533

<sup>297</sup> C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, cit., p. 222.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 225.

<sup>299</sup> P. BONETTI - L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit. p. 1138.

*diritti inviolabili*” invitando queste ultime “*a dare (secondo possibilità) aiuto e rifugio a chi sia perseguito o perseguitato nei diritti inviolabili dell’uomo*”<sup>300</sup>..

Altri, invece, considerano il riferimento al territorio della Repubblica connesso al godimento del diritto e non tanto alla presentazione della richiesta, concludendo dunque che rientri nell’ambito dell’art. 10, comma 3 anche il c.d. asilo extraterritoriale.

Indipendentemente dal fondamento costituzionale, l’art. 2 o l’art. 10, entrambe le tesi arrivano comunque a sostenere la coerenza con il dettato costituzionale del diritto d’asilo extraterritoriale, e dunque presentato non alla frontiera, ma nei Paesi di origine.

A differenza dei richiedenti asilo, gli stranieri che si presentano alla frontiera per qualsivoglia ragione, che non sia tra quelle indicate dall’art. 10, comma 3 Cost., la Costituzione non prevede nulla di specifico.

Ne discende che dalla disciplina costituzionale non è configurabile alcun “diritto di ingresso” degli stranieri (non rientrarti nell’ambito di applicazione dell’art. 10, comma 3) e che la disciplina delle condizioni di ingresso alla frontiera rientra quindi nell’alveo della regolamentazione della condizione giuridica dello straniero, di cui all’art. 10, comma 2 Cost., il quale come visto non fornisce alcuna precisazione - né riguardo alle condizioni né tantomeno riguardo ai diritti spettati agli stranieri che si presentano alla frontiera – limitandosi a rimetterne la disciplina alla legge in conformità alle norme e ai trattati internazionali.

L’art. 10, comma 2 Cost., dunque, impone al legislatore un doppio vincolo: in primo luogo ogni atto volto a regolare la condizione giuridica dello straniero e quindi anche l’ingresso di quest’ultimo alla frontiera deve avvenire con legge ordinaria; in secondo luogo, la legge ordinaria nel disciplinare la condizione dello straniero deve conformarsi alle norme di diritto internazionale e ai trattati internazionali.

Secondo la dottrina maggioritaria si tratta di una riserva di legge rinforzata, poiché non è sufficiente che la condizione e l’ingresso dello straniero siano regolati dalla legge, ma il contenuto di quest’ultima deve appunto attenersi alle norme e ai trattati internazionali in materia<sup>301</sup>.

Come è stato efficacemente osservato la *ratio* della riserva di legge rinforzata risiede nel “*voler sottrarre alla regolamentazione della pubblica amministrazione un campo nel quale l’autorità del passato regime fascista si era ispirata a viete ideologie nazionalistiche e xenofobe*”<sup>302</sup>, ed allo stesso tempo nel volere adeguare le leggi in materia di stranieri “*ai parametri vigenti nella comunità internazionale*”.

---

<sup>300</sup> *Idem*, p. 223. L’A. precisa che l’asilo extra-territoriale, ovvero quello richiesto “*in sedi diplomatiche, nei consolati, a bordo di navi da guerra, o adibite all’esercizio di una potestà pubblica*” non troverebbe fondamento nell’art. 10, comma 3 Cost., ma nell’art. 2 Cost., il quale impone “*ad ogni autorità fuori dall’Italia di agire nei confronti dei cittadini e degli stranieri conformemente alla solenne garanzia dei diritti inviolabili*” invitando queste ultime “*a dare (secondo possibilità) aiuto e rifugio a chi sia perseguito o perseguitato nei diritti inviolabili dell’uomo*”.

<sup>301</sup> Sulla riserva di legge di cui all’art. 10, comma 2 Cost., cfr. A. CASSESE, p. 532

<sup>302</sup> A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, cit. p. 510.

Appare quindi scontato sottolineare che qualsiasi atto di rango inferiore alla legge volto a regolare la condizione giuridica dello straniero è illegittimo e annullabile; come è costituzionalmente illegittima qualsiasi legge in materia di condizione giuridica dello straniero non conforme alle norme internazionali, in violazione dell'art. 10, comma 2 Cost. Più precisamente l'art. 10, comma 2 della Costituzione impone che la legge si conformi alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, e dunque alle consuetudini internazionali, nonché alle fonti pattizie che rilevano riguardo alla condizione giuridica dello straniero.

b) *Sui diritti spettanti agli stranieri presenti alla frontiera dello Stato*

Rispetto al secondo profilo prospettato, riguardante i diritti spettanti agli stranieri presenti alla frontiera, è necessario sottolineare che una volta fatto ingresso nel territorio dello Stato, ogni straniero (che si tratti di rifugiato, richiedente asilo, apolide o ogni altro straniero<sup>303</sup>) è sottoposto al regime di cui all'art. 10, comma 2 Cost., il quale come appena spiegato prevede una riserva di legge rinforzata.

Come visto né dalla norma costituzionale, né dai lavori dell'Assemblea costituente è possibile definire con certezza quali diritti spettino allo straniero e quindi quale sia il rapporto tra l'art. 10, comma 2 Cost. e gli artt. 2 e 3 della Costituzione. Né tanto meno sembra agevole desumere dal testo della Costituzione un "*criterio univoco che per distinguere prima facie quali diritti costituzionalmente garantiti siano riconosciuti agli individui indipendentemente dalla loro cittadinanza, quali siano invece riferibili ai soli cittadini ed ad alcune categorie di non cittadini, quali infine siano riservate ai soli cittadini italiani*"<sup>304</sup>.

Sul tema si è interrogata a fondo la dottrina, già ampiamente ricostruita in diversi contributi<sup>305</sup>.

Sinteticamente è possibile distinguere tra quelle tesi che valorizzano un criterio "formale" – basato quindi sul dato testuale delle singole disposizioni costituzionali – e quelle che invece seguono un criterio "sostanziale", fondandosi sulla natura del diritto tutelato.

In primo luogo, tra le prime tesi richiamate è possibile, ulteriormente, distinguere tra: quelle che ritengono che i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. spettino allo straniero, ad eccezione di quelli previsti da norme costituzionali che fanno

---

<sup>303</sup> A. CASSESE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, p. 509.

<sup>304</sup> E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, cit., p. 5788.

<sup>305</sup> Tra i diversi autori che ricostruiscono le posizioni della dottrina in materia M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., p. 127 ss.; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 82 ss.; E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, cit., p. 5788 ss.; Id., *Straniero*, in *D. disc. Pubbl.*, XV, Utet, Torino, 1999, p. 157; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, Maggioli, 1993; Id., *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *www.federalismi.it*, 11/2003; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europeo*, p. 108 ss.

espressamente riferimento al “cittadino”<sup>306</sup>; quelle che invece considerano i diritti proclamati dalla Costituzione, essendo quest’ultima “un fatto politico”<sup>307</sup> ed essendo la sua prima parte esplicitamente intitolata “Diritti e doveri dei cittadini” riferibili al solo cittadino, rimettendo la disciplina della condizione giuridica dello straniero nel solo alveo dell’art. 10, comma 2 Cost.<sup>308</sup>.

In entrambe le prospettive appena richiamate, quei diritti che spetterebbero ai cittadini (quindi tutti i diritti della prima parte della Costituzione, secondo la seconda tesi; i diritti che spettano esplicitamente al cittadino, secondo la prima tesi), potrebbero essere anche attribuiti agli stranieri dalla legge, in conformità con alle norme internazionali, come stabilito dall’art. 10, comma 2 Cost.<sup>309</sup>.

Ciò non determinerebbe, secondo alcuni, una necessaria posizione di privilegio dei cittadini rispetto agli stranieri, ma potrebbe anche comportare un rafforzamento di tutela in base agli *standard* internazionali ai quali la legge deve conformarsi<sup>310</sup>. Rimane, tuttavia aperta, come osservato, “*la questione dei limiti entro cui il legislatore può operare l’allargamento dei diritti ...e sulle ragioni che possono legittimare trattamenti differenziati in base al possesso o meno della cittadinanza*”<sup>311</sup>. Sul punto vi è chi arriva a sostenere l’estendibilità per via legislativa “*di tutti i diritti che la Costituzione riserva ai soli cittadini, inclusi quelli di natura politica*”<sup>312</sup>.

Mentre, secondo altri è da riconoscere “*l’esistenza di un nucleo minimo comune di situazioni giuridiche soggettive garantite sia ai cittadini che agli stranieri*”<sup>313</sup>.

In secondo luogo, è necessario considerare quelle tesi che si fondano su un criterio sostanziale, determinando l’attribuzione dei diritti costituzionali non tanto in base al

---

<sup>306</sup> In questo senso cfr. P. BARILE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, Cedam, Padova, 1953; A. BARBERA, *Art. 2* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., p. 116; G. D’ORAZIO, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, in *Dir. Soc.*, 1973, p. 955; G. BISCOTTINI, *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Diritto internazionale*, 1963, p. 12. Come si vedrà, una tale impostazione è stata superata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, almeno in riferimento ad alcuni principi costituzionali, a partire da quello sancito dall’art. 3 Cost.

<sup>307</sup> Critica questa tesi fondata sulla Costituzione come “fatto politico” C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 87.

<sup>308</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 315 ss; G. ZAGREBELSKY, *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell’ordine dei giornalisti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 350 ss.

<sup>309</sup> A. BARBERA, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO – A. BARBERA (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, p. 308; Id., *Art. 2* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., p. 116; G. D’Orazio, *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, cit., in *Dir. Soc.*, 1973, p. 955; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, cit., p. 51; P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 32; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell’ordinamento italiano*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1964, p. 105.

<sup>310</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 316; cfr. inoltre A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 116.

<sup>311</sup> G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 109.

<sup>312</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 319.

<sup>313</sup> G. D’ORAZIO, cit., in *Dir. Soc.*, 1973, p. 955.



dato testuale, quanto piuttosto osservando la stessa natura del diritto che di volta in volta viene in rilievo<sup>314</sup>.

Secondo questa impostazione alcuni diritti sono riferibili al solo cittadino, in quanto membro della comunità politica, poiché strettamente connessi al rapporto privilegiato che il cittadino ha con lo Stato. Tra questi diritti, oltre ai diritti politici<sup>315</sup>, secondo alcuni autori rientrerebbe anche l'ingresso nel territorio dello Stato<sup>316</sup>. Per questa categoria di diritti, il trattamento tra cittadini e stranieri può essere legittimamente differenziato, spettando al legislatore discrezionalità in materia "*che incontra il proprio unico limite nel rispetto della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.*"<sup>317</sup>.

Altri diritti, invece, spetterebbero a tutti gli individui, cittadini e stranieri, in quanto coesenziali alla natura della persona umana, indipendentemente dall'appartenenza ad una comunità politica.

Le prime tesi che si fondano sul criterio "formale", in parte superate come si vedrà dalla giurisprudenza della Corte costituzionale almeno in riferimento ad alcuni diritti, vengono ampiamente criticate dalla dottrina più recente, dal momento che è chiaro, sin dai lavori dell'Assemblea costituente che, "*l'uso del termine cittadino ..non sembra assumere sempre lo stesso significato univoco*"<sup>318</sup>.

Allo stesso modo, le teorie che si basano su un criterio sostanziale non sono esenti da critiche poiché parrebbe difficile individuare elementi univoci che consentano di selezionare i diritti "*coesenziali alla natura umana*" spettanti ad ogni individuo e quelli che invece attengono al rapporto tra lo Stato e il cittadini e quindi riferibili solo a questi ultimi<sup>319</sup>.

Le problematiche appena riassunte, riguardanti la titolarità dei diritti costituzionali da parte degli stranieri, si presentano con maggior forza alla frontiera dello Stato, dove entrano in gioco una pluralità di diritti costituzionali, come ad esempio la libertà personale (art. 13 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), la libertà di circolazione (art. 16 Cost.).

In primo luogo, infatti, alla frontiera non è sufficiente comprendere quali siano i diritti che la Costituzione assegna agli stranieri, ma occorre verificare se la tutela di

---

<sup>314</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Cedam, Padova, 1976, p. 1154 ss.; cfr. inoltre T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 707 ss.; E. GROSSO, *Straniero*, cit. 1999, p.164; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 87 ritiene che "*è necessario muovere dal senso delle affermazioni costituzionali di riconoscimento dei diritti umani contenute nella Costituzione, guardando anche alle origini ed all'evoluzione di tali affermazioni negli Stati moderni*".

<sup>315</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Cedam, Padova, 1976, p. 1154 ss.

<sup>316</sup> Fra i tanti cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1995.

<sup>317</sup> E. GROSSO, *Straniero (Status costituzionale dello)*, cit., p. 5791.

<sup>318</sup> E. GROSSO, p. 5790; BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*; cfr. inoltre, F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, Cedam, Padova, p. 1953. C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 87 critica queste tesi, sostenendo che esse non reggano sul "piano storico"; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., p. 155.

<sup>319</sup> In questo senso M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 1997, p. 152; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Rimini, Maggioli, 1993; E. GROSSO, *Straniero*, in *D. disc. Pubbl.*, XV, Utet, Torino, 1999, p. 157.

tali diritti possa essere “graduata” in base al titolo di ingresso, individuando ove possibile un “nucleo minimo” di garanzia, come meglio verrà approfondito nei paragrafi che seguono.

In secondo luogo, alla frontiera si pone il problema dello “scontro” tra diritti individuali e l’esigenza dello Stato al controllo dei confini. Quest’ultima esigenza non era in alcun modo contemplata nella Costituzione del ‘48, ma come si vedrà, essa ha assunto rilevanza nella giurisprudenza della Corte costituzionale di pari passo con l’incrementare del fenomeno migratorio, fino ad essere poi codificata all’art. 117, comma 2, lett. q, della Costituzione, a seguito della legge costituzionale 8 ottobre 2001, n. 3. Bisognerà dunque comprendere quale sia il corretto bilanciamento tra i valori costituzionali in gioco, valutando se i diritti costituzionali che di volta in volta vengono in rilievo possano essere limitati in nome della sicurezza e dell’ordine pubblico, individuando i casi in cui ciò possa essere considerato conforme al canone della ragionevolezza.

Non si può non tenere in conto, poi, che l’esigenza di controllo delle frontiere non ha valenza meramente nazionale, ma si inserisce in quadro europeo ed internazionale<sup>320</sup>. Come visto, infatti, da un lato, l’Unione europea ha competenza concorrente tanto in materia di controllo delle frontiere, tanto in materia di ingresso dei cittadini extracomunitari. D’altro lato, l’Italia ha la responsabilità, in conformità con il diritto europeo, di sorvegliare la frontiera esterna, per proteggere lo spazio europeo di libera circolazione.

Alla luce del contesto costituzionale appena illustrato nelle pagine che seguono si intendono approfondire alcuni profili.

In primo luogo, è opportuno delineare l’evoluzione normativa, ponendo l’attenzione in particolare sugli interventi più recenti, al fine di individuare gli strumenti di controllo delle frontiere e degli ingressi dei migranti alle frontiere dello Stato.

In secondo luogo, occorre analizzare la giurisprudenza costituzionale tanto in relazione alle condizioni di ingresso nel territorio dello Stato, tanto in relazione all’esigenza costituzionale di controllo delle frontiere, proponendosi di desumere le principali linee di tendenza in materia.

### **3. Richiedenti “asilo”, irregolari e flussi misti alla frontiera: evoluzione normativa**

Nell’analisi dell’evoluzione normativa riguardante gli stranieri alle frontiere dello Stato, si porrà in particolare l’attenzione, da un lato, alla situazione dei richiedenti asilo, dall’altro lato, alla situazione dei c.d. “irregolari”, sprovvisti di un valido titolo di ingresso.

Una tale delimitazione del campo di indagine è dovuta al fatto che i diritti dei predetti soggetti sono quelli che sembrerebbero maggiormente “subire” le politiche statali di controllo delle frontiere. Non solo, i flussi che oggi prevalentemente si

---

<sup>320</sup> Per una ricostruzione sul complesso quadro delle fonti in materia cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Le fonti del diritto dell’immigrazione*, in *Diritto in migrazione*, cit., p. 343 ss.

dirigono verso le coste italiane parrebbero c.d. “flussi misti”, composti cioè sia da richiedenti asilo, sia da coloro che non hanno alcun titolo di ingresso nel territorio dello Stato.

La ricostruzione della normativa è tutt’altro che immediata poiché il sistema delle fonti in materia è complesso, caratterizzato da un non trascurabile uso di fonti secondarie e notevolmente influenzato dal diritto dell’Unione europea, la quale - a partire dal Trattato di Amsterdam - ha competenza concorrente sia in materia di “immigrazione”, tanto sia in materia di controllo delle frontiere<sup>321</sup>”.

In particolare, si tenterà di analizzare la disciplina in materia di asilo, ponendo l’attenzione sulla progressiva introduzione di strumenti che non sembrano solo volti all’accertamento del diritto, ma anche diretti al controllo degli ingressi e delle frontiere. In altri termini, le norme che solo parzialmente danno attuazione all’art. 10, comma 3 Cost. parrebbero caratterizzate da una “doppia natura”: quella “umanitaria” e quella del “controllo dei flussi”.

D’altro lato, con riguardo alla posizione degli “irregolari”, sarà necessario porre l’attenzione sulla progressiva emersione nel diritto interno, dell’esigenza di controllo delle frontiere e dell’introduzione di strumenti di “reazione” agli ingressi irregolari, talvolta caratterizzata da un forte approccio securitario.

### **3.1. I richiedenti “asilo” alla frontiera**

*a) La mancata attuazione dell’art. 10, comma 3 Cost. e la ratifica della Convenzione di Ginevra: l’origine della “doppia natura” delle normative in materia di “asilo”*

Come noto, l’art. 10, comma 3 della Costituzione non ha mai trovato piena attuazione.

Negli anni successivi all’approvazione della stessa, la mancata attuazione della riserva di legge assoluta di cui all’art. 10, comma 3 Cost., era prevalentemente dovuta allo scarso interesse del legislatore a disciplinare la materia, a fronte dell’esiguo numero di richieste di asilo nell’Italia del dopoguerra. Si pensi che dal 1952 al 1989 sono state presentate in Italia poco più del numero di domande avanzate nel solo 2016<sup>322323</sup>.

Una “parziale” soluzione alle poche richieste di asilo che venivano presentate in quegli anni si formalizzò con l’adesione dell’Italia alla Convenzione di Ginevra del 1951, ratificata con legge n. 722 del 24 giugno 1954. Tuttavia, la legge di ratifica era

---

<sup>321</sup> Ibidem

<sup>322</sup> Cfr. Rapporto *Caritas* sulla protezione internazionale 2017, p. 67 secondo il quale nel 2016 sono state presentate in Italia 123.000 domande di protezione internazionale. Per i dati relativi alla presenza di rifugiati e richiedenti asilo in Italia dal periodo dall’approvazione della Costituzione cfr. C. HEIN, *Rifugiati, Vent’anni di storia del diritto d’asilo in Italia*, Donzelli, Roma. Analizza i dati dai primi anni ‘50 all’approvazione della c.d. legge Martelli N. PETROVIC, *Rifugiati, Profughi e sfollati. Breve storia del diritto d’asilo in Italia*, Franco Angeli, Milano, p. 33 ss.

<sup>323</sup> In questo senso P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 20.

ben lontana da fornire piena attuazione all'art. 10, comma 3 della Costituzione e ciò per due ordine di ragioni.

Da un lato, lo status di rifugiato, come inteso dalla Convenzione di Ginevra – spettando a chi “*temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori dal Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese*”, si applicava solo ad un sottogruppo di soggetti tutelati dalla ben più ampia garanzia Costituzionale, di cui all'art. 10, comma 3<sup>324</sup>.

Dall'altro lato, rimaneva in vigore la c.d. “riserva geografica”, prevista dalla Convenzione di Ginevra, in base alla quale il riconoscimento dello status di rifugiato veniva attribuito ai soli individui di provenienza europea. La ragione che ha spinto il Parlamento ad una tale scelta sembra direttamente connessa all'esigenza di controllo delle frontiere, essendo l'Italia “*l'unico Paese occidentale a confinare con due aree geografiche da cui provengono esodi di rifugiati: l'Europa dell'est e l'area afro-asiatica*”<sup>325</sup>.

Tale situazione, lontana dell'idea di fondo dell'asilo politico come inteso dai nostri Costituenti, sembrava incidere sullo stesso contenuto minimo necessario del diritto d'asilo, ovvero - come visto – il diritto di ingresso di coloro che non fossero di provenienza europea o di coloro che, pur trovandosi nelle condizioni stabilite all'art. 10, comma 3 Cost., non rispondessero ai requisiti richiesti dalla Convenzione di Ginevra per lo status di rifugiato. Ciò pare ancora più problematico se si pensa che il principio di *non refoulement* sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra era di fatto applicabile solo ai rifugiati.

Alcune deroghe vennero concesse a gruppi isolati di cittadini extra-europei<sup>326</sup>, sulla base di accordi sporadici dei vari Governi con i paesi di provenienza. Come è stato osservato, ciò ha determinato l'emergere di due categorie di rifugiati: quelli “de jure” provenienti da altri paesi europei e sottoposti al regime di cui alla Convenzione di Ginevra e quelli “de facto” provenienti da paesi extraeuropei.

Le domande venivano presentate alle frontiera, dove iniziarono a sorgere i primi centri di assistenza profughi stranieri (CAPS), ed inviate - quelle dei rifugiati “de jure” - al Ministero dell'Interno, o quelle “de facto” all'alto Commissariato delle Nazioni Unite. Per di più ai rifugiati “de facto” veniva attribuito solo un permesso di soggiorno “per attesa emigrazione”, in base alla considerazione che l'Italia rappresentava allora, ma forse anche oggi, un Paese di transito<sup>327</sup>. Le procedure erano

---

<sup>324</sup> L'asilo costituzionale e lo status di rifugiato si differenziano non solo nella portata ma anche nel contesto e quindi ratio in cui sono nati BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*. p. 175.

<sup>325</sup> N. PETROVIC, *Rifugiati, Profughi e sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia*. cit., p. 29.

<sup>326</sup> Ad esempio, nel 1973 infatti venne accordata una prima deroga per un gruppo cileni che chiesero protezione all'ambasciata del Cile; sempre negli stessi anni venne accordata protezione a 3.336 cittadini del sud est asiatico soccorsi in mare dalle navi italiane.

<sup>327</sup> Si pensi che uno dei CAPS, quello di Latina, ospitava solo profughi in attesa di emigrazione.

finalizzate, dunque, al *resettlement* in altri paesi più “pronti” all’accoglienza, come gli Stati Uniti o la Nuova Zelanda<sup>328</sup>. Ciò si evince anche dal D.p.r n. 616 del 1977<sup>329</sup>, il quale attribuiva alla competenza dello Stato e nello specifico alla competenza del Ministero dell’Interno “*gli interventi di prima assistenza per i profughi stranieri, limitatamente al periodo di tempo strettamente necessario alle operazioni di identificazione e di riconoscimento della qualifica di rifugiato, ai sensi della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con la legge 24 luglio 1954, n. 722, e per il tempo di attesa per il trasferimento in altri paesi*” (art. 24).

La frontiera inizia quindi a divenire il luogo ove vengono decise le sorti dei richiedenti asilo, per altro per mano delle autorità amministrative e del Ministero dell’Interno, in totale assenza di una chiara disposizione legislativa.

La scelta di ratificare la Convenzione di Ginevra, senza dare attuazione al diritto d’asilo costituzionale, aveva dunque l’effetto, come detto, di restringere notevolmente lo spettro dei beneficiari di protezione, rispetto a quanto sancito dall’art. 10, comma 3 della Costituzione. Già in questa prima fase sembra, dunque, emergere la doppia “anima” delle normative in materia di asilo: quella “umanitaria”, dimostrata dal legislatore mediante l’adesione agli obblighi internazionali di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951; e quella di “controllo degli ingressi” volta a limitare il più possibile le condizioni del diritto d’asilo in un Paese non considerato economicamente e socialmente pronto a gestire stranieri in arrivo.

b) *La c.d. legge Martelli: tra vocazione umanitaria e “cause ostative all’ingresso”*

Il primo tentativo di disciplinare in modo organico il diritto d’asilo fu compiuto solo all’inizio degli anni novanta con l’adozione del d. l. 30 dicembre 1989, n. 416 “*Norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato*”, convertito con l. 28 febbraio 1990, n. 39<sup>330</sup>. La c.d. legge Martelli pur ambendo a fornire una regolamentazione organica della materia, rispondeva in realtà ad un’esigenza precisa, ovvero quella di risolvere il problema dell’abuso delle richieste di asilo “strumentali”. Si legge, infatti, nella relazione alla legge di conversione che “*in attesa di una disciplina organica in materia di diritto di asilo, che si ritiene comunque di rinviare a quando saranno definite le procedure minime – identiche per tutta l’Unione europea – attualmente in discussione a Bruxelles*”, “*il Governo ha ritenuto almeno di risolvere il problema*

---

<sup>328</sup> Cfr. Relazione sulla protezione e sull’accoglienza dei richiedenti asilo (Relatore on. Paolo Beni), approvata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul Sistema di accoglienza, di identificazione ed Espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, Commissione nella seduta del 20 dicembre 2017.

<sup>329</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 24.07.1977, n. 616 (G.U.R.I. n. 234 del 29 agosto 1977); fino a quel momento le stesse competenze era attribuite all’Amministrazione per gli aiuti internazionali cfr. N. PETROVIC, *Rifugiati, Profughi e sfollati. Breve storia del diritto d’asilo in Italia*, cit., p. 35.

<sup>330</sup> Per una disamina approfondita del contenuto della legge v. B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, p. 93 ss.

*costituito dalla domande di asilo realmente strumentali, ossia presentate al solo scopo di sfuggire all'esecuzione di un provvedimento di allontanamento ormai imminente*".

Si tratta in ogni caso del primo intervento normativo che fa esplicitamente riferimento nel titolo all' "asilo politico". Tale indicazione ha, tuttavia, mero valore formale dal momento che l'art. 1 della stessa legge si limita a rinviare alla disciplina della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato.

Inoltre, con la c.d. legge Martelli venne abolita definitivamente la "riserva geografica". Ancora una volta tale scelta sembrava strettamente connessa alla regolamentazione delle frontiere, oggetto in quegli anni di discussione e riforma in sede europea ed internazionale: l'adesione alla Convenzione di Schengen e l'ingresso dell'Italia nell'area di libera circolazione erano infatti subordinati fra l'altro all'abolizione della riserva geografica.

Non essendo possibile analizzare dettagliatamente in questa sede tutte le novità introdotte dalla c.d. legge Martelli, è opportuno evidenziare due profili particolarmente problematici ai fini del tema in esame.

Il primo attiene alla previsione da parte dell'art. 1, comma 4 delle "*cause ostative all'ingresso*" dei richiedenti protezione, maggiormente restrittive di quelle previste dalla Convenzione di Ginevra, le quali riguardavano prevalentemente la presenza di fattori, come condanne penali, che facessero ritenere il potenziale rifugiato "socialmente pericoloso".

Nonostante, la legge prevedesse, all'art. 7, comma 10, il divieto di respingimento alla frontiera "*dello straniero verso uno Stato ove possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*", la previsione di un tale "filtro di ingresso" risultava problematica, poiché riduceva ulteriormente i possibili soggetti beneficiari dello status di rifugiato, che a sua volta – come visto – escludeva di per sé una buona parte di persone che invece avrebbero avuto diritto d'asilo ex art. 10, comma 3 Cost<sup>331</sup>. La decisione riguardo alle cause ostative all'ingresso era per altro lasciata alla polizia di frontiera, "*sulla base di riscontri obiettivi*", la quale poteva poi procedere al respingimento, fuori ovviamente dai casi previsti all'art. 7, comma 10.

Il secondo profilo critico attiene alle lungaggini del procedimento di accertamento della domanda di protezione, la quale poteva durare più di un anno, associata alla mancanza di strutture adeguate di accoglienza "diffusa". La legge, infatti, istituiva centri di accoglienza presso *i valichi di frontiera ferroviari*", ai soli fini "*di prima assistenza*", provvedendo allo stesso tempo all'erogazione "*di contributi alle regioni che predispongono, in collaborazione con i comuni di maggiore insediamento, programmi per la realizzazione di centri di prima accoglienza e di servizi per gli*

---

<sup>331</sup> Per un approfondimento sui soggetti esclusi dal godimento del diritto P. BONETTI – L. NERI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 1159.

*stranieri immigrati, gli esuli ed i loro familiari*”. Dalla formulazione della norma sembra dunque che iniziasse a svilupparsi già allora una forma di accoglienza “mista” nei confronti tanto di richiedenti asilo, tanto di irregolari, la quale come si vedrà pone diverse problematiche.

Anche la c.d. legge Martelli, dunque, sembra esprimere, da un lato, vocazione “umanitaria” prevedendo, come visto, il divieto di espulsione e respingimento; d’altro lato essa sembra rafforzare ulteriormente l’intento di “controllo degli ingressi” dei richiedenti asilo, introducendo le “cause ostative all’ingresso”, maggiormente restrittive di quelle previste dalla normativa precedente.

c) *Le emergenze “migratorie” degli anni ‘90: tra esigenze “umanitarie” e “securitarie”*

Le criticità della c.d. legge Martelli vennero messe in luce sin dall’indomani della sua stessa approvazione, quando iniziarono flussi massicci di persone verso l’Italia a causa di crisi e guerre civili in Paesi limitrofi negli anni novanta, come l’Albania e la ex Jugoslavia. Infatti, a seguito delle crisi in Albania ed ex Jugoslavia, iniziarono a presentarsi alle frontiere persone che fuggivano da guerre e gravi violazioni di diritti umani, ma che non essendo perseguitate individualmente non rientravano nell’ambito di applicazione della protezione prevista dalla c.d. legge Martelli e dalla Convenzione di Ginevra.

Si poneva quindi con forza il problema dell’eccessiva limitatezza della protezione accordata rispetto all’art. 10, comma 3 Cost., che come visto garantiva il diritto d’asilo non solo ai singoli, ma anche a masse di richiedenti. Di fronte a tali emergenze iniziò una stagione di forte protagonismo del Governo che mediante circolari<sup>332</sup> - in una materia peraltro coperta da riserva di legge assoluta - o decreti legge<sup>333</sup>, tentava di tamponare il “vuoto” lasciato dalla c.d. legge Martelli, concedendo forme di permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Tali interventi parevano, inoltre, fortemente influenzati dall’orientamento politico del momento, che talvolta seguiva il “sentire” dell’opinione pubblica in cui iniziava a profilarsi “una sindrome dell’assedio”, rafforzata dai mezzi di comunicazione di massa<sup>334</sup>.

Il diritto costituzionale d’asilo, dunque, sembrava lasciato in balia delle decisioni del Governo e del Ministero dell’Interno che, a seconda del momento, intervenivano in una logica umanitaria o al contrario in logica prevalentemente securitaria.

---

<sup>332</sup> Cfr. Circolare del Ministero dell’Interno del 28 novembre 1991, la quale prevedeva il rilascio di un permesso di soggiorno umanitario per i cittadini provenienti dall’ex Jugoslavia di tre mesi; Decreto Ministero degli Affari esteri del 26 ottobre 1962, il quale consentiva il rilascio ai cittadini somali di un permesso di soggiorno temporaneo.

<sup>333</sup> Cfr. D.l. 24 luglio 1992 n. 350 convertito con l. 24 settembre 1992, n. 390 riguardante gli “interventi straordinari di carattere umanitario a favore degli sfollati delle Repubbliche sorte nei territori della Ex Jugoslavia”. Si veda inoltre la direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 14 aprile 1994

<sup>334</sup> M. A. MACIOTI – E. PUGLIESE, *Gli immigrati in Italia*, Laterza Roma – Bari, 1993.

Ciò è dimostrato, ad esempio, dalle risposte di stampo “securitario” alla “crisi dei profughi albanesi”, come il rimpatrio dei 12.000 cittadini albanesi sbarcati a Bari, il 9 agosto del 1991 sulla nave *Vlora*, o al “blocco navale”, avvenuto qualche anno più tardi, deciso a seguito di un accordo tra il Governo Italiano e il Governo Albanese, consistente nel pattugliamento delle coste dell’Adriatico ad opera della Marina militare italiana<sup>335</sup>.

Il doppio approccio “umanitario” e “securitario” che ha caratterizzato gli interventi di quegli anni rispondeva ad una “nuova” esigenza di affrontare l’arrivo di flussi “misti”, composti da persone aventi diritto alla protezione e da coloro che invece non avevano alcun titolo di ingresso.

Ciò è dimostrato da due decreti legge adottati per fronteggiare la crisi albanese.

Il primo “D.l. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito in l. 29 dicembre 1995, n. 563 *“Disposizioni urgenti per l’ulteriore impiego del personale delle Forze Armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia”*, c.d. legge Puglia, pur essendo adottata per far fronte alle esigenze umanitarie, aveva l’obiettivo dichiarato di controllare la frontiera marittima mediante l’impiego di forze militari *“per esigenze connesse con il fenomeno dell’immigrazione clandestina nelle medesime province”*. Inoltre, la legge istituiva a cura del Ministero dell’interno *“tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore di gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento, in attesa di identificazione o espulsione”*.

Il secondo decreto legge che merita di essere richiamato è stato adottato qualche anno più tardi, D.l. 20 marzo 1997, n. 60 *“Interventi straordinari per fronteggiare l’eccezionale afflusso di stranieri extracomunitari provenienti dall’Albania”* aveva, da un lato, l’obiettivo di concedere *“il nulla osta all’ingresso”* e *“misure di protezione temporanea”*, *“in coerenza con i principi e i doveri di accoglienza umanitaria, agli stranieri esposti a grave pericolo per l’incolumità personale in relazione agli eventi in atto nelle aree di provenienza e alle loro particolari condizioni”*; d’altro lato prevedeva *“nei confronti delle persone cui non è rilasciato o è revocato il nulla osta provvisorio di cui al comma 1, il respingimento con accompagnamento immediato alla frontiera”*.

Lo stesso decreto legge, inoltre, potenziava i poteri del Ministero dell’Interno che *“avvalendosi della collaborazione dei competenti organi del Ministero della Difesa”* e delle forze di polizia coordinava il controllo delle frontiere.

Seppur tale scelta risultava ragionevole nella logica di gestione dei c.d. flussi misti e massicci di persone, risultava del tutto problematica rispetto all’art. 10, comma 3 della Costituzione. Infatti, i requisiti di protezione, che generalmente coincidevano con il possesso della cittadinanza di uno dei paesi in crisi, venivano dettati *ex post* da decreti legge, adottati in base alle esigenze umanitarie che si ponevano di volta in

---

<sup>335</sup> Gazz. Uff. suppl. n. 163 del 5 luglio 1997 *“Accordo per scambio di lettere tra i ministri degli affari esteri della repubblica italiana e la repubblica di Albania del 25.03.1997 relativo al controllo e il contenimento in mare degli espatri clandestini”*.



volta. Una simile configurazione *ex post* rischiava di determinare, di fronte all'afflusso massiccio di flussi misti, decisioni di rimpatrio sulla sola base della nazionalità, senza alcuna valutazione caso per caso, in violazione non solo del principio di *non refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra, ma anche dello stesso contenuto minimo dell'asilo costituzionale<sup>336</sup>.

d) *L'approccio "umanitario" del Testo unico sull'immigrazione*

La vera svolta in materia di controllo delle frontiere e disciplina dell'ingresso si è avuta a livello europeo con la convenzione di Schengen che, come visto nel primo capitolo, aveva l'obiettivo di creare uno spazio di libera circolazione mediante l'abolizione dei controlli alle frontiere interne e il rafforzamento dei controlli alla frontiera esterna sui flussi migratori. Si poneva, quindi, anche il problema di come gestire le domande di asilo in uno spazio "senza frontiere" in cui gli stranieri avrebbero potuto circolare liberamente per effettuare domanda nel paese europeo dove ritenevano andare. Al fine di evitare tale fenomeno di *asylum shopping*, ovvero delle domande multiple venne così approvata la Convenzione di Dublino del 1990, in base alla quale è competente per l'esame della domanda di protezione "lo Stato attraverso il quale il richiedente si è introdotto nel territorio comunitario: cioè quello del visto d'ingresso o quello del presunto ingresso irregolare". Il c.d. criterio del primo ingresso ha avuto ovviamente conseguenze di rilievo per un Paese come l'Italia che si trovava ad essere non più paese di transito, ma di "primo ingresso" competente a gestire un elevato numero di domande. Ciò metteva in luce la carenza del sistema di accoglienza italiano che, sino ad allora, non era mai stato potenziato, a eccezione dell'adozione di alcune sporadiche soluzioni "emergenziali".

Intanto, anche per rispondere ai nuovi impulsi avvenuti in sede europea, in Italia veniva approvata la l. 40 del 1998 poi confluita nel D.lgs. n. 286 del 1998 c.d. T. U. sull'Immigrazione, il quale tuttavia non si applica ai richiedenti asilo, ma "ai soli cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi".

In materia di asilo, invece, rimaneva in vigore per disposizione espressa dell'art. 46 del D.lgs. n. 286 del 1998 l'art. 1 della Convenzione di Ginevra, confermando dunque il rifugio di cui alla Convenzione di Ginevra quale unico mezzo di protezione<sup>337</sup>.

L'esclusione della disciplina del diritto d'asilo dalla prima regolamentazione organica dell'immigrazione, in attuazione dell'art. 10, comma 2 della Costituzione, fu criticata dalla dottrina, la quale riteneva che una simile scelta non cogliesse appieno la complessità del fenomeno migratorio, ormai caratterizzato da flussi misti

---

<sup>336</sup> In relazione alle problematiche legate ai respingimenti nei confronti dei cittadini albanesi sbarcati in Italia negli anni '90 cfr. B. NASCIBENE, *Diritto d'asilo e albanesi in Italia. Rifugiati o clandestini?*, in *Corriere Giuridico*, 1991, p. 817 ss; G. STROZZI, *Profughi albanesi e diritto d'asilo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1991, p. 97 ss.

<sup>337</sup> Per un'analisi approfondita delle norme relative all' "asilo" nel Testo unico dell'Immigrazione cfr. P. BONETTI, e *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, cit., p. 1172 ss; L. NERI, *Profili sostanziali: lo status di rifugiato*, cit., p. 1212 ss.

di migranti mossi dalle più svariate ragioni, tra le quali, anche, la richiesta di protezione<sup>338</sup>..

In realtà il D.lgs. n. 286 del 1998 detta alcune norme di rilievo in materia di protezione che, orientate ad un approccio “umanitario”, sembrano adottate per porre fine ai problemi posti negli anni successivi all’approvazione della c.d. legge Martelli: l’assenza di forme di protezione “umanitarie” più ampie rispetto allo status di rifugiato previsto dalla Convenzione di Ginevra; il rischio di violazione del principio di *non refoulement* mediante i rimpatri di fronte a flussi massicci di migranti.

Riguardo al primo problema, venne introdotto all’art. 5, comma 6 del T.U. immigrazione il c.d. permesso di soggiorno per motivi umanitari, un istituto di carattere residuale che può essere rilasciato a coloro che non posseggono i requisiti propri dello status di rifugiato, ma si trovano comunque in una situazione in cui “ricorrono seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. Il riferimento agli obblighi costituzionali non può che indurre a ritenere che la predetta norma trovi fondamento nell’ art.10, comma 3 della Costituzione, consentendo protezione seppur - in via residuale - anche a coloro che sono impediti nell’esercizio delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione.

Nella stessa logica, l’art. 20 dello stesso T.U., consente al Presidente del Consiglio dei Ministri di introdurre misure di protezione temporanea “*per rilevanti esigenze umanitarie, in occasione di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità in Paesi non appartenenti all’Unione europea*”. Tale misura è stata attivata, ad esempio, per fronteggiare la crisi in Kosovo e più di recente nel 2011 per far fronte ai flussi causati dalla c.d. “primavera araba<sup>339</sup>”.

Rispetto al secondo problema prospettato, invece, il D.lgs. n. 286 del 1998 ha codificato il principio di *non refoulement* stabilendo all’art. 10, comma 4 l’inapplicabilità delle norme sul respingimento nei confronti di stranieri che abbiano presentato domanda di protezione internazionale. Ancora, l’art. 19 prescrive il divieto di respingimento “*verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvitato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*. Inoltre, l’art. 19 precisa che “*nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell’esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*”.

e) *La c.d. legge Bossi-Fini: tra “trattenimento” e “accoglienza”*

Un anno dopo l’approvazione del T. U. sull’immigrazione, entrò in vigore il Trattato di Amsterdam che rappresenta la pietra fondante del sistema di asilo europeo, comunitarizzando le competenze in materia del titolo IV “Visti, asilo, immigrazione

---

<sup>338</sup> *Ibidem*

<sup>339</sup> cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 5 aprile 2011 recante “misure di protezione temporanea per i cittadini del Nord Africa”.

ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone<sup>340</sup>. Nello stesso anno, il Consiglio europeo di Tampere poneva le basi per la creazione di un sistema comune europeo di asilo all'interno di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". In particolare, le Conclusioni del consiglio europeo ribadivano la necessità della piena applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951, "*il rispetto assoluto di chiedere asilo*", *l'armonizzazione delle procedure per la domanda di protezione, la possibilità per gli stranieri, provenienti da Paesi terzi, di usufruire di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*.

Di contro in Italia venne approvata la legge n. 89 del 2002, c.d. legge Bossi-Fini, che seppur principalmente orientata al contrasto dell'immigrazione irregolare, conteneva alcune norme in materia di diritto d'asilo di stampo "fortemente securitario"<sup>341</sup>. In particolare, oltre ad modificare la procedura per il riconoscimento dello status di rifugiato prevista dalla c.d legge Martelli istituendo le Commissioni territoriali, la legge c.d. Bossi-Fini introduceva per la prima volta il "trattenimento" dei richiedenti asilo<sup>342</sup>, nei Centri di identificazione ed espulsione fino al momento di definizione della domanda.

Ai sensi della novella legislativa, il trattenimento nei Centri di identificazione era obbligatorio nel caso in cui la domanda fosse proposta da uno straniero fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli alle frontiere oppure nel caso in cui la domanda di asilo da parte di uno straniero fosse presentata da uno straniero già destinatario di un provvedimento di espulsione o respingimento. Il trattenimento era facoltativo, invece, nei casi in cui si rendeva necessario svolgere accertamenti ulteriori riguardo alla nazionalità o ad altri elementi a fondamento della domanda; situazioni che peraltro avvenivano nella stragrande maggioranza dei casi degli stranieri fermati alla frontiera.

Contestualmente la legge c.d. Bossi-Fini comportava una novità di rilievo in materia di politiche di accoglienza prevedendo all'art. 32 *sexies*, l'istituzione del sistema SPRAR, il Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati che ha il merito tutt'oggi di promuovere un sistema decentrato dell'accoglienza, non più di mero carattere emergenziale.

Anche nella c.d. legge Bossi-Fini, generalmente considerata di forte stampo securitario, è possibile quindi scorgere la "doppia" natura delle norme in materia d'asilo: il trattenimento ai fini identificativi chiaramente orientato al controllo e alla riduzione dei flussi; l'istituzione del sistema SPRAR, che invece mirava ad assicurare *standard* minimi di accoglienza ai richiedenti asilo sul territorio.

---

<sup>340</sup> Cfr. in particolare art. 63 del Trattato. In dottrina L. ZINCATO, *La competenza Ue in materia di asilo dopo i trattati di Amsterdam e di Nizza*, in L. ZINCATO, *Verso una politica comune del diritto d'asilo*, Cedam Padova 2006.

<sup>341</sup> In generale per un'analisi delle novità introdotte dalla c.d. Legge Bossi-Fini in materia di asilo L. TRUCCO, *Le modifiche della legge n. 189 del 2002 in tema di asilo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2002, p. 105 ss.

<sup>342</sup> Riguardo al trattenimento dei richiedenti asilo cfr. N. RICCIUTI - D. SERRAPEDE, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Europa e migranti*, cit., p. 168 ss.

f) *L'influsso "umanitario" delle norme europee*

Le disposizioni più "dure" della c.d. legge Bossi-Fini vennero subito mitigate grazie al recepimento di importanti direttive europee, adottate a seguito del Trattato di Amsterdam, nella strada verso l'istituzione del sistema comune d'asilo.

Tra queste meritano di essere richiamate in particolare due: il D.l. n. 251 del 2007 che recepisce la direttiva "Qualifiche" 2004/83/CE e il D.lgs. n. 25 del 2008 in attuazione della Direttiva 2005/85/CE "Procedure"<sup>343</sup>.

In estrema sintesi, la prima è di fondamentale importanza, poiché introduce una nuova forma di protezione – la protezione sussidiaria - oltre allo status di rifugiato e alla protezione per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6 del T. U. sull'Immigrazione. La protezione sussidiaria è attribuita dalla Commissione competente allo straniero "*che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ex Convenzione di Ginevra, ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine, correrebbe un rischio di subire un grave danno*". Inoltre, lo stesso decreto prevede dei motivi aggiuntivi per l'attribuzione dello status di rifugiato, come "*la violenza sessuale*".

Il decreto Procedure modificava radicalmente le procedure per l'accertamento della domanda, che non era più denominata domanda "d'asilo" ma di protezione internazionale, volta al riconoscimento delle due protezioni previste: lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria<sup>344</sup>.

Lo stesso decreto abrogava gli aspetti più securitari previsti dalla c.d. legge Bossi-Fini. In primo luogo, le disposizioni relative al trattenimento, disponendo al contrario che i richiedenti asilo venissero "accolti" e non più "trattenuti" nei CARA -Centri di accoglienza per i richiedenti asilo- di nuova istituzione. Il trattenimento veniva mantenuto invece solo nei casi in cui il richiedente fosse nelle condizioni di cui all'art. 1 par. F della Convenzione di Ginevra, ovvero quando ritenuto socialmente pericoloso per aver commesso taluni reati o quando già destinatario di un provvedimento di espulsione. In quest'ultimo caso il decreto prevedeva comunque il trattenimento in un CARA e non in un CIE<sup>345</sup>. Tale disposizione è stata modificata dal D.lgs. 25/2008 che ha comportato il ripristino della normativa precedente.

I cambiamenti avvenuti in forza delle direttive europee appena richiamate hanno introdotto strumenti di carattere "umanitario" nell'ordinamento interno, come la protezione sussidiaria che consentiva ad un numero nettamente maggiore di soggetti di poter accedere alle forme di protezione nel nostro Paese. Le stesse normative,

---

<sup>343</sup> Per quanto riguarda l'impatto di tali direttive nell'ordinamento interno cfr. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare. Collana del Dipartimento Giuridico-politico. Università degli Studi di Milano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 345 ss.

<sup>344</sup> Sulle novità introdotte dalla Direttiva Procedure M. G. FANTINI, *La tutela giurisdizionale del richiedente la protezione internazionale*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Europa e migrazioni*, cit., p. 219 ss.

<sup>345</sup> Sulle novità introdotte in tema di trattenimento dei richiedenti asilo L. CHEFFI, *La tutela costituzionale del diritto d'asilo e di rifugio ai fini umanitari*, cit., p. 201 ss.

tuttavia, anche se hanno mitigato gli effetti della c.d. legge Bossi-Fini trasformando il “trattenimento” ai fini identificativi in forme di prima accoglienza, hanno mantenuto comunque strumenti di controllo degli ingressi.

*g) Dal Trattato di Lisbona alla gestione dell'emergenza “migratoria” del 2015: il controllo dei c.d. flussi misti*

Intanto a livello europeo si stava progressivamente compiendo l'istituzione del sistema comune d'asilo con l'entrata in vigore nel 2009 del Trattato di Lisbona, il quale non si limitava più a prevedere l'adozione di “norme minime” da parte degli Stati membri, ma sottolineava, all'art. 67 TFUE, che la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia doveva avvenire sviluppando tra l'altro una "politica comune" in materia di asilo. Allo stesso tempo veniva sancito il principio di solidarietà in materia di immigrazione, che avrebbe dovuto comportare conseguenze di rilievo per la gestione dei flussi alle frontiere esterne dell'Unione europea. L'art. 80 del TFUE stabilisce “*le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario*”.

La politica comune in materia di asilo ha mostrato tuttavia tutta la sua fragilità a fronte dei massicci flussi di persone verso le coste europee, causati dapprima dalla c.d. primavera Araba e poi, in particolare, dal conflitto siriano.

Particolarmente problematico risulta essere il sistema delineato dal Regolamento Dublino III, che seppur in parte modificato rispetto alla Convenzione di Dublino del 1990, rimane fondato sul criterio del primo ingresso. Tale criterio, associato ad una mancata piena attuazione del principio di solidarietà fra stati membri, relegava ai Paesi di confine, come l'Italia e la Grecia, la gestione di un numero sproporzionato di domande, mettendo a rischio lo stesso spazio di libertà di circolazione europeo, minacciato dalla “chiusura delle frontiere” dei paesi del Nord Europa di fronte all'arrivo improvviso di migranti <sup>346</sup>.

Ecco che nuovamente, come negli anni 90, di fronte all' “emergenza migratoria” e all'arrivo massiccio di flussi misti di migranti, iniziava un periodo di forte protagonismo dell'amministrazione, questa volta tanto a livello europeo, che interno <sup>347</sup>.

Proprio in quel momento la Commissione adottava in materia di migrazioni molteplici atti atipici, prevalentemente “comunicazioni” – *Road Map*, *Agende* - volte ad orientare le politiche dell'Unione, ma anche dei singoli Stati membri nella gestione della c.d. crisi migratoria. Particolarmente rilevante è l'Agenda europea sull'immigrazione del 2015 che, come visto, ha dato avvio a diverse azioni che rilevano in materia di “asilo” e “frontiere”. Tra queste merita di essere segnalata in

---

<sup>346</sup> V. B. TONOLETTI, *Confini diritti migrazioni, cit.*, pp. 55 ss; .

<sup>347</sup> Per un'analisi delle problematiche relative al forte utilizzo da parte dell'amministrazione di fonti “a tipiche” o di “rango secondario” su tutti M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2018.

particolare l'istituzione degli *hotspots* "punti di crisi" gestiti dalle agenzie europee ed italiane per rendere maggiormente efficienti le procedure di identificazione, che ha avuto un forte impatto sulla situazione dei richiedenti asilo alla frontiera italiana. Per rispondere alle richieste dell'Agenda europea sull'immigrazione, il Ministero dell'Interno ha adottato una serie di circolari, volte all'istituzione del metodo/struttura voluto dalla Commissione europea. Come è stato osservato "la circolare del Ministero dell'Interno del 28 settembre 2015 sembra andare oltre le richieste della Commissione europea, definendo gli hotspot non solo come mero "metodo" di accoglienza, ma come luoghi fisici "chiusi", ove "sono disponibili strutture di prima accoglienza (...) per effettuare le attività di preidentificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici"<sup>348</sup>. Inoltre, un'altra circolare del Ministero dell'Interno prescriveva le *operational standards rules*<sup>349</sup>, fissando una vera e propria sequenza operativa delle attività da espletarsi all'interno dei centri. L'istituzione degli *hotspot* è poi stata codificata *ex post* dal regolamento dal Regolamento UE n. 2016/21624 e dal D.lgs. n. 13 del 2017, convertito in legge n. 46 del 2017 (c.d. Decreto Minniti-Orlando) il quale modificando l'art. 10, quater del T.U. sull'immigrazione precisa "che lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera" "ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi". Lo stesso articolo stabilisce che gli *hotspot* saranno allestiti nei centri di cui alla già citata c.d. Legge Puglia, istituiti come visto per fronteggiare l'immigrazione irregolare, e nei CPSA, centri di prima soccorso e accoglienza già presenti sul territorio.

A fronte di un così massiccio flusso di migranti si è reso necessario, a livello interno, procedere ad una razionalizzazione del sistema di accoglienza, delle procedure di accertamento della domanda di protezione, nonché delle procedure di controllo sui richiedenti asilo.

Rispetto al primo profilo, viene in rilievo il D.lgs. n. 14 del 2015 di attuazione della direttiva UE n. 2013/33 "recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale", nonché della direttiva UE n. 2013/32, "recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale", che razionalizza in un unico testo tutti gli interventi, adottati nella prima fase di istituzione del sistema europeo d'asilo, in materia di "qualifiche" "accoglienza" e "procedure". Come si vedrà meglio in seguito, il D.lgs. n. 142 del 2015 ha il merito di delineare un sistema di accoglienza in due fasi – prima e seconda accoglienza – partendo dalle molteplici realtà già istituite (CARA, CPSA, SPRAR, CAS).

Riguardo al secondo profilo, viene in rilievo il D.l. n. 13 del 2017, convertito con l. n. 46 del 2017, il – già citato più sopra- c.d. Decreto Minniti-Orlando, il quale ha

---

<sup>348</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2018.

<sup>349</sup> Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015.

modificato la procedura di riconoscimento della protezione internazionale nell'ottica di una maggior efficienza e velocità nell'esame delle domande. A tal fine, il D.l. non solo istituisce delle Sezioni specializzate presso i Tribunali, competenti a decidere sul ricorso presentato a seguito delle decisioni delle Commissioni territoriali, ma prevede un rito accelerato "sommario di cognizione" da svolgersi in Camera di consiglio, abolendo allo stesso tempo il secondo grado di giudizio<sup>350</sup>.

Rispetto al terzo profilo, entrambe le novità legislative intervengono sull'istituto del trattenimento dei richiedenti asilo<sup>351</sup>. Il D.lgs. n. 142 del 2015 disciplinando il trattenimento all'art. 6, si limita ad aggiungere tra i presupposti al trattenimento "il rischio di fuga". Il c.d. D.l. Minniti Orlando, invece, introduce due ipotesi ulteriori di trattenimento: la prima nel caso in cui vi siano fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione, posta dallo straniero, in attesa dell'esecuzione di un provvedimento di respingimento o di espulsione, sia stata presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione; la seconda invece riguarda ogni straniero – sia esso potenziale richiedente o irregolare, rintracciato alla frontiera, che si rifiuti di procedere ai rilevamenti identificativi di cui all'art. 10 ter del T. U. immigrazione. In questo il trattenimento ha un termine massimo di 30 giorni, salvo che non vengano espletate prima le procedure di identificazione.

Le novità legislative appena illustrate mostrano ancora una volta la "doppia" natura delle norme adottate dal legislatore in materia d'asilo. Da un lato, le norme sul trattenimento a scopi identificativi, introdotti dal c.d. D.l. Minniti-Orlando, così come il trattenimento per "rischio" di fuga aggiunto dal D.lgs. n.142 del 2015 nascono dall'esigenza di gestire "flussi misti" composti da potenziali "irregolari" e potenziali richiedenti protezione, richiedendo dunque la messa in atto di strumenti di controllo più rigidi. D'altro lato, però, il legislatore ha mantenuto la sua vocazione umanitaria razionalizzando e potenziando di fronte ad un massiccio flusso di stranieri, il sistema di accoglienza.

h) *Le novità introdotte dal D.l. n. 113 del 2018, c.d. Decreto Salvini*

---

<sup>350</sup> Sulle problematiche relative al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale come introdotto dal D.l. n. 13 del 2017 cfr. F. GALLO, *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale*, in *Questione giustizia*, 2/2018; M. FLAMINI, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Questione giustizia*, 2/2018; L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustizia*, 2/2018; A. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, ivi, 2018.

<sup>351</sup> Sulle novità più recenti in materia di trattenimento dei richiedenti asilo v. M. VEGLIO, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

Infine, occorre segnalare che è stato da poco convertito in legge, l. n. 132 del 2018, il D.l. n. 113 del 2018 in materia di “immigrazione e sicurezza”, la quale comporta modifiche di rilievo in relazione alla situazione dei richiedenti asilo alla frontiera.

In primo luogo, il D.l. elimina il permesso di soggiorno per motivi umanitari, estrapolando dal testo dell’art. 5, comma 6 del D.lgs. n. 286 del 1998 l’inciso che consente alle Questure su indicazione della Commissione territoriale di concedere predetto permesso quando “*ricorrano seri motivi, ...di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*”<sup>352</sup>.

Tale permesso viene sostituito dal D.l. n. 113 del 2018, dalla c.d. protezione speciale, la quale può essere rilasciata in via residuale dalle Commissioni territoriali ove ricorrano i presupposti di cui all’art. 19 D.lgs. n. 286 del 1998 connessi al rischio di tortura e trattamenti disumani nel Paese di origine, nonché da una serie di permessi rilasciabili solo dalle questure in situazioni specifiche, quali la violenza domestica, la necessità di cure mediche, la situazione di “contingente ed eccezionale calamità”, o di “alto valore civile”.

L’intento di limitare l’istituto del permesso di soggiorno per motivi umanitari quale “*beneficio maggiormente concesso dal Sistema nazionale*” era peraltro già stato messo in luce dalla circolare del 2 luglio 2018 dello stesso Ministro dell’Interno. La circolare, in particolare, mirava a “richiamare l’attenzione” dei Collegi per il riconoscimento del diritto d’asilo e delle Commissioni e Sezioni Territoriali, “*sulla necessaria rigorosità dell’esame delle cause di vulnerabilità degne di tutela, che ovviamente*” – precisa la circolare – “*non possono essere riconducibili a mere e generiche condizioni di difficoltà*”<sup>353</sup>.

Inoltre, il decreto legge interviene nuovamente sul trattenimento dei richiedenti asilo, prevedendo una nuova ipotesi “ai valichi di frontiera”. Infatti, l’articolo 3 dello stesso decreto prevede che i richiedenti asilo possano essere trattenuti per un periodo al massimo di trenta giorni negli *hotspot* al fine di accertarne l’identità e la cittadinanza. Nel caso in cui non sia possibile identificare il richiedente, questo può essere trattenuto per un massimo di centottanta giorni all’interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR).

Infine, tra le diverse novità, il decreto legge interviene sul sistema di accoglienza SPRAR, il sistema ordinario di accoglienza, stabilendo che ad esso possano accedere

---

<sup>352</sup> Tra le sentenze più recenti che hanno valorizzato il riferimento agli “obblighi costituzionali” di cui all’art. 5, comma 6, D.lgs. n. 286 del 1998 cfr. Tribunale di Firenze (Rg 14046/2016); Tribunale di Genova (Rg 12716/2017); Tribunale di Roma (Rg 62213/2017). In dottrina, M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

<sup>353</sup> Al fine di individuare tali cause di vulnerabilità degne di tutela, la circolare fa riferimento ad una recente pronuncia della Corte di cassazione (Cass., Sez. I, 23/02/2018, n. 4455), richiamandone solo alcuni passaggi in base ai quali si desume che l’attribuzione del beneficio del permesso di soggiorno per motivi umanitari debba fondarsi su indici oggettivi e soggettivi, avendo riguardo “alla situazione oggettiva del Paese di origine e della condizione soggettiva del richiedente in quel contesto, alla luce delle peculiarità della sua vicenda personale”. A commento si veda in particolare C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 14 marzo 2018.



solo i minori non accompagnati e i titolari di protezione e, non già, i meri richiedenti. Come è stato osservato, *“in questo caso la scelta governativa pare essere quella di rendere ordinario ciò che attualmente la legge prevede essere straordinario, ovvero i centri di accoglienza straordinari”*<sup>354</sup>.

A differenza degli altri provvedimenti legislativi citati, non è possibile affermare che il D.l. n. 113 del 2018 sia caratterizzato da una doppia natura “umanitaria” e “securitaria”. Tutte le novità disposte dallo stesso D.l. n. 113 del 2018 sembrano porre in secondo piano l’obbligo costituzionale di garantire il diritto d’asilo, di cui all’art. 10, comma 3 Cost., ritenendo prioritaria e urgente l’esigenza di controllo e riduzione degli ingressi.

Non è un caso, dunque, che il Presidente della Repubblica, in sede di emanazione dello stesso decreto legge abbia voluto inviare una lettera, resa pubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri avvertendo *“l’obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall’art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia*<sup>355</sup>.

### **3.2. Gli “irregolari” alla frontiera**

a) *Dalla Costituzione alla c.d. legge Martelli: i primi strumenti di controllo dei flussi e di “reazione” agli ingressi illegali*

Anche il comma secondo dell’art. 10 Cost., non ha trovato attuazione per un lungo periodo.

Negli anni successivi alla sua approvazione rimanevano così in vigore le norme adottate durante il regime fascista, ed in particolare nel T.u.l.p.s., r.d. n. 1848 del 1926 poi trasfuso nel r.d. n. 773 del 1931<sup>356</sup>.

Il regio decreto non disciplinava compiutamente l’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ma si limitava a prevedere all’art. 146 l’obbligo della *“dichiarazione di soggiorno”* da presentare all’autorità di pubblica sicurezza *“entro tre giorni dal loro ingresso nel territorio dello Stato”*. Lo stesso obbligo spettava *“agli stranieri, ogni qualvolta trasferiscono la loro residenza da uno ad altro comune dello Stato”*. Tale disciplina era dunque totalmente incoerente con l’intenzione dei Costituenti che, durante le seppur brevi discussioni sul tema,

---

<sup>354</sup> Nota Asgi, Associazione studi giuridici per l’immigrazione, Decreto Immigrazione e Sicurezza, ASGI : Lampante la volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e di creare nuove forme di tensione sociale, 2018.

<sup>355</sup> Lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio in relazione al D.l in materia di “sicurezza e immigrazione” resa pubblica tramite comunica stampa il 04 ottobre 2015 e consultabile al sito <https://www.quirinale.it/elementi/18098> .

<sup>356</sup> Sul periodo antecedente, sino agli anni ’20 del novecento, considerato “profondamente liberale” cfr. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., pp.184 ss.

avevano concordato, come ricordato nei paragrafi precedenti, che non sarebbe servita alcuna autorizzazione.

Per di più a tali norme si aggiungeva “*un vasto sottobosco di norme amministrative*<sup>357</sup>” volto e rispondere ad esigenze di fatto che si ponevano in materia<sup>358</sup>, in palese violazione della riserva di legge assoluta di cui all’art 10, comma 2 Cost.<sup>359</sup>.

Come già più volte affermato, l’inerzia legislativa trovava giustificazione nel fatto che non vi era alcuna necessità di regolare l’immigrazione, stante la scarsa presenza in Italia di stranieri.

Per i primi interventi normativi si dovettero aspettare gli anni ottanta, quando i flussi di stranieri verso il nostro Paese erano divenuti più consistenti.

Nonostante allora fosse maggiormente sentita l’esigenza di intervenire per regolare la posizione dei lavoratori stranieri presenti in Italia, emergevano allo stesso tempo le prime norme volte a controllare le frontiere, reagendo agli ingressi illegali. Ciò è dimostrato, ad esempio, dalla c.d. legge Fosco, l. n. 943 del 1986 “*Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*” la quale, pur essendo prevalentemente incentrata sulla regolamentazione del lavoro, prevedeva anche all’art. 12 il rimpatrio immediato dei “*lavoratori immigrati clandestinamente in Italia*”. La legge appena illustrata, tuttavia, interveniva “settorialmente” senza in alcun modo prevedere un quadro organico<sup>360</sup>.

Un simile contesto era caratterizzato da un forte ricorso a fonti normative secondarie, adottate in base alle esigenze del momento, le quali miravano a “*ripristinare ex post una legalità che le condizioni fattuali avevano reso sostanzialmente impossibile da rispettare ex ante*”<sup>361</sup>.

Tale situazione venne almeno parzialmente risolta dalla già citata c.d. legge Martelli<sup>362</sup>, la quale pur avendo l’obiettivo dichiarato di evitare l’abuso di domande strumentali di asilo, conteneva norme volte a regolare l’ingresso degli stranieri e il contrasto dell’immigrazione irregolare.

In particolare, l’art. 2 non si limitava a sancire le condizioni dell’ingresso per lavoro – per il quale erano previste “quote annuali” – ma anche per “motivi di turismo,

---

<sup>357</sup> Così G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 161 ss.

<sup>358</sup> In quegli anni gli ingressi venivano regolamentati *ex post* prevalentemente per mano di atti amministrativi cfr. P. BONETTI, *I profili generali sulla normativa italiana degli stranieri dal 1998*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 5. Sui dati relativi all’immigrazione negli anni successivi all’approvazione della Costituzione G. BOLAFFI, *Una politica per gli immigrati*, Bologna, 1996, p. 31 ss.

<sup>359</sup> Sul tema dell’abuso di fonti amministrative all’epoca su tutti V. CRISAFULLI, *In tema di incolato dell’apolide*, in *For amm.*, 1957, I, c. 4.

<sup>360</sup> Sulla l. c.d. Fosco cfr. n. 493 del 1983 cfr. G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana, asilo, condizione giuridica, estradizione*, Padova, 1992, p. 86 ss.

<sup>361</sup> PASSAGLIA ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte Costituzionale*, cit.

<sup>362</sup> A commento B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, Padova, 1997, p. 95.

studio”. L’articolo seguente precisando i documenti necessari da presentare all’arrivo della frontiera dello Stato stabiliva che *“possono entrare nel territorio dello Stato gli stranieri che si presentano ai controlli di frontiera forniti di passaporto valido o documento equipollente, riconosciuto dalle autorità italiane, nonché di visto ove prescritto”*.

Allo stesso tempo, la c.d. legge Martelli disciplinava il respingimento alla frontiera prevedendo, al comma 5 dell’art. 3, che gli uffici della polizia di frontiera *“devono, altresì, respingere dalla frontiera gli stranieri, anche se muniti di visto, che risulti siano stati espulsi o segnalati come persone pericolose per la sicurezza dello Stato, ovvero come appartenenti ad organizzazioni di tipo mafioso o dedite al traffico illecito di stupefacenti o ad organizzazioni terroristiche, nonché gli stranieri che risultino manifestamente sprovvisti di mezzi di sostentamento in Italia. Il provvedimento di respingimento deve essere motivato per iscritto”*.

All’art. 7 tra i motivi di espulsione, predisposta dal prefetto, figurava la violazione delle norme sull’ingresso alla frontiera, come delle norme doganali. Le modalità di esecuzione dell’espulsione erano di competenza del Questore che provvedeva mediante *“intimazione allo straniero ad abbandonare il territorio dello Stato” o “accompagnamento alla frontiera”*.

La legge prevedeva alcune garanzie per i provvedimenti di respingimento ed espulsione i quali dovevano essere motivati per iscritto, notificati all’interessato in lingua *“a lui conosciuta”* ed erano impugnabili presso la giustizia amministrativa.

Inoltre, di particolare importanza risultava il comma 5 dell’articolo 7, il quale imponeva di espellere lo straniero verso lo Stato di appartenenza o provenienza *“salvo che, a sua richiesta e per giustificati motivi, l’autorità di pubblica sicurezza ritenga di accordargli una diversa destinazione, qualora possano essere in pericolo la sua vita o la sua libertà personale per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali”*. Non si trattava ancora dunque di un vero e proprio divieto di espulsione, ma la legge imponeva di espellere lo straniero verso un Paese che quantomeno prevedesse un livello minimo di garanzia dei diritti e delle libertà, ove questi ultimi fossero in pericolo.

Come visto, a seguito della c.d. legge Martelli vennero adottati una serie di provvedimenti di carattere eccezionale per fronteggiare i flussi di stranieri provenienti prevalentemente dalla Ex Jugoslavia. Si trattava, come visto, prevalentemente di norme volte a concedere un *“permesso di soggiorno”* di tipo temporaneo per motivi umanitari. Ciò che è importante sottolineare in questa sede è il fatto che le restrittive previsioni della c.d. legge Martelli riguardo al diritto d’asilo, concesso solo ai rifugiati di cui alla Convenzione di Ginevra, aveva la conseguenza di ampliare lo *“spettro”* degli irregolari che attraversano la frontiera italiana, costringendo come visto i Governi a reagire mediante la concessione di permessi di

soggiorno temporanei per motivi umanitari, o al contrario con mezzi straordinari di controllo delle frontiere e degli ingressi illegali<sup>363</sup>.

Tale situazione rendeva comunque “incerta” e caratterizzata da regole “ondivaghe”, la normativa italiana in materia di ingressi degli stranieri e controllo delle frontiere, rendendo “manifesta la necessità di un nuovo intervento organico”<sup>364</sup>.

b) *Il Testo unico sull’immigrazione: i controlli alla frontiera, il respingimento, l’espulsione, il trattenimento*

L’incertezza normativa che caratterizzava il sistema italiano, era tutt’altro che conforme ai passi avanti compiuti in sede europea con l’approvazione della Convenzione di Schengen, che costrinse già in sede di ratifica dello stesso accordo avvenuto con l. 30 settembre del 1993, n. 388, la modifica delle norme sui visti di ingresso e sul respingimento<sup>365</sup>.

Tuttavia, l’ingresso dell’Italia nell’area Schengen dipendeva dall’introduzione di una disciplina organica in materia di immigrazione e controllo alle frontiere. In altre parole, si rendeva necessario “dimostrare agli Stati aderenti la capacità dell’Italia di controllo delle frontiere”<sup>366</sup>. Così anche per tale ragione venne approvata la l. 40 del 1998 “Disciplina dell’immigrazione e della condizione giuridica dello straniero” c.d. Legge Turco-Napolitano<sup>367</sup>. Quest’ultima è confluita poi nel Testo unico sull’immigrazione, D.lgs. n. 286 del 1998, che riordinò complessivamente tutte le norme sull’immigrazione, ad eccezione come visto del diritto d’asilo, dando finalmente attuazione all’art. 10, comma 2 della Costituzione<sup>368</sup>. Inoltre, il nuovo testo unico affronta per la prima volta il fenomeno non più come mera “emergenza”, ma come fenomeno ordinario, considerandolo “una potenziale ricchezza per la società italiana<sup>369</sup>”. Più precisamente, il testo unico costituiva “un corpus composito che include norme di natura e contenuto diversi, poiché raccoglie disposizioni di principio (artt. 1-3), una normativa organica sull’ingresso e il soggiorno nel territorio nazionale, sul controllo alle frontiere e sull’espulsione, sulla partecipazione alla vita pubblica e l’integrazione degli immigrati (artt. 4-11, 34-42, 45 e 46), norme incriminatrici e processuali (rispettivamente art. 12 e artt. 13-17), previsioni di carattere umanitario (artt. 18-20, 28-33), sul diritto al lavoro (artt. 21-

---

<sup>363</sup>Cfr. D.l. 14 giugno 1993 n. 187, convertito in legge 12 agosto 1993, n. 296 e D.l. 9 dicembre n. 616 del 1996. A commento A. PATRONI GRIFFI, *Il decreto legge sugli immigrati: contenuto e limiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 210 ss.

<sup>364</sup> F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 190.

<sup>365</sup> C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, cit., p. 61.

<sup>366</sup> F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 191.

<sup>367</sup> L. 6 marzo 1998, n. 40; Si trattava di una legge delega che impegnava il Governo ad emanare un decreto legislativo di riforma organica della materia dell’immigrazione.

<sup>368</sup> Su tutti a commento del D.lgs. 286 del 1998 B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit.

<sup>369</sup> P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 23. Sul punto si sono espressi numerosi autori cfr. anche F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 192.

27), sui diritti civili (artt. 43 e 44) e, infine, norme di coordinamento e transitorie (artt. 47-49)<sup>370</sup>.

Il D.lgs. n. 286 del 1998 è di estrema importanza per la ricerca in esame, non solo perché disciplina dettagliatamente e coerentemente con gli obblighi internazionali ed europei le condizioni di ingresso degli stranieri extracomunitari - consentendo ancora l'ingresso regolare per motivi di lavoro, tramite il c.d. sponsor in Italia<sup>371</sup> - ma prevede un intero capo esplicitamente dedicato al "Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione". Infatti, se da un lato le nuove misure del T. U. tendevano a favorire gli ingressi legali, soprattutto per motivi di lavoro, d'altro lato venivano inasprite "le misure di contrasto all'immigrazione clandestina"<sup>372</sup>.

In particolare, occorre porre l'attenzione sulle norme del predetto capo che regolano: b1) le conseguenze dell'ingresso irregolare - il respingimento e l'espulsione; b2) le modalità esecutive di questi ultimi; b3) le norme penali volte a contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; b4) le norme che disciplinano le modalità di espletamento dei controlli di frontiera.

b1) *Le conseguenze dell'ingresso irregolare*

Il testo unico disciplinava compiutamente le conseguenze dell'attraversamento irregolare della frontiera, prevedendo: il respingimento di cui all'art. 10 D.lgs. n.286 del 1998 e l'espulsione di cui all'art. 13 D.lgs. n. 286 del 1998.

In primo luogo, l'art. 10, comma 2, tutt'oggi in vigore, stabilisce che "la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato". Più precisamente, il respingimento può essere disposto nei confronti di quegli stranieri che "entrando nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo" (lett. a); e quelli che, entrati nel territorio dello Stato senza avere i requisiti richiesti, sono stati ugualmente ammessi temporaneamente per necessità di pubblico soccorso (lett b.).

La norma dunque ha previsto due ipotesi di respingimento: la prima è il respingimento alla frontiera, eseguito dallo stesso vettore che aveva in carico lo straniero; la seconda è il respingimento differito, che riguarda lo straniero colto sprovvisto del titolo di ingresso in un momento successivo, "subito dopo" l'attraversamento alla frontiera, o che sia stato ammesso solo per necessità temporanee di pubblico soccorso.

---

<sup>370</sup> C. cost. sent. n. 31 del 7 febbraio del 2000; a commento M. CESARE, *Dal giudizio sull'ammissibilità del referendum a quello sulla sovranità dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 228 ss.

<sup>371</sup> Più precisamente l'art. 4, comma 4 D.lgs. 286 del 1998 consente al Governo, tramite il c.d. Decreto flussi, di determinare con cadenza annuale le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio. Inoltre, l'art. 21 prevedeva il meccanismo del c.d. *sponsor*, poi abrogato dalla l. n. 189 del 2002, c.d. l. Bossi-Fini, in base al quale un cittadino, uno straniero residente, un'associazione o un ente locale potevano richiedere l'ingresso di uno straniero privo di contratto di lavoro, assumendosi la responsabilità del suo mantenimento nel periodo di ricerca del lavoro.

<sup>372</sup> F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 194.

A causa della genericità dei presupposti alla base del provvedimento di respingimento differito – l’essere fermato “subito dopo” l’ingresso irregolare – la dottrina si è interrogata – come meglio si vedrà in seguito – sulla legittimità costituzionale di una tale previsione, soprattutto in relazione all’art. 13 Cost<sup>373</sup>.

Inoltre, in linea con quanto precedentemente disposto dalla c.d. legge Martelli, l’art. 13 del T. U. prevedeva che l’espulsione potesse essere disposta dal Prefetto quando lo straniero “è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell’articolo 10”.

b2) *Le modalità di esecuzione del respingimento e dell’espulsione a seguito di ingresso illegale*<sup>374</sup>

Espulsione e respingimento alla frontiera rappresentano tutt’oggi gli strumenti principali di reazione statale all’attraversamento irregolare della frontiera. Le modalità di esecuzione, in particolare, dell’espulsione - quali l’accompagnamento coattivo alla frontiera e il trattenimento – sono stati modificate, come si vedrà, notevolmente dalle diverse normative che si sono susseguite in materia.

Ai sensi dell’art. 10 il respingimento, come ancora previsto dalla disciplina in vigore, viene eseguito dallo stesso vettore in caso si tratti di respingimento alla frontiera; o con accompagnamento immediato alla frontiera se si tratta di respingimento c.d. differito<sup>375</sup>.

La versione originaria dell’art. 13 precisava, invece, le modalità di esecuzione dell’espulsione, le quali potevano essere disposte con accompagnamento immediato alla frontiera o, in via residuale con intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro 15 giorni. Il T. U. mirava, infatti, ad ampliare, rispetto alla normative previgente, le ipotesi di espulsione con accompagnamento coattivo, considerate più efficaci rispetto alla previsione della mera intimazione a lasciare il territorio dello Stato.

Un’altra novità di rilievo del T. U. del 1998 riguardava l’introduzione del trattenimento tra le forme di esecuzione dell’espulsione, da eseguirsi nei Centri di permanenza temporanea, poi divenuti CIE e oggi CPR, per un termine massimo di venti giorni prorogabili a trenta.

Il trattenimento era disposto “alla frontiera dello Stato” nei casi in cui non fosse possibile eseguire il respingimento immediato con accompagnamento alla frontiera poiché era necessario procedere al soccorso dello straniero, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, all’acquisizione di documenti

---

<sup>373</sup> Sul punto si è pronunciata come si vedrà la Corte costituzionale cfr. C. cost. sent. del 20 dicembre 2017, n. 275; a commento P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2018.

<sup>374</sup> L’introduzione di misure di esecuzione dell’allontanamento quali l’accompagnamento alla frontiera, il trattenimento aveva suscitato un forte dibattito in dottrina su tutti R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 99 ss.

<sup>375</sup> Sugli obblighi a carico dei vettori cfr. P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 292.

per il viaggio, o non vi fosse disponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo”.

Il trattenimento aveva luogo “il tempo strettamente necessario” per portare a termine l’accompagnamento alla frontiera, e comunque non oltre il termine massimo di venti giorni, prorogabili a trenta.

Le modalità del trattenimento venivano specificate nel decreto di attuazione al T. U. sull’immigrazione, all’art. 21 del D.p.r. 394 del 1999, il quale stabiliva “*l’assoluto divieto per lo straniero di allontanarsi dal Centro*”, attribuendo allo stesso tempo al Questore numerosi poteri di vigilanza e controllo al fine di mantenere l’ordine pubblico e la sicurezza nel centro. Il Questore può, ad esempio, adottare misure volte ad “*impedire l’indebito allontanamento delle persone trattenute*” e a “*ripristinare la misura nel caso che questa venga violata*”.

Veniva così introdotta una forma di “detenzione c.d. amministrativa” che, comportando misure fortemente incisive della libertà personale, di cui all’art. 13 Cost., ha suscitato non pochi dubbi in dottrina<sup>376</sup>.

In generale, dunque, si può affermare che il T. U. sull’immigrazione abbia introdotto tra le misure di esecuzione degli allontanamenti norme “coercitive” che non solo limitavano la libertà di circolazione degli stranieri<sup>377</sup>, ma incidevano sulla libertà personale di questi ultimi. La Corte costituzionale ha ben presto chiarito, con una sentenza interpretativa di rigetto - sent. n. 105 del 2001 - che alle misure dell’accompagnamento alla frontiera e del trattenimento dovessero essere applicate le garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost. Esse configuravano, infatti, secondo la Corte una limitazione della libertà personale determinando quella “*mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale*”<sup>378</sup>.

b3) *Le norme penali volte a contrastare il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*

---

<sup>376</sup> Per una critica alla disciplina del trattenimento nella sua versione originaria si veda in particolare E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale e libertà di circolazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, cit., p. 99 ss.

<sup>377</sup> Sul rapporto tra le misure di accompagnamento alla frontiera e del trattenimento e le libertà di cui agli artt. 13 e 16 Cost. cfr. P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 41; E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo*, cit., p. 99; I. NICOTRA - GUERRERA, *Accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero: la Corte ha occasione per fare chiarezza sul significato della libertà di circolazione*, ivi, p. 147 ss.

<sup>378</sup> C. cost. sent. 10 aprile 2001, n. 105; A commento su tutti V. ANGIOLINI, *L’accompagnamento coattivo alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sent. n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2001, p. 67 ss.

Sempre nella logica di contrasto all'immigrazione irregolare, il Testo unico prevedeva *“un forte apparato sanzionatorio di contrasto e di repressione degli ingressi illegali di cittadini extracomunitari nel territorio italiano”*<sup>379</sup>, poi notevolmente arricchito dalle riforme successive. Più specificamente, il T. U. nella sua versione originaria non sanzionava penalmente l'ingresso illegale nel territorio dello Stato – sanzione prevista solo per il reingresso dello straniero espulso – ma configurava all'art. 12 un reato volto a punire *“le attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico”*.

Allo stesso tempo, tuttavia, lo stesso art. 12 precisava che *“non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”*.

#### b4) *Le norme sul controllo delle frontiere*

Al fine di rispettare gli obblighi di derivazione internazionale, ed in particolare della Convenzione di Schengen, l'art. 11 era dedicato interamente al potenziamento dei controlli di frontiera, coordinati nell'ambito delle rispettive competenze dal Ministero dell'Interno e dal Ministero degli Affari esteri.<sup>380</sup>

Il comma 3 dell'articolo precisava che *“nell'ambito e in attuazione delle direttive adottate dal Ministro dell'Interno, i prefetti delle province di confine terrestre e i prefetti dei capoluoghi delle regioni interessate alla frontiera marittima promuovono le misure occorrenti per il coordinamento dei controlli di frontiera e della vigilanza marittima e terrestre”*. Inoltre, lo stesso articolo prevedeva la possibilità per il Governo di stipulare *“intese di collaborazione”* con Paesi terzi al fine di prevedere *“la cessione a titolo gratuito alle autorità dei Paesi interessati di beni mobili ed apparecchiature specificamente individuate”* per controllare le loro stesse frontiere.

#### c) *Le norme “securitarie” della legge c.d. Bossi-Fini e del c.d. “Pacchetto sicurezza”*

Il contrasto all'immigrazione irregolare ha rappresentato certamente uno dei temi più “caldi” della campagna elettorale che ha preceduto le elezioni politiche del 2001, divenendo così un punto centrale del programma del nuovo Governo di centro-destra.

Solo quattro anni dopo l'adozione del D.lgs. n. 286 del 1998, è stata approvata la legge n. 89 del 2002, c.d. legge Bossi-Fini<sup>381</sup> caratterizzata da un forte approccio “securitario”. Come è stato osservato, infatti, *“la chiave socio economica della legge*

---

<sup>379</sup> P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 294.

<sup>380</sup> Per una descrizione più approfondita dei poteri di controllo delle frontiere cfr. P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 319 ss.

<sup>381</sup> Per un commento alla legge cfr. A. CAPUTO, *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, 2002, p. 964 ss.; L. PEPINO, *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2002, p. 9 ss.



*Turco-Napolitano è stata sostituita da quella etnica identificando gli ambienti di maggior criminalità con quelli dell'immigrazione irregolare*<sup>382</sup>.

La legge era prevalentemente orientata al contrasto all'immigrazione irregolare mediante l'utilizzo di diversi strumenti che vengono in rilievo alla frontiera dello Stato. In particolare, la legge mirava ad inasprire le norme del D.lgs. n. 286 del 1998 in relazione a: c1) le modalità esecutive dell'allontanamento, c2) le sanzioni penali volte a contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; c3) le modalità di espletamento dei controlli di frontiera.

Infine, le norme introdotte qualche anno più tardi dal c.d. "Pacchetto sicurezza"<sup>383</sup>, hanno inciso sulle conseguenze dell'attraversamento illegale delle frontiere, introducendo il reato di ingresso illegale, nel territorio dello Stato (c3).

c1) *Le modalità esecutive dell'allontanamento:*

Una delle novità più rilevanti introdotte dalla legge c.d. Bossi-Fini riguardava le modalità esecutive dell'allontanamento. Se nella versione originaria del Testo unico, erano infatti previste alcune ipotesi di allontanamento "volontario", mediante intimazione, la c.d. legge Bossi-Fini ha avuto l'effetto di generalizzare l'accompagnamento alla frontiera quale mezzo prioritario di esecuzione dell'espulsione, per di più rendendo il decreto di espulsione immediatamente esecutivo, anche se sottoposto a gravame. L'immediata esecutività del decreto di espulsione, avvenendo prima della convalida, produceva l'effetto paradossale di precludere allo straniero la possibilità di essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore. La predetta norma è stata ben presto oggetto di una pronuncia di incostituzionalità - C. cost. sent. n. 222 del 2004 - nella quale la Corte costituzionale ha affermato che l'immediata esecuzione del decreto di espulsione "*vanifica la garanzia contenuta nel terzo comma dell'art. 13 Cost.*", e "*insieme alla libertà personale è violato il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile. La disposizione censurata non prevede, infatti, che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore*"<sup>384</sup>.

c2) *le norme penali volte a contrastare il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*

La c.d. legge Bossi-Fini ha inoltre inasprito notevolmente le norme penali di contrasto all'immigrazione illegale. L'art. 12 del D.lgs. n. 286 del 1998 veniva

---

<sup>382</sup> P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 24

<sup>383</sup> Il c.d. Pacchetto sicurezza era composto da una serie di provvedimenti, in particolare: il D.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con legge 24 luglio 2008, n. 125, due disegni di legge, tre decreti legislativi e la legge 15 luglio 2009, n. 94.

<sup>384</sup> C. cost. sent. 15 luglio 2004, n. 222; a commento A. RAUTI, *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004; G. BASCHERINI, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2004; E. ZIMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005; M. MENGOZZI, *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte Costituzionale e legislazione d'urgenza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2004.

modificato stabilendo che *“chiunque in violazione delle disposizioni di cui al testo unico compie atti diretti a procurare l’ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona”*. Per effetto di tale norma, accanto al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina nel territorio dello Stato, è previsto tutt’oggi il reato di procurato ingresso e transito verso altri Stati<sup>385</sup>.

Di particolare rilievo per il tema qui trattato sembrano essere i commi 9bis e ss. del D.lgs. n. 286 del 1998, introdotti dalla c.d. legge Bossi-Fini, che mirano a disciplinare il contrasto dell’immigrazione illegale via mare. In particolare, si prevede che *“la nave italiana in servizio di polizia, che incontri nel mare territoriale o nella zona contigua, una nave, di cui si ha fondato motivo di ritenere che sia adibita o coinvolta nel trasporto illecito di migranti, può fermarla, sottoporla ad ispezione e, se vengono rinvenuti elementi che confermino il coinvolgimento della nave in un traffico di migranti, sequestrarla conducendo la stessa in un porto dello Stato”*. I medesimi poteri possono essere esercitati *“al di fuori delle acque territoriali, nei limiti consentiti dalla legge, dal diritto internazionale o da accordi bilaterali o multilaterali, se la nave batte la bandiera nazionale o anche quella di altro Stato, ovvero si tratti di una nave senza bandiera o con bandiera di convenienza”*.

c3) *I controlli di frontiera.*

La legge c.d. Bossi-Fini, inoltre, al fine di rafforzare i poteri del Ministero dell’Interno nel controllo delle frontiere, modificava l’articolo 11 del D.lgs. n.286 del 1998, stabilendo che *“il Ministro dell’interno, sentito, ove necessario, il Comitato nazionale per l’ordine e la sicurezza pubblica, emana le misure necessarie per il coordinamento unificato dei controlli sulla frontiera marittima e terrestre italiana”*. Come è stato notato tuttavia<sup>386</sup>, tale disposizione, tutt’oggi vigente, non aggiunge nulla di nuovo rispetto alle attribuzioni già conferite al Ministero dell’Interno dall’art. 1 della l. n. 121 del 1989 che come noto affida a quest’ultimo la responsabilità *“della tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica”*.

c4) *Le conseguenze dell’attraversamento irregolare della frontiera: il reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato.*

---

<sup>385</sup> La norma del procurato ingresso nel territorio di altro stato è stata oggetto della sentenza della Corte costituzionale del 30 gennaio 2009, n. 21, che ha dichiarato non fondata la questione. In materia di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare meritano di essere segnalate la sent. 16 dicembre 2011, n. 331 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 4 bis introdotto dal c.d. Pacchetto sicurezza nella parte in cui prevedeva la custodia cautelare in carcere e la sent. n. 142 del 2017 che ha dichiarato non fondata la questione relativa alla previsione di pene fisse per il reato di procurato ingresso nel territorio dello Stato.

Per una disamina approfondita delle norme del testo unico nella versione del 1998 sui reati di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina cfr. P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 294 ss.

<sup>386</sup> P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 318 e S. FERRAJOLO, *Sub art. 10, in La nuova legge sull’immigrazione*, cit., p. 39.

Altre novità di rilievo in materia di contrasto all'immigrazione clandestina sono state introdotte con il c.d. Pacchetto-Sicurezza<sup>387</sup>, il quale dimostrava nuovamente la “discutibile tendenza del legislatore a porre sullo stesso piano la materia dell'immigrazione con quella della criminalità e della sicurezza pubblica<sup>388</sup>”.

Tra questi rileva in particolare la l. 94 del 2009 che ha introdotto all'art. 10 bis del T. U. sull'Immigrazione il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, precisando che “salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro”<sup>389</sup>.

Il reato di cui all'art. 10 bis del T. U. sull'immigrazione riguarda, dunque, due fattispecie: l'ingresso in violazione delle norme del testo unico, nonché il soggiorno in violazione delle norme della stessa legge. Ai fini della presente analisi viene dunque in rilievo il reato di “ingresso” illegale nel territorio dello Stato, che si somma dunque all'espulsione e al respingimento quale conseguenza della attraversamento irregolare della frontiera. Ciò significa che se, uno straniero viene colto in un momento successivo all'attraversamento della frontiera sprovvisto dei titoli di ingresso nel territorio dello Stato, è imputabile del reato di cui all'art. 10 bis T. U. immigrazione.

Riguardo al rapporto tra respingimento<sup>390</sup> e il reato di cui all'art. 10 bis D.lgs. n.286 del 1998 è tuttavia necessaria una precisazione. La stessa norma, infatti, precisa che “le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1”.

Ne deriva che il reato di cui all'art. 10 bis non riguarda gli stranieri immediatamente respinti alla frontiera, ma riguarda invece coloro che sono soggetti a respingimento

---

<sup>387</sup> La stessa legge ha comportato l'aumento dei termini relativi alla detenzione amministrativa da sessanta a cento-ottanta giorni. Infine, il D.l. 92 del 2008, convertito con legge n. 125 del 2008, introduceva all'art. 61 c.p. del codice penale una nuova circostanza aggravante comune - poi dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale - che comportava l'aumento della pena fino ad un terzo, se il reato fosse stato commesso da soggetto che si trovasse illegalmente sul territorio nazionale (mod. art. 61 c.p.). Tuttavia, tale aggravante incide su un momento successivo all'attraversamento alla frontiera e quindi non sarà analizzata compiutamente. E' necessario segnalare che tale aggravante è stata dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 249 del 2010; a commento L. MASERA, *Il reato di clandestina incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2010, p. 37 ss.

<sup>388</sup> F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 208.

<sup>389</sup> Reati analoghi erano previsti da altri paesi europei, come in Germania cfr. L. VIOLINI, *Il diritto dell'immigrazione nella Repubblica Federale tedesca*, in G. CORDINI, V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione*, Modena, 2010, p. 631 ss.

<sup>390</sup> Riguardo al rapporto tra espulsione e reato di cui all'art. 10 bis D.lgs. n. 286 del 1998 è necessario segnalare che l'espulsione rappresenta “sanzione sostitutiva” come previsto all'art. 16 D.lgs. n. 286 del 1998. Nella sent. n. 250 del 2010 la Corte costituzionale ha chiarito che “il legislatore mostra di considerare l'applicazione della sanzione penale come un esito “subordinato” rispetto alla materiale estromissione dal territorio nazionale dello straniero ivi illegalmente presente”. Molto critico sull'effettività della sanzione sostitutiva dell'espulsione V. ONIDA, *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009.

c.d. “differito”, di cui all’art. 10, comma 2 D.lgs. n. 286 del 1998. Ciò ha determinato negli anni l’apertura di un numero enorme di procedimenti, specialmente nelle procure e giudici di pace vicini alle frontiere.

Inoltre, il reato di immigrazione irregolare aveva suscitato numerose critiche in dottrina, la quale evidenziava particolarmente come “*l’ingresso o la presenza irregolare del singolo straniero non rappresentassero, di per sé, fatti lesivi di beni meritevoli di tutela penale, ma sono l’espressione di una condizione individuale, la condizione di migrante*”<sup>391</sup>. La relativa incriminazione, pertanto, rischiava di assumere un connotato discriminatorio, per di più sganciata da ogni valutazione relativa alla pericolosità del soggetto<sup>392</sup>. La Corte costituzionale ha chiarito con la sentenza n. 250 del 2010, dichiarando non fondata la questione sull’art. 10 bis D.lgs. n. 286 del 1998 che “*oggetto dell’incriminazione non è un «modo di essere» della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti*”<sup>393</sup>.

#### d) *Il lungo recepimento della c.d. Direttiva Rimpatri*

Il quadro complessivo scaturito dalla c.d. legge Bossi-Fini e dal c.d. Pacchetto Sicurezza presentava dunque una serie di misure fortemente incisive sui diritti individuali degli stranieri. Le misure maggiormente problematiche risultavano la previsione dell’accompagnamento alla frontiera come modalità di esecuzione dell’espulsione generalizzata, nonché la previsione “automatica” del trattenimento. Nel frattempo l’armonizzazione a livello europeo procedeva, comportando conseguenze di rilievo nel nostro ordinamento, anche in relazione alle problematiche appena illustrate. In particolare, è necessario segnalare che la Direttiva CE n. 115/2011 c.d. Rimpatri<sup>394</sup>, nonostante abbia suscitato forti critiche per il suo approccio considerato eccessivamente securitario - venendo denominata “la direttiva della vergogna”<sup>395</sup> - ha sancito dei principi fondamentali in tema di allontanamento ed esecuzione dello stesso, mediante una visione più orientata al temperamento tra le esigenze degli Stati e il rispetto dei diritti umani<sup>396</sup>.

---

<sup>391</sup> Cfr. Appello di giuristi contro l’introduzione dei reati di ingresso e soggiorno illegale dei migranti, del 25 giugno 2009.

<sup>392</sup> Sulle criticità dell’art. 10 D.lgs. 286 del 1998 cfr. G. BASCHERINI, *Immigrazione e nuovi paradigmi della sicurezza. Note sulla penalizzazione delle irregolarità migratorie*, in S. GAMBINO, G. D’IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p. 461 ss.; C. RENOLDI, *I nuovi reati di ingresso e di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Dir. Imm. cittadinanza*, n. 4, 2009, p. 38 ss.

<sup>393</sup> C. cost. sent. 8 luglio 2010, n. 250; con nota di L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità incostituzionale l’aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit., p. 37 ss.

<sup>394</sup> Per una disamina approfondita sul processo di armonizzazione europeo sul contrasto all’immigrazione irregolare, cfr. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 71 ss.

<sup>395</sup> C. FAVILLI, *L’attuazione della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 695.

<sup>396</sup> *Ibidem*.

E' bene specificare che l'ambito di applicazione della direttiva si estendeva agli stranieri "il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare". Diversamente, "gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva ai cittadini di paesi terzi 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".

Pur non riguardando necessariamente il respingimento la direttiva ha sancito, come anticipato, alcuni principi fondamentali che possono venire in rilievo come conseguenze dell'ingresso illegale nel territorio dello Stato, quale appunto l'espulsione. In particolare, essa ha stabilito che: gli espellendi hanno diritto ad un ricorso effettivo, le espulsioni devono essere sempre disposte a seguito di una valutazione "caso per caso", la loro esecuzione deve avvenire in base al principio di gradualità, secondo il quale le forme coercitive – trattenimento o accompagnamento alla frontiera- rappresenterebbero solo l'*extrema ratio*, dovendo essere sempre preferite forme meno invasive come la partenza volontaria. In secondo luogo, la direttiva prevede che il trattenimento, giustificato soltanto per preparare il rimpatrio o per effettuare l'allontanamento, dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti<sup>397</sup>. Tutti principi che stridevano con le misure "automatiche" e sproporzionate previste dal diritto interno.

Nonostante il termine di recepimento della direttiva fosse fissato per il 24 dicembre 2010, il Governo italiano ed in particolare il Ministero dell'Interno dichiaravano che "il recepimento della direttiva non era necessario"<sup>398</sup>. Come noto, gli Stati potevano scegliere di non recepire le norme della direttiva solo se le proprie norme di diritto interno prevedano *standard* più favorevoli, cosa che non poteva assolutamente dirsi per il diritto vigente italiano il quale prevedeva numerose norme in contrasto con i principi sanciti a livello europeo. Una tale inerzia veniva ulteriormente giustificata dal Governo sulla base dell'art. 2 lett b) della direttiva che consentiva agli Stati di non applicare la direttiva a cittadini di Paesi terzi che sono "sottoposti a rimpatrio come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale, o sottoposti a procedure di estradizione". Proprio poiché la maggior parte delle espulsioni riguardava stranieri entrati irregolarmente

---

<sup>397</sup> Per una disamina delle differenze tra il diritto interno e le norme della direttiva cfr. G. SAVIO, *La direttiva 2008/115/CE (direttiva rimpatri) e le sue ricadute sull'attuale normativa italiana in materia di espulsioni e trattenimento nei C.I.E. Relazione al seminario di studi organizzato da ASGI e M.D., tenutosi a Verona il 15.01.2011; sulle norme della direttiva rimpatri concernenti le espulsioni cfr. Id., La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2001, p. 31

<sup>398</sup> Sul lungo recepimento della direttiva rimpatri su tutti C. FAVILLI, *L'attuazione della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, cit., p. 699; e D. GENOVESE, *Il recepimento della 'direttiva rimpatri' nell'ordinamento italiano*, in *L'altro diritto*, 2011.

nel territorio dello Stato e sottoposti in forza dell'art. 10 bis D.lgs. n.286 del 1998<sup>399</sup> a sanzioni penali sostituibili con l'espulsione, il Governo italiano riteneva di non dover applicare, almeno a questa tipologia di espulsioni, i principi sanciti dalla direttiva rimpatri. Così, il Ministero dell'Interno ha adottato a pochi giorni dalla scadenza del termine della direttiva una circolare al fine di precisare che di lì in avanti si sarebbero applicati solo alcuni principi sanciti dalla direttiva, come quello del ricorso effettivo<sup>400</sup>.

A proposito, è intervenuta la Corte di Giustizia nel caso *El Dridi* del 28 aprile 2011, che - riconoscendo la non compatibilità alla c.d. Direttiva Rimpatri del reato di cui all'art.14 del D.lgs. n. 286 del 1998, inerente l'inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento, così come previsto nella prima versione, anteriore al D.l. n.89/2011 (convertito dalla l. n.129/11) – non ha mancato di ribadire il principio secondo il quale gli Stati membri non possono adottare atti normativi tali “*da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile*”. Ne consegue, ovviamente, che il diritto interno “incompatibile”, non deve essere applicato dal giudice.

Risultato dell'importante pronuncia della Corte di giustizia non poteva che essere il recepimento della direttiva rimpatri, avvenuto con l. n. 129 del 2011<sup>401</sup>. In particolare, l'art. 13 del T.U. immigrazione è stato modificato introducendo la valutazione sul provvedimento di espulsione “caso per caso”, inoltre non è più previsto l'accompagnamento alla frontiera come norma generalizzata, come disposto dalla c.d. Legge Bossi-Fini, ma vengono stabilite delle ipotesi specifiche di “accompagnamento alla frontiera” o di intimazione con l'ordine del Questore.

#### e) *La perenne emergenza “immigrazione” e le misure di potenziamento dei rimpatri*

Nonostante le modifiche apportate, la disciplina dell'allontanamento pareva ancora caratterizzata dal massiccio ricorso a misure coercitive non sempre coerenti con i principi di gradualità e proporzionalità.

Un passo importante per moderare l'approccio securitario in materia di contrasto all'immigrazione irregolare è stato compiuto con la legge delega n. 67 del 2014, la quale prevedeva anche la depenalizzazione ad illecito amministrativo del reato di cui all'art. 10 D.lgs. n. 286 del 1998. Tuttavia, tale disposizione è stata poi “estrapolata”

---

<sup>399</sup> Sulla compatibilità del reato di cui all'art. 10 D.lgs. n. 286 del 1998 con la Direttiva rimpatri cfr. G. L. GATTA, *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis T.U.IMM.) e la 'direttiva rimpatri'*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2001.

<sup>400</sup> Ministero dell'interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Prot. 400/B/2010 Roma, 17/12/2010.

<sup>401</sup> Per un commento alla legge cfr. P. BONETTI, *Osservazioni sul decreto - legge 23 giugno 2011, n. 89: il Parlamento rimedi subito alle elusioni e violazioni della Costituzione e della direttiva UE sui rimpatri. Alcune proposte di emendamento*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2011, p. 12; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011, n. 89*, in *Gli stranieri*, 2011, n. 2, p. 7; A. NATALE, *La direttiva 2008/115/CE - Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 - Prime riflessioni a caldo*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2011. A. LIGUORI, *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, 3, p. 22.

dal testo del decreto legislativo<sup>402</sup>. Una tale scelta era dovuta anche al fatto che il reato di cui all'art. 10 bis del T. U. immigrazione non era servito da deterrente all'immigrazione irregolare, comportando l'apertura di un numero sproporzionato di procedimenti presso i giudici di pace, in particolare nei territori vicino alle frontiere<sup>403</sup>.

Inoltre, la “crisi migratoria” del 2015 non ha solo evidenziato le criticità del sistema di protezione internazionale ed accoglienza, ma ha anche messo in luce la fallibilità delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare, a partire dall'ineffettività dei rimpatri.

Di ciò era consapevole la Commissione europea che nell'Agenda europea per la migrazione del 2015<sup>404</sup> affermava che *“uno degli incentivi all'immigrazione irregolare è la consapevolezza che il sistema di rimpatrio dell'UE (rimpatrio degli immigrati irregolari e di coloro le cui domande di asilo sono rifiutate) funziona in modo imperfetto. Spesso le reti di trafficanti contano sulla percentuale relativamente bassa delle decisioni di rimpatrio effettivamente eseguite”*.

In questa logica, a livello interno sono stati adottati alcuni provvedimenti volti a potenziare l'effettività dei rimpatri e che, modificando il trattenimento, vengono in rilievo anche alla frontiera dello Stato.

Anzitutto, il c.d. Decreto-Minniti Orlando, dedicato prevalentemente alla riforma della procedura di accoglimento della domanda di protezione internazionale, ha sancito all'art. 19 *“Disposizioni urgenti per assicurare l'effettività delle espulsioni e il potenziamento dei centri di permanenza per i rimpatri”*. E proprio *“al fine di assicurare la più efficace esecuzione dei provvedimenti di espulsione dello straniero”*, l'art. 19 della legge ha sostituito ai CIE– centri di identificazione ed espulsione - i CPR- centri di permanenza per i rimpatri<sup>405</sup>.

A tale scopo, sempre l'articolo 19 ha previsto che *“il Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze, adotta le iniziative per garantire l'ampliamento della rete dei centri in modo da assicurare la distribuzione delle strutture sull'intero territorio nazionale”*, precisando che *“nella dislocazione dei centri di nuova istituzione”* è necessario privilegiare *“i siti e le aree esterne ai centri urbani”*.

---

<sup>402</sup>In tema cfr. C. RUGGIERO, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2/2017.

<sup>403</sup>In questo senso D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA.VV., *Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

<sup>404</sup>Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio. Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione, Bruxelles, 23.9.2015, COM (2015), 490 final.

<sup>405</sup>La dottrina si è concentrata maggiormente sulle modifiche apportate dallo stesso decreto legge al procedimento di riconoscimento della domanda di protezione internazionale. Per un'analisi relativa alle novità introdotte riguardo al contrasto all'immigrazione irregolare cfr. il documento dell'Asgi – Associazione studi giuridici sull'immigrazione, la legge 13 aprile 2017 n. 46 recante Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei Procedimenti in materia di protezione Internazionale, nonché per il contrasto Dell'immigrazione illegale, disponibile sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2017.

In secondo luogo, sempre al fine di potenziare l'effettività dei rimpatri la l. n. 46 del 2017 ha modificato l'art. 14, co. 5 T.U. relativo ai termini massimi di trattenimento (30 giorno; 90 se si tratta di straniero già detenuto), prevedendo che essi siano prorogabili di ulteriori 15 giorni *“quando le procedure di rimpatrio siano di particolare complessità”*.

La legge, invece, non è intervenuta sulle modalità di espletamento della detenzione amministrativa, ma si è limitata a ribadire che nell'istituzione dei nuovi centri è necessario tenere *“conto della necessità di realizzare strutture di capienza limitata idonee a garantire condizioni di trattenimento che assicurino l'assoluto rispetto della dignità della persona”*. Inoltre, si precisa che *“il Garante dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale esercita tutti i poteri di verifica e di accesso”*; poteri peraltro già previsti dall'articolo 7, comma 5, lettera e) della legge 21 febbraio 2014, n. 10.

Da ultimo, anche il recente D.l. n. 113 del 2018<sup>406</sup>, convertito con l. n. 132 del 2018, ha previsto alcune disposizioni volte a modificare la disciplina del trattenimento nei CPR.

In primo luogo, il decreto legge raddoppia i termini massimi del trattenimento, da novanta a centottanta giorni. In secondo luogo, lo stesso decreto legge prevede la possibilità che ove non vi sia *“disponibilità”* di posti nei Centri di cui all'articolo 14 o in quelli ubicati nel circondario del Tribunale competente *“il giudice di pace può autorizzare la temporanea permanenza dello straniero, sino alla definizione del procedimento di convalida in strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza”*. Inoltre, se avvenuta la convalida del trattenimento permane l'indisponibilità di posti all'interno del CPR *“il giudice può autorizzare la permanenza, in locali idonei presso l'ufficio di frontiera interessato, sino all'esecuzione dell'effettivo allontanamento e comunque non oltre le quarantotto ore successive all'udienza di convalida”*.

### **3.3. I flussi misti alla frontiera. Focus sulla frontiera esterna “Mediterraneo”**

Alla luce della complessa evoluzione normativa relativa alla situazione degli stranieri richiedenti asilo e degli stranieri *“irregolari”* alla frontiera, è opportuno ora delineare schematicamente i diversi strumenti di controllo che vengono attivati alla frontiera, con particolare attenzione alla frontiera esterna italiana, ovvero alle coste che affacciano sul Mediterraneo.

I flussi che si dirigono via mare verso le coste europee sono prevalentemente flussi *“misti”*, ovvero composti da persone che sono potenzialmente titolari della protezione internazionale e da coloro che, invece, non hanno alcun titolo di ingresso. Ciò genera una complessa sovrapposizione degli strumenti di controllo dei flussi e

---

<sup>406</sup> Per un'analisi delle singole disposizione del decreto n. 113 del 2018 si rinvia alla nota giuridica di Asgi, Decreto Immigrazione e Sicurezza, ASGI: Lampante la volontà di restringere i diritti e le libertà degli individui e di creare nuove forme di tensione sociale, pubblicata sul sito [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2017.



delle frontiere che rischiano in taluni casi di equiparare il trattamento di coloro che hanno diritto di ingresso, come i richiedenti protezione e chi invece non ha alcun diritto ad essere ammesso nel territorio dello Stato. Tale “equiparazione” è giustificata dal fatto che prima della presentazione della domanda di protezione internazionale ogni straniero – usando i termini di cui all’art. 10 ter D.lgs. 286 del 1998 - “*rintracciato alla frontiera ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare*” non possiede alcun titolo di ingresso nel territorio dello Stato<sup>407</sup>.

Da questo momento, gli stranieri presenti alla frontiera iniziano un percorso, scandito da diverse fasi, volto a stabilire la loro posizione giuridica di “richiedenti protezione” o al contrario “di irregolari”<sup>408</sup>.

a) *Dallo sbarco alla conduzione nei “punti di crisi”*

Nel caso di stranieri tratti in salvo in mare, la circolare del Ministero dell’Interno del settembre 2015, relativa *alle Procedure operative standard* da applicarsi negli *hotspots*<sup>409</sup>, impone di effettuare durante il trasporto o, subito prima dello sbarco, uno screening sanitario, volto anche all’identificazione tempestiva dei soggetti vulnerabili<sup>410</sup>. E’ evidente che lo screening sanitario potrà essere effettuato “durante il trasporto” solo nel caso in cui i migranti siano trasportati a terra da imbarcazioni considerate “Unità Sar”, come quelle della Guardia costiera o impegnate nelle operazioni di *Frontex*, a bordo delle quali è presente personale sanitario, come talvolta è presente su alcuni imbarcazioni di Organizzazioni non governative.

Sempre prima dello sbarco o in un momento immediatamente successivo, i migranti presenti sull’imbarcazione ricevono “*un braccialetto con un numero identificativo progressivo che verrà applicato a bordo della nave dal personale sanitario o, altrimenti, immediatamente dopo lo sbarco*”. Ogni migrante sarà poi fotografato ai fini della pre-identificazione.

Una volta avvenuto lo sbarco ed effettuate queste attività preliminari, ogni straniero rintracciato alla frontiera o soccorso in mare deve essere condotto, ai sensi dell’art. 10 ter D.lgs. 286 del 1998, per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi, ovvero gli *hotspot*, che lo stesso articolo individua nei centri istituiti in forza della c.d. Legge Puglia, legge 29 dicembre 1995, n. 563. Tali centri sono gestiti in collaborazione con le “squadre di sostegno europee” di cui al

---

<sup>407</sup> Per una disamina relativa agli obblighi di salvataggio in mare cfr. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell’ordinamento interno*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.

<sup>408</sup> Sulle diverse “fasi” del percorso, dall’arrivo alla frontiera sino alla definizione del procedimento relativo alla domanda di protezione internazionale, cfr. A. SCIURBA, *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall’hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.

<sup>409</sup> Ministero dell’Interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’Interno*, settembre 2015.

<sup>410</sup> Sulla situazione delle persone vulnerabili M. G. GIAMMARINARO, *L’individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.

regolamento UE n. 2016/1624 e composte dall'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), *Frontex* ed *Europol*.

b) *L'ingresso negli hotspot: controllo e pre-identificazione tramite "foglio notizie"*

Sempre la circolare sulle *"Procedure operative standard"* stabilisce, nel totale silenzio della legge, che *"all'ingresso nell'hotspot saranno tutti sottoposti, da parte della Polizia, a un controllo di sicurezza personale e degli effetti personali, nel rispetto della dignità delle persone"*, precisando che *"gli oggetti pericolosi saranno confiscati"*<sup>411</sup>.

Inoltre, le forze di sicurezza insieme agli operatori di *Frontex* e ove possibile dei mediatori culturali conducono *"interviste iniziali di screening, e l'acquisizione delle dichiarazioni relative alla nazionalità"* e delle motivazioni che hanno indotto il migrante a lasciare il paese, le quali saranno raccolte in un modulo, il c.d. foglio notizie.

Il fatto che i migranti debbano compilare il foglio notizie come prima attività all'ingresso negli *hotspot*, senza aver ricevuto ancora informazioni adeguate in relazione alla possibilità di presentazione della domanda di protezione internazionale, ha suscitato non poche critiche, soprattutto tra le associazioni<sup>412</sup>. Queste ultime, infatti, ritengono che l'indicazione della nazionalità nel foglio notizie, rappresenti il "pretesto" per giustificare i respingimenti, senza alcuna valutazione caso per caso. Tuttavia, è la stessa circolare del Ministero dell'Interno sulle procedure operative standard a precisare che *"l'autodichiarazione sulla nazionalità" "non può, in tale fase, determinare conseguenze giuridiche negative in relazione alla richiesta di protezione internazionale ovvero alla richiesta di fruire della procedura di ricollocazione"*<sup>413</sup>.

Infine è importante segnalare che la compilazione del foglio notizie assume una rilevanza fondamentale nella logica introdotta dal D.l. n. 113 del 2018, in base al quale i richiedenti asilo possono essere trattenuti, nel caso in cui non sia possibile accertarne l'identità o la nazionalità.

c) *Le attività negli hotspot: l'informativa sulle norme in materia di immigrazione e asilo e le attività di debriefing di Frontex*

Al momento dell'ingresso negli *hotspot*, gli stranieri devono ricevere *"una prima informativa cartacea sulla normativa vigente in materia di immigrazione e asilo"* e devono essere *"informati sulla loro attuale condizione di immigrati irregolari e sulle possibilità di richiedere la protezione internazionale"*<sup>414</sup>. Questa fase è gestita

---

<sup>411</sup> Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015.

<sup>412</sup> Si veda in particolare il rapporto di Amnesty International, *Hotspot italia. Come le politiche dell'unione europea portano a Violazioni dei diritti di rifugiati e migranti*, 2016.

<sup>413</sup> Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015.

<sup>414</sup> *Ibidem*.

dalle “*Organizzazioni Internazionali autorizzate, ciascuna secondo il proprio mandato*”, “*anche attraverso la distribuzione di materiale informativo tradotto in diverse lingue (inglese, francese, tigrino, arabo)*”, le quali dovranno in particolare fornire informazioni riguardo ai “*diritti e doveri delle persone in ingresso, inclusa l’obbligatorietà di fornire le impronte digitali e la procedura di protezione internazionale*”.

Inoltre, “*nei vari stadi della procedura*” gli operatori di *Frontex* possono svolgere operazioni volte a raccogliere informazioni “*riguardanti i fattori di attrattiva e i fattori di spinta che portano le persone ad attraversare illegalmente le frontiere, le rotte del viaggio, il modus operandi, le attività criminose, così come i movimenti secondari*”<sup>415</sup>.

d) *Le procedure di identificazione nei punti di crisi*

Il D.lgs. 286 del 1998 precisa che presso i medesimi punti di crisi sono effettuate le operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico. Tali rilevamenti devono essere effettuati “*tempestivamente*” ai sensi del regolamento UE n. 604/2013, c.d. Regolamento Eurodac, ed inviati al sistema centrale di raccolta dati, istituito dallo stesso regolamento, entro 72 ore (art. 14 reg) dalla presentazione della domanda - in caso di richiedenti asilo, o entro 72 ore dal fermo -in caso di straniero rintracciato in posizione irregolare.

Il rifiuto “reiterato” di sottoporsi alle procedure di identificazione, configurando “rischio di fuga” comporta ai sensi dell’art. 10, comma 3, D.lgs. 286 del 1998 il trattenimento dello straniero in un CPR. Il trattenimento deve essere disposto caso per caso, con provvedimento del Questore, e “*conserva la sua efficacia per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto*”.

e) *La presentazione della domanda di protezione internazionale: lo spartiacque tra richiedenti protezione e irregolari*

L’art. 26 del D.lgs. n. 28 del 2005 prevede che “*la domanda di asilo è presentata all’ufficio di polizia di frontiera ovvero alla questura competente per il luogo di dimora*”; domanda che verrà poi inviata dall’ufficio di frontiera alla questura competente per territorio. Negli *hotspot*, la domanda sarà, dunque, raccolta dalla polizia di frontiera italiana e dagli operatori di *Frontex*. Sul punto, la circolare si limita a specificare che “*la volontà di chiedere protezione non deve necessariamente essere espressa attraverso una forma specifica ma, successivamente, andrà formalizzata dagli operatori dell’ufficio immigrazione mediante la compilazione del modulo di cui alla circolare*”. Tuttavia, l’art. 26, comma 2 del D.lgs. n. 25 del 2008 prevede disposizioni specifiche riguardo alla forma della domanda, stabilendo che “*la questura, ricevuta la domanda di protezione internazionale, redige il verbale*

---

<sup>415</sup> *Ibidem.*

delle dichiarazioni del richiedente su appositi modelli predisposti dalla Commissione nazionale”. Il verbale di presentazione della domanda di protezione internazionale deve essere redatto entro sei giorni, se la volontà è manifestata all’ufficio di polizia di frontiera. I termini sono prolungati sino a dieci giorni lavorativi in presenza di un elevato numero di domande a causa di arrivi consistenti e ravvicinati. Il verbale deve essere approvato e sottoscritto dal richiedente cui ne è rilasciata copia.

L’ufficio di polizia che riceve la domanda provvede ad informare il richiedente sulle condizioni di accoglienza, con la consegna all’interessato di un opuscolo, concernente le fasi della procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, comprese le conseguenze dell’allontanamento ingiustificato dai centri, i principali diritti e doveri del richiedente durante la sua permanenza in Italia.

La presentazione della domanda di protezione costituisce di per sé valido titolo di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato. Al fine di garantire tale diritto “*al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale*”.

Coloro che non manifestano alcuna volontà riguardo alla presentazione della domanda di protezione internazionale, non hanno titolo di ingresso nel territorio dello Stato. Il momento della presentazione della domanda di protezione, dunque, costituisce lo spartiacque tra “richiedenti protezione” e “irregolari”.

f) *Le conseguenze per chi non presenta domanda di protezione, ovvero dell’attraversamento illegale della frontiera: respingimento, reato di ingresso illegale nel territorio dello stato, espulsione, trattenimento.*

Coloro che non presentano domanda di protezione internazionale non hanno diritto di ingresso nel territorio nello stato. Tali soggetti devono prima di tutto compilare il foglio notizie previsto nella c.d. Direttiva Rimpatri.

Il fatto di non presentare domanda di protezione internazionale fa automaticamente rientrare questi soggetti tra coloro che hanno compiuto l’attraversamento della frontiera in modo irregolare; fatto che, come noto, ha delle conseguenze disciplinate dal D.lgs. n. 286 del 1998.

In primo luogo, essendo questi ultimi stati rintracciati in un momento “successivo” all’attraversamento della frontiera o essendo stati lì trasportati per finalità di “soccorso” saranno soggetti al respingimento c.d. “differito” con accompagnamento alla frontiera, di cui all’art. 10, comma 2 D.lgs. n. 286 del 1998.

Se non vengono respinti, poiché non rintracciati alla frontiera o fuggiti, gli stranieri che hanno attraversato irregolarmente la frontiera possono essere espulsi, ai sensi dell’art. 13, comma 2 lett. a). L’espulsione è eseguita dal Questore tramite la concessione di un termine per la partenza volontaria o con accompagnamento forzato alla frontiera, laddove sussista il “rischio di fuga”, il quale si desume dal mancato possesso dei documenti, o dalla mancanza di idonea documentazione atta a

dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, o dalla precedente falsa attestazione delle proprie generalità. Ne discende che molto spesso le persone rintracciate in posizione irregolare alla frontiera possano essere considerate a “rischio di fuga”.

Allo stesso modo, essi sono imputabili del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato di cui all’art. 10 bis D.lgs. n.286 del 1998, che si applica anche agli stranieri soggetti a respingimento differito. L’avvenuta espulsione o respingimento impone al giudice di pace, competente per l’accertamento del reato di cui all’art. 10 bis D.lgs. n. 286 del 1998, di pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

Se non è possibile eseguire il respingimento con accompagnamento alla frontiera, lo straniero può essere trattenuto nel CPR – Centro di permanenza rimpatri - *“per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino”* *“a causa di situazioni transitorie che ostacolano”* la preparazione o l’effettuazione del rimpatrio - fatti che peraltro avvengono con una certa frequenza. Tuttavia, a seguito del recepimento dei principi sanciti nella c.d. Direttiva Rimpatri, il trattenimento deve essere giustificato dalla presenza di una delle seguenti condizioni: il rischio di fuga di cui all’ art. 13, comma 4-bis; la necessità di prestare soccorso allo straniero; la necessità di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità; la necessità di acquisire i documenti per il viaggio; la necessità di acquisire la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo per eseguire il rimpatrio. Come visto, il trattenimento può avere una durata massima di 90 giorni, prorogabili di 15 giorni in caso di particolare “complessità” delle operazioni di rimpatrio. Si segnala, inoltre, che il D.l. n. 113 del 2018 ha aumentato i termini massimi del trattenimento sino a 180 giorni, con la possibilità di trattenere i migranti – quando non vi sia disponibilità di posti all’interno dei CPR– *“in locali idonei presso l’ufficio di frontiera interessato, sino all’esecuzione dell’effettivo allontanamento”*.

g) *Dalla domanda di protezione internazionale alla definizione del relativo procedimento*

Dopo la presentazione della domanda di protezione internazionale, il richiedente può essere, nei casi stabili dalla legge, trattenuto o, al contrario, beneficiare del sistema di accoglienza, ordinario c.d. SPAR o straordinario, nei cd. CAS. In entrambe le ipotesi la domanda di protezione internazionale dà avvio al procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale

E’ opportuno porre, in particolare l’attenzione sul procedimento di esame della domanda di protezione internazionale.

g1) *Il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale.*

La presentazione della domanda di protezione dà avvio al procedimento di riconoscimento della domanda di protezione internazionale<sup>416</sup>.

Competenti ad esaminare la domanda di protezione internazionale sono le Commissioni territoriali, insediate presso le prefetture, di cui all'art. 4 D.lgs. n. 25 del 2008, composte *“nel rispetto del principio di equilibrio di genere, da un funzionario della carriera prefettizia, con funzioni di presidente, nominato con decreto del Ministro dell'interno”*, nonché *“da un esperto in materia di protezione internazionale e di tutela dei diritti umani designato dall'UNHCR e dai funzionari amministrativi con compiti istruttori”*. Le Commissioni territoriali possono essere integrate da un funzionario del Ministero degli Affari Esteri quando *“in relazione a particolari afflussi di richiedenti protezione internazionale, sia necessario acquisire specifiche valutazioni di competenza del predetto Ministero in merito alla situazione dei Paesi di provenienza”*.

Le Commissioni territoriali valutano la domanda di protezione, secondo alcuni criteri stabiliti dalla legge e la decisione deve essere assunta in modo obiettivo ed imparziale e sulla base di un congruo esame della domanda”.

L'art. 12 del D.lgs. n. 25 del 2008 prescrive, anzitutto, il colloquio del richiedente asilo, il quale deve svolgersi nel termine di 30 giorni dall'avvenuta ricezione della domanda, in seduta non pubblica e, ove nominato, alla presenza di un avvocato e *“di norma alla presenza del componente funzionario amministrativo con compiti istruttori della domanda di protezione, ove possibile dello stesso sesso del richiedente”*<sup>417</sup>.

La legge prescrive che debba essere redatto verbale del colloquio e che quest'ultimo debba essere videoregistrato.

Inoltre, ciascuna domanda deve essere esaminata alla luce di informazioni precise e aggiornate circa la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo, nonché, ove necessario, tramite la consultazione di esperti su aspetti particolari come quelli di ordine sanitario, culturale, religioso, di genere o inerenti ai minori.

Una volta conclusa la fase di valutazione della domanda, la Commissione territoriale può adottare diverse decisioni.

In primo luogo, può ritenere la domanda inammissibile, se il richiedente è già stato dichiarato rifugiato in un altro paese o se si tratta di domanda reiterata senza nuovi elementi, o presentata al solo fine di evitare l'allontanamento dal territorio dello Stato.

---

<sup>416</sup> Per un'analisi del procedimento di riconoscimento della protezione internazionale nei più recenti interventi normativi cfr. R. BIROLINI, *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normativi*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2016.

<sup>417</sup> Analizza il procedimento di audizione dei richiedenti asilo F. GALLO, *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

In secondo luogo, la Commissione può riconoscere lo status di rifugiato o la protezione sussidiaria<sup>418</sup>.

In terzo luogo, può rigettare la domanda di protezione “*qualora non sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale*”.

Infine, nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale, ma ritenga che possano sussistere “*gravi motivi di carattere umanitario*”, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno “per motivi umanitari”, ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

E' bene precisare che il D.l. n. 113 del 2018<sup>419</sup> ha eliminato qualsiasi riferimento al permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui all'art. 5, comma 6 D.lgs. 286 del 1998, nonché “ai gravi motivi umanitari” stabiliti alla norma in esame. Ai sensi della novella normativa, la Commissione dovrà valutare se ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19 D.lgs. n. 286 del 1998 - ovvero i casi in cui il richiedente se allontanato rischia di essere oggetto di “atti di tortura” o “di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali”. In questi casi, la Commissione territoriale trasmette gli atti al Questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura “*protezione speciale*”, salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga.

Avverso la decisione della Commissione territoriale e la decisione della Commissione nazionale è ammesso ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Il ricorso, salvo alcuni casi previsti dalla legge, sospende l'efficacia delle decisioni delle commissioni territoriali.

Competenti a giudicare il ricorso sono le sezioni specializzate del Tribunale, istituite con l. 46 del 2017, le quali decidono con rito sommario di cognizione, in Camera di Consiglio<sup>420</sup>. Il giudice si avvale per la decisione dell'intera documentazione acquisita dalla Commissione territoriale, ed in particolare, della videoregistrazione. L'udienza di comparizione delle parti è fissata solo nel caso in cui la registrazione non sia disponibile, il giudice ritenga “essenziale” disporre l'audizione dell'interessato, ovvero quando disponga consulenza tecnica o l'assunzione di mezzi di prova<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup>Sugli sviluppi più recenti in relazione al riconoscimento della protezione sussidiaria cfr. S. ALBANO, *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

<sup>419</sup> Per un commento cfr. M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto “sicurezza e immigrazione”)*, in *Osservatorio Aic*, 2/2018.

<sup>420</sup> Sul ruolo del giudice nel procedimento M. FLAMINI, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

<sup>421</sup> Sulle criticità relative all'abolizione dell'udienza e dell'audizione del richiedente asilo L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustizia*, 2/2018; A. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, ivi, 2018.

Il Tribunale deve decidere entro quattro mesi dalla presentazione del ricorso con decreto che rigetta il ricorso ovvero riconosce al ricorrente lo status di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria. Il decreto non è reclamabile, ma è possibile proporre ricorso per cassazione entro trenta a decorre dalla comunicazione del decreto.

Alla scadenza del termine per la presentazione del ricorso in Cassazione, il mancato accoglimento della domanda, a meno che non ricorrano i presupposti per il rilascio della protezione umanitaria, oggi “per protezione speciale” (come mod. dal D.l. n. 113 del 2018), comporta l'obbligo per il richiedente di lasciare il territorio nazionale, salvo che gli sia stato rilasciato un permesso di soggiorno ad altro titolo.

#### **4. Stranieri e frontiere nella giurisprudenza costituzionale**

Dopo aver analizzato l'evoluzione normativa e gli strumenti di “controllo” che oggi caratterizzano l'arrivo alle frontiere dello Stato dei migranti, è necessario individuare le linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale.

Si tenterà di impostare l'analisi sulle domande di fondo che si pongono in tema di “migrazioni e confini”, già analizzate a livello teorico nel primo capitolo, ma che si rafforzano nel diritto positivo e nella giurisprudenza: lo *ius migrandi* ha statuto costituzionale? E' possibile individuare un bilanciamento tra diritti degli stranieri e il potere dello Stato di non ammettere questi ultimi alle proprie frontiere?

##### **4.1. Lo *ius migrandi* nella giurisprudenza costituzionale**

La prima problematica che il tema del controllo delle frontiere pone è quella del rapporto o del “conflitto” tra la discrezionalità degli Stati a difendere i propri confini e la libertà di circolazione, o più specificamente la libertà di migrare, che – come visto nel primo capitolo – è da intendere quale “*libertà di attraversare i confini fra gli stati con l'intenzione di soggiornare per un tempo prolungato o indefinito in uno stato diverso da quello di provenienza*”<sup>422</sup>.

Lo *ius migrandi* è configurato, prima di tutto dal diritto interazionale dei diritti umani, quale libertà a “statuto debole”, poiché il suo riconoscimento dipende dalla scelta sovrana degli Stati. Diversamente accade, invece, come si è già detto, per il diritto di emigrare che trova pieno riconoscimento. La stessa Corte europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, ha affermato – in costante giurisprudenza – che in forza di un principio di diritto internazionale consuetudinario gli Stati hanno piena discrezionalità nell'ammissione degli stranieri alle frontiere dello Stato<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> G. ITZOVIC, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2/2013.

<sup>423</sup> Fra le tante sentenze in tal senso cfr. Corte EDU, case of *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, (ric. nn. 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 maggio 1985; Corte EDU, case of *Boujlifa c. Francia*, (ric. n. 25404/94) sentenza del 21 ottobre 1997; Corte EDU, case of *Saadi c. Italia*, (ric. n. 37201/06), del 28 febbraio 2008 (ric. n. 37201/06).



Allo stesso modo, come visto, la stessa Costituzione italiana si limita a sancire la libertà di emigrazione agli artt. 16 e 35 Cost., senza in alcun modo far riferimento alle condizioni di ingresso nel territorio dello stato<sup>424</sup>.

Al fine di verificare se nel nostro ordinamento costituzionale possa venire in rilievo lo *ius migrandi* si ritiene opportuno analizzare alcune pronunce della Corte costituzionale in relazione alla libertà di emigrazione, cercando in particolare di comprenderne eventualmente la portata.

La prima sentenza su cui si intende porre l'attenzione è la n. 269 del 1986, in cui la Corte sembra far in qualche modo riferimento proprio allo *ius migrandi*<sup>425</sup>.

In particolare, con la predetta pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 24 luglio 1930, n. 1278 (Adozione di nuove norme penali in materia di emigrazione) che puniva la propaganda volta a stimolare l'emigrazione di cittadini italiani all'estero.

Prima di arrivare alla declaratoria di incostituzionalità della norma oggetto del giudizio, la Corte ripercorre l'evoluzione storica della libertà di emigrare, sorta "*per fini contingenti dello Stato (ad esempio, popolare, "civilizzare" colonie o terre lontane)*". In questa visione originaria, dunque, lo *ius migrandi* comprendeva tanto la libertà di emigrazione, quanto quella di immigrazione nel paese di destinazione, ove fosse legittimata appunto "da fini contingenti dello Stato".

La Corte, tuttavia, non mancava di ricordare come l'affermazione di tale libertà fosse legata da scopi ben precisi e certamente non si estendeva a legittimare la migrazione come fenomeno "*collettivo*" di persone in una "*particolare situazione di bisogno, di tensione emotiva, d'ansiosa attesa di trovar lavoro o di realizzare, fuori dallo Stato (...)*".

Anzi l'emigrazione mossa per porre fine a "particolari situazioni di bisogno" era "*vista con sfavore*" specie dal legislatore del 1930, tant'è che – secondo la Corte – l'obiettivo della norma oggetto del giudizio era quello di impedire l'emigrazione come fenomeno di massa.

Un tale "ricostruzione storica" sembra essere mirata, nel ragionamento nella Corte, a dimostrare come la natura della libertà di emigrare sancita dalla Costituzione Repubblicana fosse del tutto diversa da quella propria dell'epoca fascista "*allorché tale libertà non soltanto non è guardata con sfavore ma è "riconosciuta "come bene, valore fondamentale, realizzativo della personalità umana (non nasce, infatti, quale "graziosa concessione", dello Stato)*". Ciò si desume, secondo la Corte già dalle dichiarazioni di alcuni Costituenti, ed in particolare dall'intervento dell'On.

---

<sup>424</sup> Sullo *ius migrandi* nell'ordinamento costituzionale cfr. U. DE SIERVO, *Soggiorno, circolazione, emigrazione*, (libertà di), cit., p. 818; CAVASINO E., *Ius migrandi e controllo delle frontiere*, cit., p. 531 ss.; L. RONCHETTI, *La costituzione e lo ius migrandi*, in L. CARROZZA – M. DELLA MORTE – S. GIOVA, *Fenomeno migratori ed effettività*, cit., p. 17.

<sup>425</sup> C. Cost. sent. 19 settembre 1986, n. 269; con osservazioni di S. CASALEGNO, *Il reato di eccitamento all'emigrazione ed una declaratoria di illegittimità costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1987, Sez. IV, pp. 556 ss.; G. FIANDACA, *Nota redazionale*, in *Il Foro italiano*, 1987, parte I, pp. 1694 ss.

Domenidò, nel quale quest'ultimo precisava lo scopo dell'emendamento da lui proposto, ovvero quello di *“far sì che sia pienamente riconosciuta nella Costituzione la libertà d'emigrazione, senza condizionarla all'eventualità di deroghe illimitate da parte della legge”*. Al fine di far rimarcare l'ampiezza della tutela costituzionale concordata alla libertà di emigrazione, la Corte riprende uno dei passaggi più simbolici dei lavori dell'Assemblea costituente, pronunciate ancora dall'On. Domenidò: *“chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell'uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli”*.

Il fatto che la Corte riprenda proprio le parole dei Costituenti che considerano la libertà di emigrazione come *“diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli”*, sembrerebbe far emergere una visione dello *ius migrandi* quasi “kantiana”, *“vale da dire la libertà di spostarsi sul territorio del pianeta da uno Stato all'altro”*<sup>426</sup>.

Tuttavia, è evidente che si tratta solo di una suggestione, utile alla Corte al solo fine di rafforzare il ragionamento che la conduce a dichiarare l'incostituzionalità della norma rispetto alla libertà sancita dall'art. 35, e che nulla dice in più rispetto all'altro “lato” della libertà di migrare: la “libertà di immigrazione”.

La Corte, in altri, termini vuole affermare rispetto alle norme, considerate “anacronistiche” del regime fascista, il pieno rispetto della libertà di emigrazione - garantita non solo dalla Costituzione - ma anche *“dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 che ha sancito per ogni individuo il diritto di lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio paese”*.

Ne deriva una visione dello *ius migrandi* del tutto coerente con quella sancita a livello internazionale, che ricomprende e tutela pienamente la sola libertà di emigrazione quale diritto fondamentale. Infatti, prosegue la Corte *“quale che sia il valore delle Dichiarazioni di principi, non v'è dubbio che tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione della Repubblica sia da individuarsi anche il diritto di abbandonare il proprio paese”*.

Non è, invece, agevole individuare pronunce in cui vengano affrontati entrambi i profili dello *ius migrandi*, ovvero la libertà di emigrazione e la libertà di immigrazione. Ciò è dovuto alla banale considerazione che non rientra certamente nella competenza del legislatore italiano “l'emigrazione” dai Paesi di origine dei migranti, quanto piuttosto è di competenza del legislatore regolare gli ingressi alla frontiera.

Tuttavia, è possibile cogliere qualche spunto di riflessione dalla sentenza n. 21 del 2009 che ha ritenuto non fondata la questione relativa al reato di *“procurato ingresso illegale nel territorio di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza abituale”* di cui all'art. 12, comma 1, del decreto legislativo 25

---

<sup>426</sup> V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione d'apertura del Congresso dei costituzionalisti, Cagliari, in Diritto e Società, 2009.*<sup>426</sup>

luglio 1998, n. 286 come modificato dalla legge n. 89 del 2009, c.d. legge Bossi-Fini<sup>427</sup>.

La Corte, si trovava a giudicare così una norma che allo stesso tempo riguardava “l’ingresso” nel territorio dello Stato, il transito, e l’emigrazione verso altro Stato.

Secondo il giudice *a quo*, nonostante la ratio della legge fosse “*dovuta alla volontà di colmare un vuoto che impediva di attrarre nella sfera della rilevanza penale condotte quali l’ “intermediazione di movimenti illeciti” verso l’ estero, aveva tuttavia la conseguenza di ampliare l’effetto della norma penale anche a quelle situazioni in cui non vi può essere– come quella oggetto del giudizio a quo – “prova di un aggancio della condotta posta in essere dal soggetto che favoriva il migrante nel transito e/o nuova fuoriuscita con la condotta di chi ne aveva favorito l’ingresso clandestino in Italia”*”<sup>428</sup>.

Ciò anche poiché non era possibile da parte del giudice valutare “*l’ingresso illegale nel territorio di altro*” stato, che ovviamente dipende dalle leggi dello Stato di destinazione.

Tale considerazione induceva il giudice *a quo* a dubitare non solo della legittimità costituzionale dell’art. 12 D.lgs. n. 286 del 1998 in relazione al principio di determinatezza della pena, art. 25 Cost., ma la stessa norma comportava “*la compressione (di fatto tale, nel momento in cui viene sanzionata penalmente l’attività del soggetto agevolatore) del diritto all’emigrazione, che lo Stato «riconosce» come diritto della persona, e non «concede» in relazione a situazioni o a precondizioni*”, di cui all’art. 35 Cost.

Il giudice *a quo* sottolineava come “*l’emigrazione in condizioni di illegalità*” non può essere valutata “*dall’ottica della legge italiana che non è affatto di per sé significativa per la determinazione della clandestinità «comunque» e in qualsiasi Paese*”. Infatti, “*il migrante potrebbe appartenere ad una delle categorie che nello Stato estero di destinazione gli consente l’acquisizione di un titolo di residenza permanente (i.e. minore, richiedente asilo, coniuge e parente di cittadino del paese straniero ove egli è diretto)*”.

La Corte dichiara non fondata la questione in relazione ad entrambi i parametri richiamati, ritenendo per quanto qui rileva “*insussistente la dedotta violazione dell’art. 35, quarto comma, Cost*”.

Ciò che preme sottolineare in questa sede è che la Corte riconferma ancora una volta la natura a “*statuto debole*” della libertà di migrare, come libertà inviolabile di uscire dal Paese a cui corrisponde l’ingresso nel territorio di altro Stato, solo ove siano rispettate le regole del Paese di destinazione. Infatti la Corte afferma che la libertà di

---

<sup>427</sup> C. cost. sent. 30 gennaio 2009, n. 21; a commento A. BONOMI, *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminose e rinvio al diritto straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2009, pp. 2130 ss.; S. SARTARELLI, *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la "tendenza salvifica" della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull’immigrazione.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2009, pp. 1215 ss.

<sup>428</sup> Ordinanza di rimessione, 17 marzo 2008 emessa dal Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale di Torino.

emigrazione, propria del fenomeno migratorio “transnazionale” “è riconosciuta dal precetto costituzionale con salvezza degli «obblighi stabiliti dalla legge nell’interesse generale», fra i quali possono farsi rientrare quelli di rispetto della legislazione del Paese di accoglienza”.

#### **4.1.1. Lo ius migrandi: una libertà a statuto differenziato?**

Una volta confermata la natura dello *ius migrandi* quale libertà a statuto debole, occorre verificare se tale libertà possa avere una “forza” diversa, in base al motivo che ha spinto lo straniero a emigrare e se ciò possa influenzare l’ingresso nel territorio dello Stato di destinazione. Come visto, infatti, è la stessa Costituzione a differenziare gli stranieri in generale (art. 10, comma 2 Cost.) da coloro che invece migrano a causa dell’impedimento delle libertà garantita dalla Costituzione italiana. Riguardo ai primi, la costante giurisprudenza della Corte costituzionale non esclude che tra cittadini e stranieri, “*benché uguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto e di posizioni giuridiche tali da razionalmente giustificare un diverso trattamento nel godimento di tali diritti*” (C. cost. sent. n. 104 del 1969<sup>429</sup>), tra i quali rientra appunto l’ingresso nel territorio dello Stato.

Nella giurisprudenza più risalente, ossia del periodo in cui i flussi migratori verso l’Italia, erano ancora pressoché inesistenti, la Corte fondava la differenziazione tra cittadini e stranieri nell’ingresso nel territorio prevalentemente sul rapporto “privilegiato” che il cittadino ha con lo Stato<sup>430</sup>.

Ciò è dimostrato già a partire dalla sentenza n. 244 del 1974, concernente una norma del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza - allora ancora in vigore in materia di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato - che “*dava facoltà ai prefetti delle provincie di confine di allontanare, per motivi di ordine pubblico e nel caso di urgenza, mediante foglio di via obbligatorio gli stranieri (..) e respingere dalla frontiera quelli che non sappiano dare contezza di sé o siano sprovvisti di mezzi*”<sup>431</sup>.

La Corte, infatti, afferma che “*le posizioni del cittadino e dello straniero nei riguardi dello Stato diversificano sostanzialmente, solo che si consideri che il cittadino ha, nel territorio dello Stato, un suo domicilio stabile sì da rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato stesso*”.

Al contrario, “*lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (...) sottostando a quegli obblighi che l’ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile*”.

---

<sup>429</sup> C. cost. sent. 26 giugno 1969, n. 104; A. CASSESE, *Sulla costituzionalità di segnalare lo straniero all’autorità di pubblica sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/1969, pp. 573 ss.

<sup>430</sup> In generale sul tema cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>431</sup> C. cost. sent. 23 luglio 1974, n. 244; con nota di M. C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2010, pp. 571; G. U. RESCIGNO, *Note sulla giurisprudenza costituzionale del 1974*, in *Quale giustizia*, 1975, pp. 725.

La differente intensità del rapporto tra Stato/cittadino – “permanente e originario” e Stato/straniero – “acquisito e originario” - giustifica secondo la Corte l’adozione di «discipline legislative e amministrative» *ad hoc*.

Gli adempimenti amministrativi cui deve sottostare lo straniero all’ingresso nel territorio dello Stato sono ammessi “*per prassi internazionale*” secondo la quale “*lo straniero che intende recarsi in altro Stato deve infatti, chiedere alle autorità consolari di quello Stato il visto d’ingresso, indicando le ragioni per cui vuole recarvisi e il tempo che desidera trattenervisi*”. Più precisamente lo straniero “*uscendo, munito di passaporto, dal proprio Paese, ed entrando in quello in cui si reca, deve presentarsi all’autorità locale di polizia*”.

“Ed è logico” secondo la Corte che sia anzitutto “*l’autorità di P.S., preposta alla vigilanza sugli stranieri (Titolo V T.U.), a fine sia di controllo che di protezione*”.

L’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato era dunque rimesso, nell’ottica del testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza, alla competenza dell’autorità di pubblica sicurezza, suscitando in dottrina non pochi dubbi sul rapporto con la riserva di legge di cui all’art. 10, comma 2 Cost.

La Corte ha affrontato la questione relativa alla possibile violazione della riserva di legge di cui all’art. 10, comma 2 Cost. per mano dell’ “illimitata discrezionalità” dell’autorità di pubblica sicurezza nella sent. n. 46 del 1977<sup>432</sup>, con particolare riguardo alla revoca o il mancato rinnovo del permesso di soggiorno temporaneo di cui lo straniero è tenuto a munirsi all’atto del suo ingresso in Italia.

La Corte, pur ritenendo rispettata la riserva di legge poiché la discrezionalità dell’autorità amministrativa troverebbe la sua fonte proprio nella norma oggetto del giudizio, invita il legislatore a procedere ad “*un riordinamento (normativo) che tenga conto della esigenza di consacrare in compiute ed organiche norme le modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane collegate con l’ingresso ed il soggiorno degli stranieri in Italia*”.

Già da questa datate pronunce è possibile evincere come la disciplina dell’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato sia direttamente connessa con interessi pubblici di primaria importanza, come la sicurezza. Tale aspetto è stato via via valorizzato dalla Corte costituzionale di pari passo con l’emergere del fenomeno migratori in Italia.

La giurisprudenza più recente, ed ormai costante della Corte costituzionale e della Corte europea dei Diritti dell’Uomo<sup>433</sup>, afferma infatti che la differenziazione del trattamento tra cittadino e straniero in relazione al diritto di ingresso alle frontiere

---

<sup>432</sup> C. cost. sent. 20 gennaio 1977, n. 46.

<sup>433</sup> Come visto, infatti, secondo la giurisprudenza costante della Corte EDU, gli Stati contraenti in virtù di un principio del diritto internazionale consuetudinario hanno piena discrezionalità di controllare l’ingresso, il soggiorno e l’allontanamento degli stranieri. Fra le tante cfr. Corte EDU, case of *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, (ricc. nn. 9214/80; 9473/81; 9474/81), del 28 maggio 1985; Corte EDU, case of *Boujlifa c. Francia*, (ric. n. 25404/94) sentenza del 21 ottobre 1997; Corte EDU, case of *Saadi c. Italia*, (ric. n. 37201/06), del 28 febbraio 2008 (ric. n. 37201/06).

dello Stato, non discende solo dal rapporto “privilegiato” del cittadino “con lo Stato”, ma dal fatto che la disciplina dell’immigrazione è «collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici», quali quelli concernenti «la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico” (C. cost. sent. n. 62 del 1994)<sup>434</sup>. Una tale “ponderazione” non può che spettare “in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un’ampia discrezionalità”, limitata- come meglio si vedrà nel paragrafo che segue - sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (Ex plurimis. sentt. nn.104 del 1969 e 144 del 1970<sup>435</sup>).

E’ necessario a questo punto capire se la medesima discrezionalità legislativa possa esercitarsi in relazione a tutti gli stranieri, o questa debba al contrario tenere in conto le motivazioni per cui uno straniero si presenta alla frontiera.

Come visto, infatti, la dottrina prevalente ritiene che coloro che sono impediti nell’esercizio delle libertà garantite dalla Costituzione hanno diritto di ingresso nel territorio della Repubblica ai fini della presentazione della domanda di protezione internazionale.

Tale considerazione è confermata anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, che a partire dal 1997 - ribaltando l’orientamento precedente del giudice amministrativo - ha affermato che il diritto di cui all’art. 10, comma 3 Cost., rappresenta un “*vero e proprio diritto soggettivo all’ottenimento dell’asilo*” poiché “*seppure [essa] in parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto d’asilo*”. La Corte quindi precisa che in assenza di una legge di attuazione “*null’altro viene garantito se non l’ingresso nello Stato*”<sup>436</sup>.

Nonostante gli orientamenti oscillanti della Corte di Cassazione sul rapporto tra il diritto d’asilo costituzionale e le altre forme di protezione<sup>437</sup>, bisogna sottolineare che dalla giurisprudenza di legittimità si desume che il “diritto d’asilo costituzionale” debba intendersi non solo come mero diritto di ingresso, ma come diritto “dello straniero di accedere” al territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda”.

Ne deriva che lo *ius migrandi* dei richiedenti asilo non concerne esclusivamente la libertà di emigrare, ma anche il diritto di “immigrare” ai fini della presentazione

---

<sup>434</sup> C. cost. 24 febbraio 1994, n. 62; con osservazioni di P. BONETTI, *Tra interessi dello stato e diritti dell’individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell’espulsione dello straniero di fronte alla c. Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1994, pp. 2372 ss.

<sup>435</sup> C. cost. sent. 16 luglio 1970, n. 144; con nota di A. CASSESE, *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, pp. 1653 ss.

<sup>436</sup> Cass. civ. Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4674; inoltre Cass. civ., Sez. I, 4 maggio 2004, n. 8423; Cass. civ. Sez. I, 1 settembre 2006, n. 18941; Cass. civ. Sez. I, 8 novembre 2007, n. 23352. Ripercorre la giurisprudenza di legittimità sul diritto d’asilo E. XANHARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d’asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.

<sup>437</sup> Sul tema M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

della domanda. Il rapporto tra le due libertà rimane comunque “sbilanciato”, poiché la libertà immigrazione potrebbe non risolversi nel soggiorno nel territorio dello Stato di destinazione, in caso di mancato riconoscimento dello stesso diritto.

Dalla breve ricostruzione appena operata, dunque, sembra possibile affermare che la libertà di migrare assume uno statuto “costituzionale debole”<sup>438</sup>, ma differenziato a seconda dei motivi che spingono lo straniero ad emigrare/immigrare, divenendo più intensa laddove si abbia a che vedere con persone che chiedono il riconoscimento della protezione internazionale.

Ciò sembra confermato anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale che nella sent. n. 5 del 2004, ha affermato che *“pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso — anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) — l’ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. “migranti economici”*<sup>439</sup>.

#### **4.2. Il “difficile” bilanciamento tra il “compito ineludibile dello Stato di presidiare le frontiere” e la tutela dei diritti fondamentali della persona**

La seconda problematica su cui occorre ragionare riguarda una fase successiva all’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ovvero il trattamento riservato a questi ultimi alle frontiere.

In particolare, è necessario comprendere – mediante l’analisi della giurisprudenza costituzionale – se sia possibile trovare un punto di equilibrio tra due esigenze apparentemente contrastanti: i diritti individuali dello straniero che vuole fare ingresso nel territorio dello Stato, indipendentemente dal possesso o meno di un valido titolo di accesso, e l’esigenza dello Stato di presidiare le proprie frontiere regolando gli ingressi nel proprio territorio.

Tuttavia, è bene sottolineare che né nella Costituzione del ’48, né nella giurisprudenza costituzionale più risalente veniva in rilievo l’esigenza di controllo delle frontiere e dei flussi migratori. Ciò era ovviamente connesso alla circostanza che l’immigrazione è stata per lungo tempo in Italia un fenomeno pressoché inesistente, e dunque – come visto – non regolamentato.

---

<sup>438</sup> Sullo *ius migrandi* quale libertà a “statuto debole” o asimmetrica cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit, p. 355.

<sup>439</sup> C. cost. 13 gennaio 2004, n. 5; a commento E. CALCAGNO, *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla “legge Bossi-Fini”*, in *Diritto penale e processo*, 7/2004 7, pp. 839 ss.; E. GROSSO, *“Ad impossibilia nemo tenetur”*: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2004, pp. 97; R. NUZZO, *Esiti alterni della giurisprudenza costituzionale in materia di crimini dell’immigrato clandestino*, in *La giustizia penale*, 2011, parte II, pp. 487 ss.; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2/2011, pp. 239 ss..

Nei primi anni successivi all'approvazione della Costituzione, infatti, la Corte costituzionale si è prevalentemente occupata di estendere alcune garanzie costituzionali anche agli stranieri.

Come noto, sin dalla sentenza n. 120 del 1967<sup>440</sup>, la Corte si è preoccupata di chiarire il rapporto tra il principio di eguaglianza, la condizione giuridica dello straniero e i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost, affermando che il principio di eguaglianza non doveva essere considerato "in maniera isolata", ma "in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo comma, della Costituzione", imponendo dunque anche il rispetto dei vincoli derivanti dal diritto internazionale<sup>441</sup>.

"Ciò perché" – prosegue la Corte- "se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali".

Ancora, nella sentenza n. 54 del 1979, la Corte - in controtendenza con quella parte della dottrina che adotta una "lettura" formale del testo della Costituzione - precisa esplicitamente che "il testuale riferimento dell'art. 3, primo comma, ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo".

Una simile affermazione non è rimasta esente da critiche in dottrina, secondo la quale "il riferimento fatto dalla Corte alla categoria dei diritti inviolabili o fondamentali sarebbe inutile e, per certi versi, irrilevante, oltre che di difficile determinazione"<sup>442</sup>. Secondo i medesimi autori, il riferimento ai diritti inviolabili degli stranieri nella giurisprudenza costituzionale è caratterizzato da "una terminologia tutt'altro che rigorosa, parlando, senza percepibili differenze, di "diritti inviolabili" "diritti umani fondamentali" "diritti fondamentali" "diritti dell'uomo" "diritti della persona"<sup>443</sup>.

Ciò che sembra interessante sottolineare è il fatto che in queste pronunce è totalmente assente la figura dello straniero all'interno del fenomeno "immigrazione", ma al contrario la Corte valorizza l'idea – peraltro già espressa in Assemblea costituente - dello straniero come "persona" – come "singolo" titolare di diritti costituzionali, in conformità ai vincoli internazionali<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup>C. cost. 23 novembre 1967, n. 120; con nota di M. CHIAVARIO, *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pp. 1579 ss.

<sup>441</sup> Sulle dinamiche del principio di eguaglianza in relazione agli stranieri cfr. su tutti E. GROSSO – A. GIORGIS, M. LOSANNA, *Diritti eguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

<sup>442</sup> P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 35; nello stesso senso M. CUNIBERTI, *La cittadinanza.*, cit., p. 159 ss.

<sup>443</sup> P. PASSAGLIA – R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 32

<sup>444</sup> In questo senso il servizio studi della Corte costituzionale dedicato alla giurisprudenza della Corte costituzionale sui diritti degli stranieri cfr. S. MAGNANENSI - P. PASSAGLIA - E. RISPOLI (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25 - 26 settembre 2008.



Solo in un secondo momento, con l'introduzione dei primi strumenti normativi volti a regolare i flussi migratori sul finire degli anni ottanta, la Corte costituzionale ha iniziato ad affrontare sempre più spesso il tema dei diritti dello straniero, non più come singolo, ma all'interno di un fenomeno più ampio – quello dell'immigrazione – in relazione al quale il legislatore aveva piena discrezionalità.

E' in questo contesto che - nonostante il silenzio in materia della Costituzione del '48 e dei lavori dell'Assemblea costituente, inizia ad emergere nella giurisprudenza della Corte costituzionale l'esigenza di controllo delle frontiere.

La Corte è arrivata ben presto a consacrare il "valore" costituzionale "*del presidio delle proprie frontiere*", quale "*compito, ineludibile*" dello Stato.

Un tale compito ineludibile è strettamente connesso alla garanzia del rispetto delle "*regole stabilite in funzione d'un ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza*" che sono "*poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali*" (C. cost. sent. n. 353 del 1997<sup>445</sup>).

Tale esigenza affermata con sempre maggior frequenza dalla giurisprudenza costituzionale è stata, come noto, esplicitata in Costituzione a seguito della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha inserito tra le competenze esclusive dello Stato le materie del "l'immigrazione" (lett. b) e del "controllo dei confini" (lett. q).

Da quel momento in avanti numerose sentenze hanno riaffermato i molteplici valori connessi alla tutela dei confini, individuandoli nella "difesa della collettività nazionale", nell' "ordinata gestione dei flussi migratori" nella "sicurezza", nella "sanità pubblica", nell' "ordine pubblico", nei "vincoli di carattere internazionale" e nella "politica nazionale in materia di immigrazione", ma anche nelle valutazioni *politiche* "afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno. (C. cost. sentt. n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994).

Due sembrano gli elementi di interesse che emergono dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia.

In primo luogo, non solo la Corte afferma l'esigenza "costituzionale" di controllo dei confini, ma precisa che esso è connesso al rispetto di "vincoli di carattere internazionale".

In altre parole, a partire dall'adesione dell'Italia alla Convenzione di Schengen nel 1990 e a seguito della progressiva comunitarizzazione delle materie dell'immigrazione e del controllo delle frontiere, il compito dello Stato di presidiare i propri confini non è esclusivamente volto alla "*difesa della collettività nazionale*" ma di uno spazio di libertà di circolazione, di sovranità "condivisa" con gli altri Stati

---

<sup>445</sup> C. cost. 21 novembre 1998; a commento A. ALGOSTINO, *l'espulsione fra tutela dei "casi umani piu' disperati" e "presidio" delle frontiere*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, pp. 1481 ss.; G. BIANCO, *nota redazionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp. 3459 ss.; G. CINANNI, *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, pp. 3460 ss.

dell'Unione europea, in forza dell'art. 11 Cost.. Infatti, la Corte afferma che *“il controllo giuridico dell'immigrazione compete indubbiamente allo Stato”* ma non solo *“a presidio di valori di rango costituzionale”*, ma anche *“per l'adempimento di obblighi internazionali”* (C. cost. sent. n. 250 del 2100<sup>446</sup>). In realtà, a simili conclusioni era già giunta la Corte costituzionale anni prima dichiarando inammissibile il referendum abrogativo avente ad oggetto l'intero Testo unico sull'immigrazione proprio perché *“i Trattati assicurano la piena libertà nell'attraversamento delle frontiere interne dell'Unione e, per converso, richiedono efficaci controlli alle frontiere esterne, anche al fine di prevenire e combattere la criminalità... sì da apparire evidente che la materia dell'ingresso e del soggiorno degli extracomunitari non potrebbe restare priva di disciplina e, soprattutto, carente di strumenti adeguati per assolvere gli obblighi imposti dai Trattati”* (C cost. sent. n. 31 del 2000<sup>447</sup>).

In secondo luogo, si comprende come anche dal ragionamento della Corte si possa desumere che le frontiere divengono il luogo ove si amplifica il potenziale *“scontro”* tra gli interessi pubblici connessi alla regolamentazione dell'immigrazione e i diritti individuali degli stranieri, ed ove *“le ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco”* (sentenza n. 353 del 1997)<sup>448</sup>.

Al fine di individuare il *“corretto bilanciamento”* è possibile desumere dalla giurisprudenza costituzionale due *“linee guida”*.

In particolare, la disciplina del controllo delle frontiere e dei flussi migratori deve rispettare il canone della ragionevolezza, come più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale. Ciò significa che il mezzo utilizzato dal legislatore per garantire alle frontiere *“l'ordinata gestione dei flussi migratori”* deve essere proporzionata o – per dirla con le parole della Corte *“strumentale”*, alla *“protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollati”*.

---

<sup>446</sup> C. cost. sent. 7 ottobre 2010, n. 250; con note di F. BAILO, *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 2504 ss.; E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Rivista penale*, 2010, pp. 687 ss.; M. LA ROSA, *“Clandestinità” e profili d'illegittimità costituzionale: Corte cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte cost. 8 luglio 2010 n. 250*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011, pp. 1406 ss.; V. MANES., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012; L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità incostituzionale l'aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit., pp. 37; P. PALERMO, *La “clandestinità”: storia di “evoluzioni” criminali*, in *Rivista penale*, 2010, pp. 815 ss.

<sup>447</sup> C.cost. sent. 7 febbraio del 2000, n. 31; a commento G BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2000, pp. 233 ss.

<sup>448</sup> Tale principio è stato affermato in numerose sentenze cfr. in particolare C. cost. sent. n. 250 del 2010.

In secondo luogo, nella sentenza n. 105 del 2001<sup>449</sup> la Corte ha affermato che “*per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell’immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non possono risulterne minimamente scalfiti i diritti che la Costituzione proclama inviolabili*”. Proprio nella stessa sentenza n. 105 del 2001 la Corte, adottando un approccio “sostanziale”, chiarisce che i diritti che non possono essere scalfiti neanche a fronte di esigenze connesse a valori di rango costituzionale, come il controllo delle frontiere, sono i diritti inviolabili che spettano “*ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*”. E’ la stessa Corte a far rientrare tra questi diritti, la libertà personale, ma il catalogo dei diritti attenenti ai singoli in quanto “*esseri umani*” potrebbe essere ben più ampio, come il diritto alla vita (C. cost, sent. n. 54 del 1979<sup>450</sup>), la libertà di manifestazione del pensiero (C. cost. 11 del 1998).

Ne discende, dunque, che tale nucleo minimo di diritti “propri della persona umana” deve essere garantito a tutti anche alle frontiere, indipendentemente dalla posizione giuridica regolare o irregolare dello straniero.

Ciò ovviamente non significa che il legislatore non possa adottare in ragione degli interessi pubblici sottesi al controllo dei confini strumenti limitativi delle libertà costituzionali.

Al fine di reagire agli ingressi illegali, il legislatore può infatti legittimamente introdurre strumenti limitativi dei diritti individuali degli stranieri, ma ciò deve avvenire nel rispetto delle garanzie sancite dalla Costituzione. Appare scontato evidenziare come, dunque, nel caso di provvedimenti limitativi della libertà personale – tra i quali rientrano il respingimento e il trattenimento – il legislatore deve attenersi al rispetto delle garanzie costituzionali della riserva di legge e della riserva di giurisdizione.

Una volta individuato il nucleo minimo che spetta a tutti, è opportuno evidenziare che non è escluso che – al di sopra di questo contenuto minimo – i medesimi diritti possano trovare una tutela differenziata proprio alla luce della diversa posizione giuridica degli stranieri alla frontiera.

Infatti, come ha affermato la Corte costituzionale “*pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali, vede regolati in modo diverso — anche a livello costituzionale (art. 10, terzo comma, Cost.) — l’ingresso e la permanenza degli*

---

<sup>449</sup> C. cost. sent. 10 aprile 2001, n. 105; Con nota di G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell’immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2001, pp. 1680 ss.; A. MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d’incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2014 pp. 17 ss.; D. PICCIONE, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2001, pp. 1697 ss.

<sup>450</sup> C. cost. sent. 21 giugno 1979, n. 54; con osservazioni di G. FLORIDIA, *L’adattamento del diritto interno alle convenzioni di estradizione. Limiti al sindacato della corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, pp. 1262 ss.

*stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. “migranti economici” (C. cost. sent. n. 5 del 2004<sup>451</sup>).*

Mentre per i primi “*il pericolo di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali preclude l’espulsione o il respingimento dello straniero (art. 19, comma 1, del D.lgs. n. 286 del 1998)*”, analoga efficacia “paralizzante” è negata, in linea di principio, alle esigenze che caratterizzano la seconda figura”.

Come si vedrà, nel terzo capitolo l’affermazione della Corte appare criticabile poiché il divieto di espulsione verso paesi in cui lo straniero può essere perseguitato dovrebbe essere garantito a tutti gli stranieri, indipendentemente dallo status dello straniero nel territorio.

Ciò che è opportuno rilevare in questa sede è che anche dalla giurisprudenza della Corte è possibile desumere il diverso statuto “costituzionale” dei richiedenti asilo e degli “irregolari” alla frontiera: mentre ai primi spetta esclusivamente la garanzia dei diritti inviolabili propri della persona umana; ai secondi deve essere garantito l’ingresso nel territorio dello Stato e, in nessun caso, questi ultimi possono essere allontanati.

## **5. Linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale e problematiche in relazione al sistema delle fonti**

Alla luce di quanto sin qui esposto, è possibile svolgere alcune riflessioni sulla normativa analizzata in rapporto ai principi costituzionali che vengono in rilievo alla frontiera.

In primo luogo, come visto, lo *ius migrandi* è configurato nel nostro ordinamento come libertà a “statuto costituzionale debole”, rimanendo nella piena discrezionalità degli Stati la scelta relativa all’ammissione degli stranieri nel proprio territorio. Lo *ius migrandi* ha, tuttavia, uno status differenziato per i richiedenti asilo, i quali hanno diritto di accesso alla frontiera; diritto che discenderebbe direttamente dall’art. 10, comma 3 Cost. Da questo punto di vista, la normativa in materia sembra caratterizzata da una “doppia natura” - “umanitaria” e “di controllo delle frontiere” – che nonostante ben si adatti alla gestione dei c.d. flussi misti in arrivo, non sempre si concilia pienamente con il contenuto minimo necessario del diritto d’asilo costituzionale. Come si vedrà meglio nel terzo capitolo, il complesso intreccio di normative volte, da un lato, a contrastare l’immigrazione irregolare e, d’altro lato, ad accogliere i richiedenti asilo rischiano di equiparare il trattamento di coloro che hanno un titolo di ingresso e coloro che invece ne sono sprovvisti.

---

<sup>451</sup> C. cost. 13 gennaio 2004, n. 5; per i titolari di protezione internazionale è invece necessario considerare che la Corte costituzionale nella sent. n. 11 del 1968 ha affermato che questi ultimi “*devono poter godere almeno in Italia di tutti quei fondamentali diritti democratici che non siano strettamente inerenti allo status civitatis*”

In secondo luogo, si deve ribadire che anche alle frontiere il “compito ineludibile dello Stato di presidiare le proprie frontiere” trova un limite: la garanzia del nucleo minimo dei diritti che spettano a tutti in quanto “persone umana”.

Ciò significa, come visto, che devono essere rispettate le garanzie che la Costituzione prevede a tutela dei diritti che di volta in volta vengono in rilievo. Da questo punto di vista, è necessario notare che alla frontiera sono messe in atto da parte dello Stato numerose misure spesso “coercitive”, come il trattenimento e il respingimento con accompagnamento alla frontiera, che incidendo sulla libertà personale dei migranti, devono sottostare alle garanzie di cui all’art. 13 Cost.

Diversi aspetti della regolamentazione delle frontiere, dunque, rientrano tra materie coperte da riserva di legge assoluta di cui all’art. 13 Cost., alla quale devono aggiungersi peraltro la riserva di legge rinforzata di cui all’art. 10, comma 2 Cost. e la riserva di legge assoluta di cui all’art. 10, comma 3 Cost., mai attuata.

Nonostante tali garanzie costituzionali, l’evoluzione normativa in materia mostra un forte utilizzo di fonti di rango secondario o atipiche adottate al fine di “tamponare” situazioni emergenziali.

Sembra trattarsi quasi di un difetto “originario” della disciplina dell’ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato, ereditato dall’ampiezza dei poteri forniti all’autorità di pubblica sicurezza durante il fascismo e rimasti in vigore anche dopo l’approvazione della Costituzione Repubblicana, pur in assenza di una legge di attuazione dell’art. 10, comma 2 Cost.

Già Vezio Crisafulli nel 1957 esprimeva il suo “grave disagio” nei confronti della legislazione sull’ingresso degli stranieri “*grettamente provinciale e nazionalistica ed nei confronti di una ancora “più impacciata” [...] prassi amministrativa, che una tale legislazione ha sempre interpretato in modo ottusamente restrittivo – ossia nel modo peggiore*”<sup>452</sup>. Anche la Corte costituzionale, investita della questione della presunta violazione della riserva di legge ad opera dell’ampiezza dei poteri assegnati all’amministrazione, seppur mal posta dal giudice *a quo*, affermava come fosse “logico” che il controllo degli stranieri alle frontiere spetti all’autorità di pubblica sicurezza (C. cost. sent. n. 244 del 1974).

Seppur “logico” e coerente con l’impianto di poteri che tradizionalmente sono assegnati al Ministero dell’Interno, tra i quali rientrano la tutela l’ordine pubblico e il controllo delle frontiere (art. 11 D.lgs. n. 286 del 1998), ciò dovrebbe sempre avvenire nel rispetto del principio di legalità e delle regole dello Stato di diritto.

Oltre ai già ampi poteri che la legge assegna all’amministrazione in materia, il susseguirsi di emergenze “migratorie”, sembra aver determinato il sorgere di nuovi “poteri” dell’amministrazione a contenuto paranormativo.

Come è stato osservato, infatti, di fronte ai crescenti flussi migratori verso l’Italia, “*l’Amministrazione non sembra essersi limitata a rispondere all’ “emergenza” mediante gli strumenti – seppur straordinari – previsti dalla legge, ma è divenuta lei*

---

<sup>452</sup> V. CRISAFULLI, *In tema di incolato*, *Foro Amministrativo*, 1957 I, 4, p. 10.

*stessa “creatrice” di diritto, assumendo un ruolo centrale nella regolamentazione e nella disciplina dell’immigrazione”*<sup>453</sup>.

Ciò è dimostrato da due vicende emblematiche, entrambe influenzate dagli sviluppi promossi in sede europea.

Il primo caso riguarda la “risposta” del Governo italiano alla scadenza del termine della c.d. Direttiva Rimpatri, atto giuridico vincolante per gli Stati membri. Il Governo, tuttavia, forse a causa di ragioni politiche centrali per il suo stesso programma di Governo, sceglie, invece di recepire la direttiva, di adottare una circolare rivolta alle questure, al fine di limitare l’applicazione dei principi stabiliti dalla stessa direttiva nei procedimenti di espulsione e di trattenimento. Il Ministero dell’Interno ha, dunque, tentato di arginare l’efficacia di un atto avente effetto diretto nell’ordinamento interno con una circolare, che generalmente è volta a orientare il comportamento “interno” dell’amministrazione, ma che in questo caso ha un vero e proprio effetto “paranormativo”. Per di più, in una materia come quella delle espulsioni caratterizzata da misure “coercitive” e quindi sottoposte alla riserva di legge assoluta di cui all’art. 13 Cost<sup>454</sup>.

Il secondo caso emblematico concerne l’istituzione degli *hotspot*, caratterizzato da un vero e proprio botta e risposta, fatto di fonti atipiche tra il Ministero dell’Interno e la Commissione europea, anche in questo caso in materie coperte da riserva di legge (art. 10 e art. 13 Cost.).

Il riferimento agli *hotspot* si ritrova per la prima volta in una comunicazione della Commissione europea, quindi una “fonte atipica”: l’Agenda europea per la migrazione del 2015. Così, il Ministero dell’Interno, per rispondere alle richieste della Commissione europea interviene con una serie di circolari, istituendo gli *hotspot* in totale assenza di una base normativa. Anche in questo caso, le fonti atipiche appena descritte, producendo l’effetto materiale dell’istituzione dei punti di crisi, sembrano avere contenuto paranormativo. Come è stato efficacemente osservato *“seppur le circolari del Ministero dell’Interno dovrebbero spiegare efficacia interna alla pubblica amministrazione, orientando il comportamento delle amministrazioni e stabilendo “regole di condotta di autorità inferiori nel disbrigo degli affari d’ufficio” , non si può non notare come, la circolare del Ministero dell’Interno che ha dato avvio all’approccio hotspot abbia di fatto prodotto effetti giuridici di rilievo esterno, istituendo un nuovo metodo e nuovi luoghi di accoglienza, estranei all’ordinamento e non previsti in alcun modo dalle fonti*

---

<sup>453</sup>M. D’AMICO, *L’amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2018.

<sup>454</sup> Gli esempi di come il fenomeno migratorio sia stato trattato secondo una logica emergenziale sono molteplici. Riporta l’esempio dell’emanazione della dichiarazione di emergenza durante la crisi in Nord-Africa nel 2011, F. BIONDI DAL MONTE, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell’Associazione Gruppo di Pisa*, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 229 ss.

*primarie*<sup>455</sup>. Come spesso è accaduto nel diritto dell'immigrazione, anche l'istituzione degli *hotspot* è stata codificata *ex post*, grazie all'adozione del c.d. Decreto Minniti-Orlando e al Regolamento sull'istituzione della guardia costiera europea.

Lo stesso schema, caratterizzato dall'adozione di circolari poi "codificate" in fonti di rango primario, è stato seguito, nuovamente in ragione di una presunta emergenza<sup>456</sup>, dal Governo attualmente in carica in riferimento alla limitazione della concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Infatti, la circolare del Ministero dell'Interno del 4 luglio 2018<sup>457</sup> invitava il Capo della Polizia, i Prefetti, i Questori, i Presidenti delle Commissioni territoriali a interpretare in modo rigoroso "le cause di vulnerabilità degne di tutela", richieste per il rilascio del permesso di soggiorno di cui all'art. 5, comma 6 D.lgs. 286 del 1998, le quali "non possono essere riconducibili a mere e generiche condizioni di difficoltà".

La circolare, dunque, aveva lo scopo di limitare l'ambito di applicazione di una fonte di rango primario, fornendo direttive paranormative ai soggetti competenti al rilascio del permesso di soggiorno predetto, che per di più, per costante giurisprudenza trovava fondamento diretto nell'art. 10, comma 3 Cost.

La limitazione della protezione umanitaria è stata sancita poi, come visto, dal D.l. n. 113 del 2008 che ha introdotto le ipotesi, notevolmente più restrittive, del permesso di soggiorno per motivi speciali, inducendo il Presidente della Repubblica in sede di emanazione dello stesso decreto legge ad avvertire che restano "*fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato*", *pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia*".

Infine, non si può non riflettere, seppur brevemente, sui più recenti sviluppi avvenuti alle frontiere, riguardanti il divieto di ingresso e sbarco nei porti italiani. Ci si riferisce alla vicenda avvenuta a fine agosto 2018, quando è stato impedito alla nave della Guardia costiera Diciotti, attraccata nel porto di Catania, di sbarcare i migranti a bordo, nonché al divieto di ingresso in porto della nave dell'Ong *Aquarius*, avvenuto il 10 giugno 2018

A differenza dei casi sin qui descritti, tanto nel caso del divieto di sbarco di migranti dalla nave Diciotti, tanto nel divieto di ingresso in porto della nave della ONG *Acquarius* non è stato adottato alcun atto normativo, né di rango primario, né di rango secondario.

---

<sup>455</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2018.

<sup>456</sup> Sulle risposte all'emergenza nel diritto dell'immigrazione e i suoi profili problematici S. PENASA, *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015, pp. 141 ss.

<sup>457</sup> Ministero dell'Interno, circolare del 4 luglio 2018, "Il riconoscimento della protezione internazionale e la tutela umanitaria".

Nonostante l'art. 83 del Codice della navigazione assegni al Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture *“la facoltà di limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione”*, le indicazioni di divieto di ingresso e sbarco nei porti non sono avvenute con “decreto”, ma mediante “ordini” del Ministero dell'Interno, pubblicati con prontezza sui social network con l'*hashtag* #Chiudiamoporti”.

Se è pur vero che tali azioni potrebbero inserirsi nel quadro dei poteri del Ministero dell'Interno, che ai sensi dell'art. 11 del D.lgs. n. 286 del 1998 coordina le operazioni di controllo delle frontiere, la totale assenza di atti normativi sembrerebbe evidenziare nuovamente tutta la problematicità dell'ampiezza di discrezionalità dell'autorità di pubblica sicurezza in materia di ingressi nel territorio dello Stato.

Inoltre, le vicende appena descritte mettono in luce ancora una volta la debolezza del sistema di controllo integrato delle frontiere esterne dell'Unione europea, che se da un lato ha determinato l'introduzione – peraltro criticabile – di strumenti di “sovranità condivisa” come gli *hotspot*, d'altro lato, ha aperto la strada al “risveglio” delle sovranità statali nel presidio delle proprie frontiere. E' lo stesso “contratto di Governo”, concordato all'insediarsi della XVIII legislatura, a evidenziare che il “fallimento dell'attuale sistema di gestione dei flussi migratori e del Regolamento Dublino III”, impongono di *“puntare alla riduzione della pressione dei flussi sulle frontiere esterne”* limitando *“l'approdo delle navi utilizzate per le operazioni nei nostri porti nazionali senza alcuna responsabilità condivisa dagli altri stati europei”*<sup>458</sup>.

In conclusione, sembra possibile affermare che la discutibile modalità di affrontare il tema dell'immigrazione come “perenne emergenza” si sia *“tradotta, a discapito dei principi di legalità e di certezza del diritto, in uno stravolgimento del sistema delle fonti, dimostrato dal superamento dell'utilizzo dei tradizionali strumenti normativi in favore di un utilizzo massiccio di fonti di rango secondario e/o atipiche, nonché nel pregiudizio delle garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, proprie dello Stato di diritto”*<sup>459</sup>. Ciò, ovviamente influisce come si vedrà nel capitolo che segue sulla tutela dei diritti dei migranti alle frontiere dello Stato.

---

<sup>458</sup> Sulle voci del “Contratto di Governo” in materia di immigrazione P. BONETTI, *Un cambiamento effettivo nella regolazione dell'immigrazione in Italia?* Fasc 2/2018.

<sup>459</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2018.



## CAPITOLO III

### I DIRITTI ALLA FRONTIERA

*Sommario:* 1. In viaggio verso la frontiera: quale garanzia per il diritto alla vita? - 2. Lo *ius migrandi* al confine marino e il divieto di sbarco in porto. - 3. *Hotspots*: metodo o luogo?- 4. *Hotspots* come “luoghi”: misure limitative della libertà personale o della libertà di circolazione? - 4.1. *Conseguenze e problematiche relative all’applicabilità delle garanzie di cui all’art. 13 Cost.* - 4.2. *Hotspots quali luoghi di trattenimento? Le novità introdotte da D.l. n. 113 del 2018* - 5. *Hotspots* come “metodo”: problematiche costituzionali. 5.1. *Le procedure di identificazione, l’uso della forza e il trattenimento ai fini identificativi.* - 5.2. *La nebulosa strada verso la presentazione della domanda di protezione internazionale: “spartiacque” tra “irregolari” e “regolari”.* - 6. Le conseguenze dell’attraversamento irregolare della frontiera. Problematiche relative al respingimento c.d. differito. - 7. Le conseguenze della presentazione o della mancata presentazione della domanda di protezione internazionale: il trattenimento amministrativo alla frontiera. 8. Il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale: un procedimento ragionevole?. Le novità introdotte da D.l. n. 13 del 2017 - 9. Problematiche in relazione al sistema di accoglienza: quale possibile integrazione per i richiedenti protezione internazionale? – Le forme di protezione internazionale e l’art. 10, comma 3 Cost.: *focus* sulla protezione umanitaria o per “protezione speciale”. 11. Il “paradosso” del diritto costituzionale d’asilo alla frontiera.

#### **1. In viaggio verso la frontiera: quale garanzia per il diritto alla vita?**

Al fine di raggiungere i confini europei, i migranti compiono viaggi impervi, attraversando prevalentemente il tratto di mare più pericoloso del Mediterraneo, ovvero il Canale di Sicilia, che collega le coste libiche a quelle italiane.

Molto spesso i migranti viaggiano su imbarcazioni “di fortuna” poco sicure e in mano ai trafficanti di esseri umani. Ormai quotidianamente i media nazionali ed europei riportano notizie di naufragi e di soccorsi in mare. Si pensi che, secondo un rapporto della Guardia costiera relativo al 2017, le operazioni di soccorso, c.d. SAR,

solo nel mese di aprile dello stesso anno hanno comportato il salvataggio di oltre 9.000 migranti, in 27 diverse operazioni<sup>460</sup>.

DATA	EVENTI SAR SIMULTANEI	PERSONE SOCCORSE	
19 MARZO	22	3.171	<b>5.498</b> PERSONE SOCCORSE IN <b>41</b> OPERAZIONI SAR
20 MARZO	19	2.327	
14 APRILE	19	2.093	<b>9.262</b> PERSONE SOCCORSE IN <b>73</b> OPERAZIONI SAR
15 APRILE	34	4.817	
16 APRILE	20	2.352	
05 MAGGIO	28	3.351	<b>6.930</b> PERSONE SOCCORSE IN <b>60</b> OPERAZIONI SAR
06 MAGGIO	32	3.579	
18 MAGGIO	21	2.197	<b>4.320</b> PERSONE SOCCORSE IN <b>38</b> OPERAZIONI SAR
19 MAGGIO	17	2.123	

Fonte: dati relativi al 2017 del Rapporto del Comando generale del corpo delle Capitanerie di porto – guardia costiera Centro Nazionale di Coordinamento del soccorso in mare (*Maritime Rescue Coordination Centre Roma*).

Tuttavia, nonostante gli ottimi risultati delle operazioni di ricerca e salvataggio, i dati relativi alle morti in mare, che si analizzeranno meglio nel IV capitolo, rimangono drammaticamente alti: 14.000 morti nel Mediterraneo dal 2014 al 2017<sup>461</sup>.

Alla luce della situazione di fatto appena descritta, si ritiene opportuno ragionare in via prioritaria sul primo principio costituzionale che sembra venire in rilievo: il diritto alla vita, che – come noto – secondo la Corte costituzionale trova, tanto per i cittadini che per gli stranieri, “garanzia assoluta”, rientrando tra i diritti inviolabili della persona di cui all’art. 2 Cost (C. cost. sent. n. 54 del 1979) e caratterizzando

<sup>460</sup> Rapporto del Comando generale del corpo delle Capitanerie di porto – guardia costiera Centro Nazionale di Coordinamento del soccorso in mare (*Maritime Rescue Coordination Centre Roma*), Attività SAR nel Mediterraneo centrale, 2017. Le operazioni di salvataggio avvengono nell’ambito dell’operazione di *Frontex Themis*, che ha sostituito la precedente operazione *Triton*. Come visto nel primo capitolo, queste operazioni non hanno carattere umanitario (a differenza dell’operazione del Governo italiano Mare Nostrum), ma sono volte principalmente al controllo delle frontiere. Per tale ragione, molte ONG hanno cominciato, a partire dal 2014, a presidiare il Canale di Sicilia con lo scopo di salvare vite in mare. Ciò non è stato esente da critiche e ha portato il Governo Italiano a stilare un “Codice di condotta per le ONG impegnate nelle operazioni di salvataggio dei migranti in mare”, atto non vincolante, il cui testo è disponibile al [http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice\\_condotta\\_ong.pdf](http://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/codice_condotta_ong.pdf). Sul tema I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2017.

<sup>461</sup> Si veda il rapporto dell’Organizzazione internazionale per le migrazioni *Central Mediterranean route: migrants fatalities*, <https://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/c-med-fatalities-briefing-july-2017.pdf>, 2017.

*“l’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione”* (C. cost. sent. n. 1146 del 1988).

Tuttavia, è evidente che nel caso in esame, l’analisi debba essere ulteriormente approfondita. Infatti, la situazione dei migranti che attraversano il mar Mediterraneo, dove la sovranità statale è esercitata a pieno titolo solo all’interno delle acque territoriali, non può che indurre a riflettere sulle garanzie accordate ai diritti inviolabili ed, in particolare, al diritto alla vita, oltre il confine dello Stato.

Il tema che si pone, dunque, attiene nuovamente al rapporto tra l’universalismo dei diritti umani e le frontiere dello Stato, che spesso rappresentano il limite entro il quale i diritti sono effettivamente garantiti.

Eppure, il diritto alla vita dovrebbe essere il primo tra quei diritti che spettano *“ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”* (C. cost. sent. n. 105 del 2001), il cui riconoscimento dovrebbe essere slegato, non solo dall’idea di cittadinanza, ma anche dalle garanzie apportate a tale diritto nel territorio del singolo Stato.

Di ciò sembravano consci anche i Costituenti che sottolineavano come i diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost., tra i quali rientra il diritto alla vita, avrebbero dovuto identificarsi con i diritti propri della *“libertà interiore”* di ciascun essere umano *“che non ci può essere data e tolta da nessun governo, (ma è) massimo dono che l’uomo possa fare a se stesso attraverso una lunga e spesso travagliata esperienza, approdo supremo del proprio personale destino, che non può essere regolata né minacciata dalla legge”*<sup>462</sup>.

Ancora, *“i diritti fondamentali dell’uomo”* avrebbero dovuto essere *“proclamati come diritti originari della persona umana, non conferiti dallo Stato, indipendenti dal diritto dello Stato, indipendenti dallo Stato come fonte di diritto”*, coerentemente con le *“vecchie dichiarazioni dei diritti”*<sup>463</sup>.

I Costituenti intendevano consacrare nella Carta, la principale conquista avvenuta con le *“vecchie dichiarazioni dei diritti”*<sup>464</sup> che ambivano a sancire i diritti dell’individuo, a livello universale, ed indipendentemente dalla loro garanzia territoriale in ogni singolo Stato.

In effetti, anche le Dichiarazioni universali del dopo guerra riconoscono e tutelano il diritto alla vita, quale diritto *“inerente alla persona umana”* (art. 5, Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; cfr. inoltre, art. 3 Dichiarazione dei diritti dell’Uomo del 1948).

Inoltre, a livello convenzionale il diritto alla vita trova piena garanzia all’art. 2 della Convenzione europea dei Diritti dell’uomo, sostanziandosi in un *“obbligo positivo*

---

<sup>462</sup> On. Marchesi, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 17 marzo 1947.

<sup>463</sup> On. Benvenuti, I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, 11 settembre 1946.

<sup>464</sup> *Ibidem*.

*per lo Stato di intraprendere tutte le misure adeguate a salvaguardare la vita delle persone, coerentemente con l'art. 2 CEDU<sup>465</sup>”.*

E' noto come, secondo alcune teorie, attinenti al campo della filosofia del diritto, i principi sanciti dalle Dichiarazioni dei diritti umani non si traducano in veri e propri “diritti”, poiché sprovvisti di effettivi rimedi giuridici, i quali possono essere fatti valere solo all'interno dei confini statali<sup>466</sup>.

Tuttavia, sembra di potersi ritenere che la tutela accordata a livello universale al diritto alla vita, possa rappresentare un utile spunto di riflessione per confutare la tesi appena riportata.

Infatti, il diritto alla vita parrebbe trovare precisi strumenti di garanzia nelle Convenzioni di diritto internazionale del mare, i cui principi come si vedrà sembrano essere stati estesi anche “oltre i confini” dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

In primo luogo, il diritto alla vita è tutelato anche “in alto mare”, ovvero al di fuori dell'area di giurisdizione degli Stati, mediante il principio generale di salvaguardia della vita in mare, nonché l'obbligo di portare soccorso mare, ritenuto ormai di natura consuetudinaria<sup>467</sup>.

Senza pretesa di completezza, è opportuno segnalare che tali obblighi sono codificati in numerose convenzioni di diritto internazionale del mare: la Convenzione di Montego Bay, c.d. UNCLOS (art. 98), la Convenzione *for safety of life at Sea*, c.d. SOLAS del 1974 e, infine, la Convenzione di Amburgo, c.d. SAR del 1979, volta ad istituire un sistema internazionale di cooperazione per le operazioni di salvataggio in mare.

In secondo luogo, il diritto alla vita sembra trovare tutela “extraterritoriale” anche nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, la Corte europea ha sviluppato negli anni un'importante filone giurisprudenziale volto ad estendere le garanzie dei diritti sanciti dalla Convenzione, anche in mare<sup>468</sup>.

E' noto, infatti, come, ai sensi dell'art. 1 di tale Convenzione, i diritti convenzionali sono riconosciuti dagli Stati contraenti ad ogni persona “sottoposta alla loro giurisdizione”. Tale concezione di giurisdizione è sempre stata interpretata dalla Corte europea in senso “territoriale”, limitandosi dunque a fatti avvenuti entro i confini degli Stati contraenti<sup>469</sup>.

---

<sup>465</sup> Corte EDU (Prima sezione), *Case of Vilnes and others v. Norway*, (Applications nos. 52806/09 and 22703/10), del 5 dicembre 2013.

<sup>466</sup> Si rinvia alle riflessioni effettuate nel primo capitolo; cfr. su tutti H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1996, p. 150.

<sup>467</sup> Sul percorso che ha portato all'affermazione nel diritto internazionale consuetudinario dell'obbligo di soccorso in mare S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 53 ss.

<sup>468</sup> Cfr. per un'analisi della giurisdizione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo legata alle operazioni di recupero e salvataggio in mare cfr. S. TREVISANUT, *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL*, 2014, p. 4.

<sup>469</sup> Sulla giurisprudenza della Corte europea in materia di giurisdizione I. PAPANICOLOPULU, *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in T.

Tuttavia, la Corte ha sviluppato un importante filone giurisprudenziale in cui ha affermato la possibilità di “*esercizio extraterritoriale della giurisdizione da parte dello Stato*”, la quale deve essere “*valutata con riferimento ai fatti particolari della causa, ad esempio in caso di controllo assoluto ed esclusivo (...) su una nave*”<sup>470</sup>

Ed è interessante notare come tali “*fatti particolari della causa*” siano stati riscontrati dalla Corte, proprio nel caso “*Hirsi Jamaa e altri c. Italia*”<sup>471</sup> del 2012, il quale non solo ha comportato la condanna dell’Italia per i respingimenti in mare compiuti verso la Libia a danni di alcuni cittadini somali, ma sembra allo stesso tempo accordare una garanzia “*extraterritoriale*” ai principi convenzionali del principio di non respingimento e di espulsione collettive.

Sembra, dunque, pacifico anche in dottrina che la Corte EDU nella predetta pronuncia accordi tutela extra-territoriale al divieto di espulsioni collettive<sup>472</sup>. In questa sede, invece, si vuole comprendere se, dalle argomentazioni della Corte nel caso *Hirsi*, possa desumersi la garanzia extraterritoriale del diritto alla vita, di cui all’art. 2 CEDU.

In effetti, come è stato osservato, la Corte, in tale caso, “*parrebbe aver messo in secondo piano le questioni legate alla territorialità*” proprio “*quando siano in gioco garanzie dello straniero fondamentali per la tutela della sua incolumità*”<sup>473</sup>.

Infatti, la stessa Corte rigettando la posizione del Governo secondo la quale “*l’obbligo di salvare la vita umana in alto mare come prescritto dalla Convenzione di Montego Bay, non comporta di per sé la creazione di un legame tra lo Stato e le persone interessate suscettibile di stabilire la giurisdizione di questo*”, afferma che “*l’Italia non può sottrarsi alla sua «giurisdizione» ai sensi della Convenzione definendo i fatti controversi un’operazione di salvataggio in alto mare*”.

In particolare, la Corte precisa che “*non può condividere l’argomentazione del Governo secondo la quale l’Italia non sarebbe responsabile della sorte dei ricorrenti in considerazione del preteso ridotto livello del controllo che le sue autorità esercitavano sugli interessati al momento dei fatti*”.

Nonostante la Corte non faccia esplicito riferimento al diritto alla vita, sembra che confermi, coerentemente peraltro con quanto già previsto dalle Convenzioni di diritto internazionale, l’obbligo degli Stati di salvaguardare il diritto alla vita a prescindere dal luogo – entro o fuori i propri confini – dove si sono svolti i fatti, essendo sufficiente che lo Stato abbia, in base alle circostanze speciali del caso di specie, “*una possibilità di controllo sulla nave*”.

---

SCOVAZZI – I. PAPANICOLOPULU – S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Torino, pp. 83 ss.

<sup>470</sup> Cfr. *Ex multis*, Corte EDU (Grande Chamber), *Case of Al-Skeini ed altri c. Regno Unito*, Appl. n. 55721/07, del 7 luglio 2011.

<sup>471</sup> Corte Edu, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (Appl n. 27765/09), 23 febbraio 2012.

<sup>472</sup> Tra i tanti cfr. F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell’immigrazione irregolare*, cit., p. 258.

<sup>473</sup> *Ibidem*.

Infine, è importante ricordare che l'obbligo di salvaguardia del diritto alla vita in mare non si esaurisce con le mere operazioni di salvataggio, ma che tali operazioni si intendono portate a termine nel momento in cui i naufraghi sono portati in “*a place of safety*”, come sarà approfondito nel paragrafo che segue.

## **2. Lo *ius migrandi* al confine marino e il divieto di sbarco in porto**

L'obbligo di salvaguardare la vita in mare, come appena visto, non si esaurisce nelle operazioni di salvataggio. Dagli artt. 4.1.1 della Convenzione SOLAS e l'art. 3.1.9 della Convenzione SAR, come modificati nel 2006, si desume, infatti, che le operazioni di salvataggio in mare si ritengono ultimate nel momento in cui i naufraghi sono trasportati in un “*place of safety*”<sup>474</sup>.

Tuttavia, è bene precisare che nel caso in cui le persone tratte in salvo siano migranti, si pone il problema di come conciliare l'obbligo di trasporto in “*a place of safety*” con la discrezionalità degli Stati di non ammettere gli stranieri alla frontiera.

Tale principio è specificato ulteriormente dal diritto internazionale del mare<sup>475</sup>, che all'art. 25 della Convenzione della Nazioni Unite sul Diritto del Mare consente agli Stati di impedire nelle proprie acque territoriali il passaggio delle navi “*che non sia inoffensivo*”, ed è ritenuto tale il passaggio in violazione delle norme in materia di immigrazione. Sul punto, la dottrina è unanime nel ritenere che nel diritto internazionale non sia configurabile un diritto soggettivo di ingresso al porto<sup>476</sup>.

Anche le norme di diritto internazionale del mare, sembrano sancire lo *ius migrandi*, quale libertà a “*statuto debole*”, essendo rimessa alla sovranità degli Stati la decisione riguardo al permesso o al diniego di ingresso in porto di imbarcazioni trasportanti stranieri.

In questo contesto, dunque, si potrebbe collocare l'iniziativa del Governo italiano, il quale a giugno 2018 ha vietato l'ingresso in un porto siciliano dell'imbarcazione della ONG *Acquarius*, trasportante oltre seicento migranti. Dopo il diniego di ingresso in porto da parte dello Stato italiano, la nave *Acquarius* è stata invece ammessa in un porto spagnolo, consentendo dunque ai naufraghi di essere condotti in un paese, considerato “*place of safety*”.

Tuttavia, occorre evidenziare che il potere discrezionale dello Stato di vietare l'ingresso al porto, non dovrebbe porsi in contrasto con altri obblighi internazionali, tra i quali rientrano certamente quelli a tutela dei richiedenti protezione internazionale<sup>477</sup>.

---

<sup>474</sup> Sul tema cfr. L. BUSCEMA, *The hard research of a “safe place”*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2018.

<sup>475</sup> Per un approfondimento sulle norme di diritto internazionale del mare cfr. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene Editore, Napoli, 2012, p. 63 ss.

<sup>476</sup> L'unico limite che il diritto internazionale del mare pone a tale principio è l'obbligo consuetudinario di presentare assistenza ad un'imbarcazione trasportante persone in difficoltà, previsto all' art. 98 della Convenzione della Nazioni Unite sul diritto del Mare.

<sup>477</sup> cfr. in questo senso su tutti S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 65.

Per tale ragione, senza entrare ulteriormente nel dettaglio delle regole di diritto del mare appena menzionate, è opportuno ragionare sul rapporto tra il potere sovrano dello Stato a negare l'accesso al porto e, in primo luogo, l'art. 10, comma 3 della Costituzione; in secondo luogo, sul rapporto tra il medesimo potere e i principi di non respingimento sanciti dall'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra, il divieto di allontanamento verso paesi in cui gli stranieri potrebbero subire trattamenti disumani o degradanti che, come si vedrà, trova fondamento nell'art. 3 CEDU e il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 prot. 4 CEDU.

In primo, luogo come più volte ribadito, il contenuto minimo del diritto d'asilo costituzionale è rappresentato dal diritto di ingresso dello straniero ai fini della presentazione della domanda di protezione. Il divieto di sbarco esercitato dallo Stato, ove non si accerti in alcun modo se le persone presenti sull'imbarcazione abbiano intenzione di presentare domanda di protezione internazionale, parrebbe violare il contenuto minimo del diritto tutelato dall'art. 10, comma 3 Cost.

In secondo luogo, il divieto di ingresso al porto di navi trasportanti migranti, in una situazione di potenziale pericolo, in relazione ai quali non è stata in alcun modo indagata la volontà di richiedere protezione internazionale si pone in difficile equilibrio con il principio di non respingimento, come sancito dall'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra, il quale stabilisce che *“nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche”*<sup>478</sup>.

E' bene precisare che, come si desume dall'art. 31 della Convenzione di Ginevra, l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato del potenziale richiedente asilo non incide sul principio di non respingimento, il quale non ammette eccezioni.

Inoltre, dal principio di non respingimento non si ricava esclusivamente che il richiedente asilo non possa essere respinto verso il paese di origine, ma, in primo luogo, tale divieto vale nei confronti di qualsiasi paese in cui sussista un rischio per la vita e per l'incolumità della persona, o ancora in cui sussista il rischio per il richiedente protezione di essere, ancora una volta, allontanato in paesi non sicuri per la vita e per l'incolumità.

In secondo luogo, il fatto che il testo dell'art. 33 par. 1 della Convenzione faccia riferimento a “territori” e non solo a Stati, lascia desumere che i migranti non possano essere respinti in luoghi ove sussistano minacce per l'incolumità, come l'alto mare.

Come è stato osservato il divieto di respingimento rappresenta, da un lato *“il nocciolo umanitario della Convenzione di Ginevra e, d'altro lato, fa parte del più*

---

<sup>478</sup> Su tale principio cfr. J. ALLAN, *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.

*generale divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti affermato in materia di diritti dell'uomo*<sup>479</sup>”.

In terzo luogo, il divieto di sbarco di navi trasportanti migranti senza che abbiano in alcun modo avuto la possibilità di esprimere la volontà di presentazione della domanda di protezione internazionale, risulta problematico in relazione ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, come consacrati dalla giurisprudenza della Corte EDU, quali il principio di non respingimento e il divieto di espulsioni collettive, di cui all'art. 4 del protocollo n.4 CEDU.

Rispetto al divieto di respingimento, è bene precisare che esso non trova un esplicito riconoscimento nella Convenzione, non rientrando il diritto d'asilo fra i diritti convenzionali.

Tuttavia, una copiosa giurisprudenza della Corte europea ricollega il divieto di respingimento o allontanamento (degli stranieri in generale e non dei soli richiedenti protezione) all'art. 3 CEDU, nei casi in cui *“esistano motivi seri ed accertati per ritenere che l'interessato, se espulso verso il paese di destinazione, vi correrà il rischio reale di essere sottoposto ad un trattamento contrario all'articolo 3. In questo caso, l'articolo 3 implica l'obbligo di non espellere la persona in questione verso quel paese”*.

Rispetto al divieto di espulsioni collettive, invece, la Corte ritiene che esso si configuri quando uno Stato non abbia esaminato *“le circostanze del caso di specie e verificato se le decisioni di allontanamento avessero preso in considerazione la situazione particolare degli individui interessati”*.

Il divieto di sbarco rischia di determinare il ripetersi di quanto avvenuto nel caso *Hirsi*, nel quale la Corte europea ha considerato *“l'assenza di qualsiasi forma di esame della situazione individuale di ciascun ricorrente”*, una violazione del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 prot. 4 CEDU.

Da una lettura congiunta delle norme costituzionali e convenzionali è possibile desumere, dunque, una serie di principi che devono essere presi in considerazione nel caso in cui lo Stato intenda negare l'accesso al porto ad una nave trasportante migranti.

In primo luogo, ove si tratti di un'imbarcazione trasportante richiedenti asilo lo Stato deve rispettare il divieto di respingimento di cui all'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra e garantire il contenuto minimo necessario del diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost., che consiste nel diritto di ingresso ai fini della presentazione della domanda di protezione.

In secondo luogo, ove lo Stato ritenga che si tratti di un'imbarcazione trasportante stranieri irregolari può esercitare il suo potere sovrano di negare l'ingresso al porto avendo, tuttavia, la certezza che gli stranieri, seppur irregolari, non vengano respinti

---

<sup>479</sup> E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHM, *The scope and the content of the principle of non refoulement*, in FELLER E. - TURK V. - NICHOLSON F., (a cura di), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003.



verso paesi in cui rischiano di subire trattamenti disumani e degradanti, in violazione dell'art. 3 CEDU. Inoltre, prima di vietare l'ingresso al porto, lo Stato dovrebbe effettuare un esame individuale delle domande, coerentemente con quanto previsto dal divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 3 CEDU.

E' necessario considerare che le imbarcazioni che si dirigono verso i porti italiani trasportano prevalentemente sia potenziali richiedenti asilo, sia potenziali irregolari. Di conseguenza, lo Stato nel decidere se ammettere o meno un'imbarcazione al porto, dovrà rispettare tutti i principi appena menzionati.

Infine, si ritiene utile sottolineare che l'art. 10, comma 3 della Costituzione sembra prevedere una garanzia aggiuntiva, rispetto alle norme convenzionali ed internazionali citate. Il principio di non respingimento, infatti, si limita a vietare il respingimento verso paesi in cui non siano garantite le tutele della Convenzione di Ginevra, consentendo, apparentemente, allo Stato costiero di vietare l'ingresso al porto se la nave trasportante i migranti può essere condotta in altro posto "sicuro". Ciò è quello che sembra essere accaduto nel caso della nave *Aquarius*, accolta poi dalla Spagna, paese che, essendo parte della Convenzione di Ginevra e membro del Sistema comune europeo di asilo, assicura il medesimo livello di tutela.

Da questo punto di vista è bene precisare che l'art. 10, comma 3 Cost. impone, invece, quale contenuto minimo richiesto l'ingresso nel territorio della Repubblica. Negare l'accesso, anche se i migranti possono essere "dirottati" verso un posto sicuro, si pone in difficile equilibrio con la norma costituzionale.

### **3. Hotspots: metodo o luogo?**

Dal momento dello sbarco, i migranti sono sottoposti a tutta una serie di procedure che, oltre a quelle di soccorso e assistenza, sono prevalentemente volte a definire la loro posizione giuridica alla frontiera, quali "irregolari" o richiedenti protezione internazionale.

Tali procedure, che rientrano nel c.d. "*approccio hotspot*", sono state definite, come visto, da una serie di comunicazioni della Commissione europea e circolari del Ministero dell'Interno, e recepite solo in un secondo momento da fonti di rango primario (art. 10 ter del D.lgs. n. 286 del 1998; dal Regolamento sulla guardia costiera europea UE n. 2016/1624)<sup>480</sup>.

Nessuna di queste, tuttavia, definisce compiutamente cosa siano gli *hotspots* ed, in particolare, non è chiaro se gli *hotspots* debbano intendersi quali "luoghi fisici" di accoglienza, oppure configurino un mero "metodo" per rendere maggiormente

---

<sup>480</sup> Ci si riferisce anzitutto alla già citata Agenda europea per la migrazione, Commissione europea, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final; per quanto attiene le circolari del Ministero dell'Interno cfr. Ministero dell'Interno, Road Map, 28 settembre 2015; Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015; Ministero dell'Interno, circolare rivolta ai prefetti e alle forze di polizia del 10 ottobre 2015.

efficiente la gestione dei migranti in arrivo, nonché le procedure di definizione della domanda di protezione internazionale<sup>481</sup>.

Il primo riferimento agli *hotspots* è comparso, come noto, nell'Agenda europea per la migrazione del 2015<sup>482</sup>, comunicazione adottata dalla Commissione “*al fine di rispondere all'esigenza di agire rapidamente e con determinazione di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo*”.

Tra le varie azioni previste, la Commissione annuncia che “*gli Stati membri sottoposti a una pressione migratoria particolare beneficeranno del sistema dei punti di crisi*”; sistema che l'Agenda europea si limita a definire come “*un nuovo metodo basato sui «punti di crisi» (hotspot)*”, dove “*l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo (EASO), Frontex ed Europol lavoreranno con gli Stati membri in prima linea per condurre con rapidità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo [...]*”<sup>483</sup>.

Nonostante l'Agenda europea fornisca una definizione tutt'altro che dettagliata, da quanto appena esposto sembra potersi desumere che gli *hotspots* rientrino tra quelle misure volte a rendere maggiormente efficiente il controllo integrato – condiviso, cioè, tra le autorità Statali e le Agenzie europee – delle frontiere esterne “*sottoposte ad una forte pressione migratoria*”, mediante l'introduzione, appunto, di un nuovo metodo “*di razionalizzazione della prima accoglienza, nonché delle procedure di richiesta di protezione internazionale, da un lato, e di rimpatrio, dall'altro*”<sup>484</sup>.

A livello interno, il Ministero dell'Interno ha adottato una serie di circolari al fine di dare avvio al “nuovo metodo” voluto dalla Commissione europea.

Come è stato osservato, tuttavia, la prima circolare del Ministero dell'Interno che fa riferimento agli *hotspots* “*sembra andare oltre le richieste della Commissione europea, definendo gli hotspots non solo come mero “metodo” di accoglienza, ma come luoghi fisici “chiusi”, ove “sono disponibili strutture di prima accoglienza (...) per effettuare le attività di pre-identificazione, registrazione, foto-segnalamento e rilievi dattiloscopici*”<sup>485</sup>.

Iniziava, dunque, a profilarsi a livello interno e per mano di circolari ministeriali la “doppia natura” degli *hotspots*, da intendersi tanto quale “luoghi” di prima

---

<sup>481</sup> Segnala la vaghezza della definizione contenuta nell'Agenda europea per la migrazione M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, cit.

<sup>482</sup> cfr. ancora Commissione europea, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione.

<sup>483</sup> *Ibidem*.

<sup>484</sup> Le procedure di attuazione dell'Agenda europea sono state precisate con due documenti successivi: le Conclusioni del Consiglio europeo del 16 giugno 2016 e la Comunicazione della Commissione europea del 23 settembre 2015 “Gestire la crisi dei rifugiati: misure operative, finanziarie e giuridiche immediate nel quadro dell'agenda europea sulla migrazione”, Bruxelles, 23.9.2015, COM (2015), 490 final. Si segnala inoltre, da ultimo, il “Piano d'azione della commissione europea sulle misure a sostegno dell'Italia e per ridurre la pressione sulla rotta del mediterraneo centrale e aumentare la solidarietà”, 4 luglio 2017, SEC(2017) 339.

<sup>485</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, cit.

accoglienza, tanto quale “metodo” di razionalizzazione delle attività identificazione, nonché le procedure di avvio delle domande di asilo.

Tale “doppia natura” si evince anche dalle circolari successive del Ministero dell’Interno.

Da questo punto di vista, viene in particolare in rilievo la circolare del Ministero dell’Interno contenente le “Procedure operative *standard*”<sup>486</sup> del settembre del 2015, in cui si legge “*l’hotspot può essere inteso in due diverse accezioni*”.

Da un lato, la circolare precisa che “*strutturalmente, si tratta di un’area designata, normalmente (ma non necessariamente) in prossimità di un luogo di sbarco, nella quale, nel più breve tempo possibile e compatibilmente con il quadro normativo italiano (...), le persone vengono pre-identificate (...) ricevono informazioni accurate sulla procedura di protezione internazionale e (...) avviate, nel caso abbiano richiesto protezione internazionale, alle procedure per l’attribuzione di tale status, comprese quelle di ricollocazione per gli aventi titolo che ne abbiano fatto richiesta, altrimenti verso le procedure di espulsione*”.

D’altro lato, “*dal punto di vista organizzativo, l’hotspot rappresenta un metodo di lavoro in team, all’interno del quale le autorità italiane, ovvero il personale delle Forze di Polizia, il personale sanitario e le organizzazioni internazionali e non governative lavorano a stretto contatto ed in piena cooperazione con i team europei di supporto, composti da personale incaricato da Frontex, Europol, EASO (Ufficio europeo di supporto per l’Asilo), al fine di assicurare una gestione procedimentalizzata delle attività, standardizzata e pienamente efficiente*”<sup>487</sup>.

A tal fine, la stessa circolare fissa una vera e propria sequenza operativa che deve essere messa in atto dal personale delle strutture e che comprende attività di: I) Operazioni SAR di salvataggio ed operazioni di sbarco; II) Screening sanitario e tempestiva identificazione delle vulnerabilità; III) Trasporto nelle sedi hotspot, (...) consegna delle informative cartacee sulle modalità con le quali le persone in ingresso possono manifestare la volontà di chiedere protezione internazionale; IV) Pre-identificazione; V) Accoglienza nelle strutture ricettive dell’hotspot e visite mediche (tenendo conto degli esiti del triage medico effettuato presso il luogo di sbarco); VI) Somministrazione di informative strutturate sul funzionamento delle procedure di richiesta della protezione internazionale e della procedura di ricollocazione; VII) De-briefing da parte di Frontex (attività effettuata in diverse fasi procedurali); VIII)- Uscita dall’hotspot, e quindi avvio alla seconda accoglienza o alle procedure di rimpatri<sup>488</sup>.

E’ evidente, quindi, che l’hotspot può essere definito tanto quale “metodo” tanto quale “luogo” o, più precisamente parrebbe trattarsi di un luogo, ove vengono svolte

---

<sup>486</sup> Ministero dell’Interno, Procedure operative *standard* del Dipartimento per le libertà civili e l’immigrazione del Ministero dell’Interno, settembre 2015.

<sup>487</sup> *Ibidem*.

<sup>488</sup> *Ibidem*.

una serie di attività volte alla definizione della posizione giuridica dello straniero alla frontiera, secondo un metodo operativo preciso.

Tale impostazione sembra confermata anche dalle norme di rango primario che, solo in un momento successivo all'adozione delle circolari del Ministero dell'Interno e delle comunicazioni della Commissione europea, hanno codificato l'approccio *hotspot*.

Da un lato, l'art. 10 ter del D.lgs. n. 286 del 1998, introdotto dal D.l. n. 13 del 2017, convertito con l. 46 del 2017, c.d. Decreto Minniti-Orlando, infatti, fa riferimento ai "punti di crisi" quali luoghi, stabilendo che i migranti, dopo lo sbarco, debbano essere condotti "*presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142*".

L'art. 10 ter, dunque, individua nelle strutture istituite dalla c.d. Legge Puglia, al fine di far fronte all'emergenza migratoria dall'Albania negli anni novanta, i "luoghi" ove allestire gli *hotspots*.

D'altro lato, l'art. 10 ter, ter fa riferimento ai "punti di crisi come metodo", essendo rubricato "*disposizioni per l'identificazione dei cittadini stranieri rintracciati in posizione di irregolarità sul territorio nazionale o soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare*".

In realtà, l'art. 10 ter, precisando che "*presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico (..)ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito*", sembra disciplinare solo parte delle attività previste dalla sequenza operativa stabilita dalle circolari del Ministero dell'Interno.

Alla luce di quanto appena esposto occorre analizzare i principali profili di criticità riguardo agli *hotspots*, tenendo distinte le problematiche che vengono in rilievo riguardo all'*hotspot* come "luogo" e quelle che vengono in rilievo riguardo all'*hotspot* come "metodo".

Rispetto all'*hotspot* come "luogo fisico" sarà opportuno riflettere sulle problematiche che potrebbero emergere in relazione agli artt. 13 e 16 Cost..

Rispetto all'*hotspot* come "metodo", è necessario ragionare sulle diverse problematiche costituzionali che parrebbero porsi in relazione alle attività della serie operativa stabilita dalle circolari del Ministero dell'Interno. In particolare, si porrà l'attenzione sulle problematiche relative alle procedure di identificazione e a tutte quella attività finalizzate alla presentazione della domanda di protezione internazionale che - come visto - rappresenta il momento "spartiacque" per definire la posizione "regolare" o "irregolare" dello straniero alla frontiera.

#### **4. Hotspots come “luoghi”: misure limitative della libertà personale o della libertà di circolazione?**

L'art. 10 ter del D.lgs. n. 286 del 2010 definisce, come appena visto, gli *hotspots* quali luoghi, identificandoli con i centri istituiti per far fronte ai flussi migratori provenienti dall'Albania negli anni '90, mediante la c.d. Legge Puglia.

Tuttavia, dalle disposizioni normative, non è dato comprendere se sia previsto un termine di permanenza in tali strutture, né se esse possano essere qualificate quali centri “aperti”, da dove i migranti possono quindi allontanarsi liberamente, o “chiusi”, ove al contrario vige un divieto di allontanamento<sup>489</sup>.

Neanche il rinvio da parte dell'art. 10 ter alla legge c.d. Puglia aiuta a definire in modo più preciso la natura degli *hotspots*, ed in particolare se si tratti di centri “aperti” o “chiusi”. Infatti, la legge c.d. Puglia si limita a far riferimento “*all'istituzione, a cura del Ministero dell'interno, sentita la Regione Puglia, di tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle Coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore*” di “*gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento ed in attesa di identificazione o espulsione*” (art. 4), non specificano null'altro.

Le incertezze appena descritte non rilevano ovviamente solo dal punto di vista della definizione formale degli *hotspots*, ma potrebbero comportare importanti conseguenze dal punto di vista giuridico.

Da un lato, sostenere che gli *hotspots* rappresentino centri di natura “aperta”, finalizzati alle sole attività di prima assistenza e soccorso, significherebbe considerarli quali misure restrittive della sola libertà di circolazione, giustificata da ragioni attinenti all'ordine pubblico e alla sanità pubblica (art. 16 Cost.), nonché da necessità attinenti “*alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui*” (art. 4 prot. 4 CEDU). Una tale limitazione sarebbe coerente con il principio più volte ribadito dalla Corte costituzionale, secondo il quale gli stranieri non hanno un diritto acquisito di ingresso nel territorio dello Stato. In questa logica, parrebbe legittimo e coerente con i principi costituzionali il fatto che alla frontiera possa essere limitata la libertà di circolazione degli stranieri mediante misure volte a verificare il titolo di ingresso; attività che è, appunto, svolta durante la permanenza

---

<sup>489</sup> Quasi tutti i commentatori ritengono che il rinvio operato dall'art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998 non chiarisca la natura “chiusa” o “aperta” dei centri. In questo senso, L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3/2017; C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017. In generale sull'ambiguità che caratterizza la disciplina dei punti di crisi cfr. S. PENASA, *L'approccio “hotspot” nella gestione delle migrazioni*, in *Il diritto in migrazione*, a cura di F. Cortese e G. Pelacani, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, pp. 410 ss.; M. BENVENUTI, *Gli hotspot una chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2018.

negli *hotspots* mediante le procedure di identificazione, nonché di verifica della volontà da parte dello straniero di presentare domanda di protezione internazionale.

D'altro lato, sostenere che gli *hotspots* siano "centri chiusi" – ove vige il divieto di allontanamento - potrebbe significare che essi rappresentino forme di limitazione della libertà personale, alle quali è di conseguenza necessario applicare le garanzie di cui all'art. 13 Cost.: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione.

Al fine di valutare se gli *hotspots* debbano considerarsi misure limitative della libertà personale, o al contrario, misure limitative della libertà di circolazione è utile richiamare alcuni principi espressi in due importanti sentenze: la sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2001 e la pronuncia della Corte europea, *Khlaifia e altri c. Italia del 2016*<sup>490</sup>.

Entrambe le sentenze sopraindicate, infatti, indicano criteri "guida" per comprendere in che casi una misura "di trattenimento" – oggetto della sentenza n. 105 del 2001 o "di prima assistenza" - oggetto della pronuncia della Corte europea, debbano intendersi, indipendentemente dalle definizioni formali, quali misure limitative della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e 5 CEDU<sup>491</sup> o, al contrario, della libertà di circolazione di cui all'art. prot. 2 prot. 4 della CEDU.

#### a) I criteri "guida" della sentenza della Corte costituzionale n. 105 del 2001

Nella sentenza n. 105 del 2001, avente ad oggetto l'istituto dell'accompagnamento alla frontiera e del trattenimento nei centri di cui all'art. 14 D.lgs. n. 286 del 1998, la Corte costituzionale chiarisce, in primo luogo, come il fatto che "*il legislatore abbia avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza*", non comporta di per sé l'esclusione del trattenimento delle misure limitative della libertà personale<sup>492</sup>. Tale precisazione terminologica può solamente indurre ad

---

<sup>490</sup> Per un commento sulla sent. Corte EDU (Grande Chambre), *Khlaifia c. Italia*, del 15 dicembre 2016, si veda P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017; A. SACCUCCI, *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2017, pp. 552 ss.; D. BACIS, *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *DPCE*, 2/2017, pp. 7 ss.; A. MUCCIONE, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso "Khlaifia"*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2017, pp. 12 ss.; M. BALBONI, C. DANISI, *Rassegna di giurisprudenza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2017, pp. 13 ss.; M. SAVINO, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia.*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2015, pp. 50 ss.. Inoltre, sotto il profilo specifico del divieto di espulsione collettive I. MATONTI ALESSIA, *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso "Khlaifia"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2017, pp. 523 ss.

<sup>491</sup> Sull'art. 5 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Articolo 5*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Padova, 2012.

<sup>492</sup> Per un commento alla sentenza cfr. G. BASCHERINI, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2001, pp. 1680 ss.; A. MARTINO, *Centri*,

escludere che il trattenimento rientri tra “*le misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall’articolo 13*”, ma ciò non significa che il medesimo istituto non possa essere qualificato come “*altre restrizioni della libertà personale*”, di cui pure si fa menzione nell’articolo 13 della Costituzione”. E per valutare se il trattenimento possa rientrare in quest’ultima categoria di misure prese in considerazione dall’art. 13 Cost., la Corte specifica che è necessario porre l’attenzione – non tanto sulla definizione legislativa – ma “*riguardo al suo contenuto*”.

Al fine di valutare il “contenuto” del trattenimento, la Corte richiama il comma 7 dell’articolo 14 D.lgs. n. 286 del 1998 “*secondo il quale il Questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata caratterizzato dall’uso della forza pubblica, da efficaci misure di vigilanza volte ad impedire allo straniero di non si allontanarsi indebitamente dal centro*”.

L’uso della forza associato all’adozione di efficaci misure da parte del Questore al fine di impedire allo straniero di allontanarsi dal centro inducono la Corte a considerare il trattenimento tra le “*altre restrizioni della libertà personale*” di cui all’art. 13 Cost..

Da quanto appena esposto, è possibile desumere che i “criteri guida” che inducono la Corte a considerare il trattenimento tra le “*altre restrizioni della libertà personale*” di cui all’art. 13 Cost., siano “*l’uso della forza*” “*i poteri di sorveglianza dell’autorità di pubblica sicurezza*” associati all’adozione di misure da parte del Questore al fine di impedire allo straniero di allontanarsi dal centro.

Tali criteri anche quando “*non siano disgiunti da finalità di assistenza*”, determinano “*quella mortificazione della dignità dell’uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all’altrui potere e che è indice sicuro dell’attinenza della misura alla sfera della libertà personale*”.

b) *I criteri guida della sentenza della Corte EDU Khlaifia e altri c. Italia del 2016.*

Nel caso “*Khlaifia e altri c. Italia*” i ricorrenti, cittadini tunisini, lamentavano una violazione della libertà personale di cui all’art. 5 CEDU, nonché del divieto di trattamenti disumani e degradanti di cui all’art. 3 CEDU, a causa del trattamento a loro riservato nel CPSA, centro di prima assistenza e soccorso, di Lampedusa, istituito, peraltro, in assenza di una base legislativa chiara<sup>493</sup>.

---

*campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE, in Diritto immigrazione e cittadinanza, 1/2014, pp. 17 ss.; D. PICCIONE, Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria, in Giurisprudenza costituzionale, 3/2001 pp. 1697 ss.*

<sup>493</sup> Sulla situazione dei centri di prima accoglienza di Lampedusa antecedente alla pronuncia della Corte EDU si veda F. CANCELLARO, L. MASERA, S. ZIRULIA, *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, [https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/Report\\_dal\\_Centro\\_di\\_Lampedusa\\_-\\_definitivo\\_1\\_.pdf](https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/Report_dal_Centro_di_Lampedusa_-_definitivo_1_.pdf), 2011.

Al contrario, il Governo eccepiva “anzitutto l’inapplicabilità dell’articolo 5” “in quanto i ricorrenti non sono stati privati della loro libertà”, ma sono stati semplicemente “accolti nel CSPA”. Questi ultimi centri devono essere considerati, sempre secondo il Governo, non quali “luoghi di detenzione o di arresto”, ma quali “luoghi di accoglienza”, giustificata da ragioni previste dalla legge “per far fronte a una emergenza umanitaria e per mantenere un giusto equilibrio tra la sicurezza dei migranti e quella della popolazione locale”.

La Corte europea entra subito nel cuore della questione chiarendo, che la definizione del caso dipende dal comprendere se le misure messe in atto dal Governo italiano rientrino tra le misure “restrittive della libertà di circolazione che sono soggette all’articolo 2 del Protocollo n. 4” o tra le misure restrittive della libertà personale di cui all’art. 5 Cedu<sup>494</sup>.

Richiamando i principi già espressi in pronunce antecedenti, la Corte precisa che per comprendere se una misura sia limitativa della libertà di circolazione o della libertà personale, non è sufficiente porre l’attenzione sulla definizione formale fornita dal legislatore, ma al contrario “occorre partire dalla situazione concreta e prendere in considerazione una serie di criteri specifici al suo caso particolare come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata”.

Grazie agli elementi portati in giudizio dai ricorrenti e dalle associazioni intervenute la Corte individua come la permanenza nei CPSA dei ricorrenti fosse caratterizzata da “poteri di sorveglianza da parte dell’autorità di polizia”, “dall’ «impossibilità di comunicare con l’esterno» e dalla «mancanza di libertà di movimento», sostanziandosi in un forma di «trattenimento prolungato»<sup>495</sup>.

Alla luce di questi elementi, la Corte ritiene che la qualificazione dei CPSA quali misure di assistenza non esclude che le misure messe in atto dal Governo italiano, seppur adottate nell’interesse del loro destinatario, vengano considerate una privazione della libertà.

Analogamente a quanto affermato dalla Corte costituzionale italiana, dunque, la Corte europea ritiene che i poteri di sorveglianza dell’autorità di pubblica sicurezza e l’impossibilità di allontanarsi dal centro, rappresentino “criteri guida” al fine di qualificare una misura, seppur formalmente definita “assistenziale”, quale misura restrittiva della libertà personale di cui all’art. 5 CEDU.

### c) I “criteri guida” della giurisprudenza applicati agli hotspots

E’ ora necessario valutare gli hotspots alla luce dei criteri sanciti dalle pronunce appena descritte al fine comprendere se essi possano essere ritenuti misure limitative della libertà personale o, diversamente, misure limitative della libertà di circolazione.

<sup>494</sup> Cfr. inoltre S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Articolo 5*, cit.

<sup>495</sup> Cfr. per un approfondimento M. F. CUCCHIARA, *Lampedusa, hotspot e detenzione illegittima dei migranti: Il caso Khlaifia all’esame della Grande Camera EDU*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2016; M. SAVINO, *L’“amministrativizzazione” della libertà personale dei migranti e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 50 ss.



Entrambe le pronunce inducono a non valorizzare le finalità di prima assistenza e soccorso, proprie dell'approccio *hotspot*, ma di valutare "il contenuto" concreto della misura alla luce di alcuni criteri che attengono all'uso della forza, ai poteri di vigilanza dell'autorità di pubblica sicurezza, alla possibilità di comunicare con l'esterno, al divieto di allontanamento. In presenza di tali elementi sarà, dunque, possibile ritenere che gli *hotspots* rappresentino misure restrittive della libertà personale di cui agli artt. 13 Cost. e 5 CEDU.

Come visto, non è possibile desumere alcuno di questi elementi dalle fonti legislative di rango primario, né dall'art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998, né dalla legge c.d. Puglia.

Tuttavia, qualche indicazione in più in questo senso parrebbe ricavarsi dalla prassi e dal complesso normativo in materia di *hotspots*.

Dalla circolare sulle "*Procedure operative standard*" si ricava, in primo luogo, che negli *hotspots* è legittimato l'uso della forza pubblica coordinata dal "*questore quale titolare della direzione, responsabilità e coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica*".

In secondo luogo, le circolari dimostrano come, in tali centri, sia difficoltoso comunicare con l'esterno, essendo consentito solo ai soggetti autorizzati all'accesso al centro, ovvero alle agenzie europee e alle forze di pubblica sicurezza. Per tutti gli altri soggetti, è richiesta l'autorizzazione del Ministero dell'Interno.

Infine, riguardo alla possibilità di uscire dall'*hotspot* la circolare precisa che "*salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l'adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall'hotspot solo dopo essere stata foto-segnalata concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono stati completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia all'interno degli hotspot*"<sup>496</sup>.

Tale disposizione della circolare - considerato che "l'afflusso eccezionale di migranti" potrebbe essere considerata una circostanza costante, a meno che non siano individuati criteri specifici, e che le procedure di foto-segnalamento ed identificazione coincidono con tutte le attività compiute nell'*hotspot* - parrebbe risolversi nei fatti in un divieto di allontanamento, salvo in alcuni e rari casi.

Tutto ciò considerato, dunque, alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, gli *hotspots*, essendo luoghi in cui è legittimato l'uso della forza e dei poteri di vigilanza da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, nonché ove vige, di fatto, un divieto di allontanamento, parrebbero rientrare tra le misure limitative della libertà personale di cui agli artt. 13 Cost. e 5 Cedu. Ciò significa, di conseguenza, l'applicabilità all'approccio *hotspot* delle garanzie della riserva di legge assoluta e della riserva di giurisdizione.

---

<sup>496</sup> Ministero dell'Interno, Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015.

Si segnala, infine, che la I sezione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha dichiarato ammissibile un ricorso presentato per conto di 13 minori non accompagnati presenti nell' *hotspot* di Taranto, per violazione degli artt. 3, 5, 8 e 13 della CEDU.<sup>497</sup> Come è stato osservato, “sarà molto importante, dunque, verificare se la Corte sovranazionale contribuirà al ripristino dei diritti violati, attraverso un ritorno ad un paradigma di legalità effettivo”<sup>498</sup>.

#### **4.1. Conseguenze e problematiche relative all'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 13 Cost.**

Sostenere, come appena si è provato a dimostrare, che gli *hotspots* siano centri “chiusi” nei quali vige il principio di non allontanamento e dove, allo stesso tempo, è consentito l'uso della forza e dei poteri di vigilanza da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, significa che essi dovrebbero sottostare alle garanzie previste dagli artt. 13 Cost. e 5 CEDU: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione.

Ciò sembrerebbe porre diverse problematiche.

Anzitutto, non appare legittima l'istituzione degli *hotspot* mediante circolari del Ministero dell'Interno, che, per primo, è intervenuto, in una materia coperta da riserva di legge assoluta di cui all'art. 13 Cost., alla quale peraltro dovrebbe aggiungersi la riserva di legge rinforzata di cui all'art. 10, comma 2 Cost.

Autorevole dottrina, nota come “*anche in assenza di una base legislativa adeguata a legittimare l'intervento del Ministero, siano le stesse circolari ministeriali ad individuare la fonte di riferimento*”. Si legge, infatti, nella già citata circolare contenente le “*Procedure operative standard*” che “*il testo di riferimento è l'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015; atto atipico che fuoriesce dal sistema tradizionale delle fonti*”.<sup>499</sup>

L'assenza di una base legislativa pare, inoltre, porsi in contrasto con i principi sanciti dalla Corte europea nel già citato caso *Khlaifia e altri c. Italia* in cui la Corte europea ha condannato l'Italia per aver messo in atto misure restrittive della libertà personale, – poiché “*la privazione della libertà contestata è priva di base legale nel diritto italiano [...] il quale non prevede in alcun modo il trattenimento di migranti (..) sistemati in un CPSA*”.

Se, oltretutto, si considera che oggi i CPSA sono divenuti *hotspots*, parrebbe ancora più evidente giungere alla conclusione che l'istituzione mediante circolari ministeriali degli *hotspots* non può essere “*considerata «regolare» ai sensi dell'articolo 5 della Convenzione*” e rappresenta, secondo la Corte EDU, una

---

<sup>497</sup> Cfr. Ric. n. 47287/17, *Alagie TRAWALLI e altri c. Italia*, presentato il 5 luglio 2017 (comunicazione dell'11 gennaio 2018).

<sup>498</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, cit.

<sup>499</sup> M. D'AMICO, *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, cit.

violazione del “*principio generale della certezza del diritto*” e in “*contrasto con lo scopo di proteggere l’individuo dall’arbitrio dell’Amministrazione*”<sup>500</sup>.

La riserva di legge assoluta di cui all’art. 13 Cost. non appare colmata nemmeno dagli interventi legislativi che hanno disciplinato *ex post* gli *hotspots*, previsti oggi dall’art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998.

Infatti, l’art. 10 ter sembra definire solo “i casi” di privazione della libertà, stabilendo che è lo straniero “*rintracciato in occasione dell’attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima nei “punti di crisi”*”.

Diversamente l’art. 10 ter non sembra definire “i modi” di privazione della libertà personale, i quali sembrano precisati, invece, dalle circolari del Ministero.

Da questo punto di vista, le circolari del Ministero dell’Interno - come visto - descrivono in maniera dettagliata “i modi” di privazione della libertà, la quale avviene in “centri chiusi”, vigilati e sorvegliati dall’autorità di pubblica sicurezza.

Inoltre, è importante evidenziare che la legge nulla dice riguardo al termine di permanenza negli *hotspots*, che, invece, è specificato nelle circolari del Ministero dell’interno, le quali precisano che si tratta di un tempo di permanenza breve, non superiore alle 48 h, finalizzato all’espletamento delle attività previste per definire la posizione giuridica dello straniero nel territorio dello Stato. In caso di “afflusso massiccio di migranti” – fatto peraltro più che ricorrente – la permanenza negli *hotspots* può essere prolungata al fine di consentire alle autorità di ultimare le predette operazioni.

Alla luce di quanto appena affermato, sembra che la normativa in materia di *hotspots*, per essere considerata coerente con la riserva di legge di cui all’art. 13 Cost., debba essere integrata ulteriormente, prevedendo i “modi” di privazione della libertà, il termine di permanenza, nonché la natura di tali centri, naturalmente attraverso fonti di rango primario.

Riguardo alla riserva di giurisdizione, il ragionamento appare invece più complesso. Infatti, è evidente che il legislatore considerando gli *hotspots* quali centri finalizzati al primo soccorso e ad assistenza, non abbia previsto alcun tipo di controllo giurisdizionale.

Tuttavia, se si ritiene che gli *hotspots* – così come oggi configurati – rientrino tra le “altre restrizioni della libertà personale” di cui all’art. 13 Cost., ne discende che la permanenza in tali strutture dello straniero dovrebbe essere prima di tutto formalizzata da un provvedimento dell’autorità di pubblica sicurezza e, entro 48 ore, convalidata dal giudice.

---

<sup>500</sup> Sui Centri di prima accoglienza e soccorso L. MASERA - G. SAVIO, *La “prima accoglienza”*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, a cura di M. SAVINO, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 35 ss.

Ciò porrebbe problemi di ordine pratico non irrilevanti, comportando la convalida di tutti i “provvedimenti” di permanenza negli *hotspots*, riguardanti ogni migrante sbarcato o rintracciato alla frontiera.

Al fine di rendere la disciplina coerente con i principi costituzionali senza incappare nelle complicazioni pratiche appena descritte, sarebbe auspicabile riformare la disciplina degli *hotspots* in modo tale che non possano più sussistere dubbi in ordine alla loro natura di centri “chiusi” di “trattenimento” o, al contrario, di centri di “accoglienza”.

Ciò imporrebbe di dettagliare in modo più chiaro e valorizzare ulteriormente le finalità assistenziali e di primo soccorso in fonti di rango primario. Una simile modifica dovrebbe essere mirata a rendere gli *hotspots* centri realmente e, non solo formalmente, “assistenziali”. Ne deriva che – essendo che la mera qualifica di misura assistenziale non esclude che tali misure possano rientrare tra quelle restrittive della libertà personale – bisognerebbe ridurre al minimo i poteri dell’autorità di pubblica sicurezza.

Il potenziamento delle finalità assistenziali, accompagnato dalla riduzione delle misure di stampo “securitario”, potrebbe consentire di ritenere gli *hotspots* misure meramente restrittive della libertà di circolazione – e non già della libertà personale. E una limitazione della libertà di circolazione alla frontiera finalizzata a logiche assistenziali e di ordine pubblico, per verificare il titolo di ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, non potrebbe che apparire ragionevole.

Si è consapevoli che la complessità di gestione di un numero elevato di persone possa comportare problemi non indifferenti, tali da giustificare ampi poteri dell’autorità di pubblica sicurezza. L’intervento dell’autorità di pubblica sicurezza si rende, inoltre, molte volte necessario per portare a termine l’identificazione dei migranti, i quali tendono a sottrarsi a simili operazioni essendo intenzionati a fuggire in altri paesi.

Da questo punto di vista, è importante ricordare che uno degli obiettivi perseguiti dalla Commissione europea con l’istituzione degli *hotspots* era proprio quello di mettere in atto azioni di sostegno ai Paesi situati sulla frontiera esterna nel procedere all’identificazione dei migranti e alle operazioni di prima accoglienza, in una logica di condivisione delle responsabilità tra Agenzie europee e Stati membri.

Per evitare che l’arrivo dei migranti sia caratterizzato da ampi poteri dell’autorità di pubblica sicurezza, dall’uso della forza e da misure limitative della libertà personale, è necessario uno sforzo legislativo dell’Unione – che non sembra essere stato ancora compiuto nonostante la codificazione da parte del regolamento UE n. 1624/2016 - affinché tali centri divengano veri luoghi di prima accoglienza, gestiti in condivisione tra gli Stati membri, e volti alle sole operazioni di soccorso, assistenza e identificazione.

Un’efficace gestione condivisa della prima accoglienza potrebbe consentire di utilizzare quelle misure tipiche delle limitazioni della libertà personale, quali l’uso

della forza o il divieto di allontanamento dal centro, esclusivamente quali *extrema-ratio*.

Molto problematica da questo punto di vista pare, invece, la previsione del D.l. n. 113 del 2018 che legittima il trattenimento dei richiedenti asilo nei “punti di crisi” *“per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni”*, *“per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza”*.

Come si vedrà nei paragrafi che seguono, una simile previsione creerebbe ancora più confusione riguardo alla natura degli *hotspots*, rischiando di legittimare i poteri dell'autorità di pubblica sicurezza previsti per il trattenimento, in centri che invece dovrebbe avere solo finalità assistenziali.

#### **4.2. Hotspots quali luoghi di trattenimento? Le novità introdotte da D.l. n. 113 del 2018**

Il D.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni con l. 1 dicembre 2018, n. 132, aggiunge un tassello importante per ragionare sulla disciplina degli *hotspots* quali luoghi di “trattenimento” o, al contrario, di “accoglienza”<sup>501</sup>.

Infatti, l'articolo 3 del predetto decreto legge, introduce all'art. 6 del D.lgs 18 agosto 2015, n. 142 una nuova forma di “trattenimento” dei richiedenti protezione internazionale, i quali possono ora essere trattenuti *“per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni, in appositi locali presso le strutture di cui all'articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, per la determinazione o la verifica dell'identità o della cittadinanza”*. La stessa norma specifica, inoltre, che *“ove non sia stato possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, il richiedente può essere trattenuto nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con le modalità previste dal comma 5 del medesimo articolo 14, per un periodo massimo di centottanta giorni”*.

Si tratta, più precisamente, di un trattenimento ai fini identificativi, disciplinato dall'art. 8, par 3 della direttiva UE n. 2013/33, c.d. direttiva accoglienza, che tra i casi consentiti di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, contempla alla lett. a) il trattenimento *“per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza”*.

Sulle problematiche che il trattenimento dei richiedenti asilo pone in relazione ai principi costituzionali e del diritto europeo, si tornerà nei paragrafi che seguono. In questa sede è invece opportuno ragionare sui più evidenti profili critici che

---

<sup>501</sup> Le criticità poste dal sistema *hotspot* hanno indotto la dottrina a ragionare di questi ultimi quali luoghi di trattenimento anche in un momento antecedente al D.l. n. 113 del 2018, conv. l. n. 32 del 2018. Tra i tanti E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 81 ss.; L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, cit.; C. Leone, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, cit..

concernono la configurazione degli *hotspots*, da parte della novella legislativa, quali luoghi di “trattenimento”<sup>502</sup>.

In primo luogo, la previsione esplicita del trattenimento nei c.d. “punti di crisi” sembra confermare la tesi appena sostenuta che definisce gli *hotspots* “centri chiusi”, idonei a trattenere i migranti, e non semplicemente luoghi di prima accoglienza e assistenza.

Ciò parrebbe evincersi già a partire dalla lettera delle norme. Infatti, se da un lato le norme introdotte dal D.l. n. 13 del 2017, convertito con l. n. 46 del 2017, c.d. Minniti - Orlando limitandosi ad affermare che lo straniero rintracciato alla frontiera “è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza”(art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998), sembrano alludere ad una mera limitazione della libertà di circolazione per necessità di soccorso e assistenza; d’altro lato, l’art. 3 del D.l. n. 113 del 2018 sembra fugare ogni dubbio e facendo riferimento esplicito al “trattenimento”, parrebbe configurare una misura limitativa della libertà personale dei richiedenti protezione nei confronti dei quali si renda necessario compiere azioni di verifica dell’identità e della cittadinanza.

La disposizione, dunque, facendo riferimento esplicito al trattenimento parrebbe determinare un diverso trattamento tra i richiedenti protezione in relazione ai quali devono essere effettuati particolari accertamenti per determinarne l’identità o la cittadinanza e tutti gli altri stranieri rintracciati alla frontiera. I primi, stando al tenore letterale della norma, possono essere trattenuti “*in appositi locali presso le strutture di cui all’articolo 10-ter, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*”, mentre i secondi devono essere condotti nei punti di crisi per necessità di soccorso e accoglienza.

L’istituzione di appositi locali di “trattenimento” all’intero degli *hotspots* non può che avere l’effetto di aumentare i poteri, già molto ampi, dell’autorità di pubblica sicurezza all’interno delle medesime strutture, rendendo ancora più incisive le misure dell’uso della forza e del divieto di allontanamento che consentono di valutare il contenuto della misura, quale limitativa della libertà personale.

E’ necessario, a questo punto, verificare la coerenza della norma introdotta dall’art. n. 3 del D.l. n. 113 del 2018 con le garanzie costituzionali di cui all’art. 13 Cost.

La norma sembra anzitutto presentare alcune criticità in relazione alla riserva di legge assoluta di cui all’art. 13 Cost., in particolare sotto il profilo della determinatezza<sup>503</sup>.

Come è stato osservato, infatti, non è chiaro quali siano i casi specifici in cui sia possibile disporre il trattenimento per determinare l’identità o la cittadinanza del richiedente asilo. E’ facile intuire, infatti, che l’assenza di documenti o, la necessità

---

<sup>502</sup> Tra i primi commenti ai profili critici del D.l. n. 113 del 2018 c.d. “Immigrazione e sicurezza” cfr. su tutti A. PACE, *Il Parere sul decreto legge 113/2018*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.

<sup>503</sup> Si veda in questo senso il documento dell’Associazione per gli Studi Giuridici sull’Immigrazione Asgi, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113 /2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113 del 2018*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), aggiornato al 25 ottobre 2018.

di verificare comunque l'identità del richiedente, sia una circostanza che riguarda la quasi totalità dei migranti che giungono alle frontiere italiane, a meno che essi non siano già presenti nelle banche dati europee.

La misura limitativa della libertà personale, dunque, sembra ben lontana dai caratteri di "eccezionalità" richiesti dalla art. 13, comma 3 Cost., configurando una misura di carattere ordinario potenzialmente applicabile a tutti i richiedenti asilo che varcano le frontiere italiane<sup>504</sup>.

L'indeterminatezza della norma è ancora più evidente nella seconda parte dell'art. 3 D.l. n. 118 del 2018, dal quale non è possibile desumere quale sia la condizione che configura l'impossibilità di procedere all'identificazione; impossibilità tale da terminare il trasferimento nel CPR, per un tempo ulteriore di centottanta giorni<sup>505</sup>.

Inoltre, l'art. 3 del D.l. n. 113 del 2018 non fa che mettere in evidenza l'incoerenza dei più recenti interventi legislativi volti a razionalizzare l'arrivo di migranti alla frontiera. Da questo punto di vista, sembra che la previsione del trattenimento ai fini identificativi nei "punti di crisi" non faccia altro che rendere ulteriormente complessa la definizione di tali luoghi, che divengono allo stesso tempo luoghi di "trattenimento ai fini identificativi" (art. 6 D.lgs. 142 del 2015, come modificato dal D.l. n. 113 del 2018) e "luoghi in cui gli stranieri rintracciati alla frontiera vengono condotti" per esperire le procedure di identificazione, come disposto dall'art. 10 ter del D.lgs. n. 286 del 1998.

La vaghezza delle disposizioni normative e la sovrapposizione delle diverse misure di trattenimento e/o semplice permanenza negli *hotspots* rischia di degenerare in una compromissione dei diritti degli stranieri alla frontiera, in balia delle decisioni dell'autorità di pubblica sicurezza, alla quale è lasciato un ampio potere discrezionale nella scelta della misura da intraprendere.

Di fronte al medesimo fatto, ovvero l'incertezza sull'identità e sulla cittadinanza dello straniero, l'autorità di pubblica sicurezza può discrezionalmente scegliere se: a) condurre lo straniero negli *hotspots*; b) trattenerlo, ove si tratti di richiedente asilo, in un *hotspot*; c) trattenerlo in un CPR di fronte al rifiuto reiterato dello straniero di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici<sup>506</sup>.

Dalle anzidette misure discendono tuttavia conseguenze profondamente differenti: nel primo caso la permanenza nell'*hotspot* sarà di un termine breve (48 ore, come esplicitato dalle circolari del Ministero dell'Interno); nel secondo e nel terzo caso il richiedente potrà essere trattenuto per un massimo di trenta giorni.

---

<sup>504</sup> Le medesima problematica si è posta riguardo alla disciplina del trattenimento e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera quale esecuzione del c.d. respingimento differito. In merito si veda, P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 1/2018.

<sup>505</sup> Si veda in questo senso il documento dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione Asgi, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113 /2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113 del 2018*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it) aggiornato al 25 ottobre 2018.

<sup>506</sup> In questo senso si veda ancora il documento dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione Asgi, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo*, cit.

Oltre agli eccessivi poteri lasciati all'autorità di pubblica sicurezza nell'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale, l'art. 3 D.l. n. 113 del 2018 sembra presentare alcune problematiche anche rispetto alla garanzia costituzionale della riserva di giurisdizione.

Infatti, guardando alla lettera della norma, non appare scontato che il provvedimento di trattenimento ai fini identificativi disposto dall'autorità di pubblica sicurezza, debba essere convalidato dal giudice, come previsto per le altre forme di trattenimento di cui all'art. 6 D.lgs. n. 142 del 2015, coerentemente all'art. 13 della Costituzione.

Un tale dubbio sembra avvalorato dal fatto che il procedimento di convalida parrebbe, così per come è configurata la norma, essere previsto espressamente solo nel caso in cui il richiedente, non essendo stato "*possibile determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza*", debba essere trasferito in un CPR per un periodo massimo di 180 giorni, "*con le modalità previste dal comma 5 del medesimo articolo 14, per un periodo massimo di centottanta giorni*" – il quale come noto dettaglia il procedimento di convalida.

In altri termini, il legislatore nei casi in cui ha voluto prevedere la convalida da parte dell'autorità giudiziaria, lo ha fatto esplicitamente, indicando le norme che ne disciplinano il relativo procedimento (eg. art. 14, comma 5, D.lgs. n. 286 del 1998). Ciò sembra confermato, non solo dalla norma appena richiamata, ma anche da altre norme dello stesso D.l. n. 113 del 2018, come ad esempio l'art. 5 bis, introduce conformemente alle indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 275 del 2017<sup>507</sup>, la convalida del provvedimento di respingimento differito disposto dal Questore, di cui all'art. 10 D.lgs. n. 286 del 1998.

E' evidente che quanto appena affermato porrebbe dei seri problemi di legittimità costituzionale in ordine alla garanzia della riserva di giurisdizione, di cui all'art. 13 Cost. Pur in assenza di espressa disposizione normativa – come già sostenuto da alcuni studiosi – la nuova fattispecie di trattenimento ai fini identificativi introdotta dal D.l. n. 113 del 2018 potrebbe essere interpretata conformemente a Costituzione, sulla scia delle sentenze della Corte costituzionale n. 105 del 2001 e 275 del 2017, ritenendo ad essa applicabile il procedimento di convalida previsto per tutte le altre forme di trattenimento dei richiedenti asilo e disciplinato dal comma 5 dell'art. 6 del D.lgs. n. 142 del 2015<sup>508</sup>.

Una simile conclusione, tuttavia, ripropone con forza il problema posto nel paragrafo precedente.

Da un lato, infatti, se si ritiene che il legislatore - conscio delle oggettive difficoltà pratiche che il procedimento di convalida comporterebbe in caso di afflusso massiccio di migranti - abbia evitato di proposito di non prevedere l'intervento

---

<sup>507</sup> Per un commento cfr. su tutti P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit.

<sup>508</sup> In questo senso, il documento dell'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione Asgi, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero*, cit.,



dell'autorità giudiziaria per la convalida del provvedimento di trattenimento, non si può che considerare l'art. 3 del D.lgs. n. 113 del 2018 lesivo della riserva di giurisdizione, garantita all'art. 13 Cost.

D'altro lato, se correttamente si propende per un'interpretazione conforme a Costituzione, sostenendo che la convalida da parte dell'autorità giudiziaria sia imposta per il trattenimento di ogni richiedente protezione in relazione al quale è necessario svolgere accertamenti sull'identità e sulla cittadinanza, non si possono non evidenziare i problemi di ordine pratico che una simile soluzione comporterebbe. Infatti, l'indeterminatezza della norma, segnalata in precedenza, rischia di avere l'effetto di rendere potenziali destinatari della misura del trattenimento la quasi totalità dei migranti che giungono sulle coste italiane, dei quali per lo più – come detto – non si conosce né l'identità né la cittadinanza, a meno che non siano già inseriti in banche dati europee.

Soprattutto nel caso di afflusso massiccio di migranti, si pensa davvero che possa essere sostenibile e realistico che il giudice del Tribunale competente si rechi nell'*hotspot* per convalidare il provvedimento di ogni singolo richiedente protezione giunto sulle coste italiane?

Ancor più alla luce della novella legislativa appena analizzata si ritiene di dover sostenere con maggior forza quanto esposto nel precedente paragrafo.

La disciplina degli *hotspots* per risultare coerente con i principi costituzionali, nonché sostenibile dal punto di vista pratico, dovrebbe essere riformata – in senso contrario a quello intrapreso dal D.l. n. 113 del 2018 - in modo tale da rendere tali centri idonei alle finalità di assistenza, soccorso e identificazione per cui sono stati istituiti<sup>509</sup>.

Come detto, una simile riforma deve essere accompagnata da una presa di consapevolezza da parte dell'Unione europea che dovrebbe potenziare e rendere maggiormente efficaci i meccanismi di solidarietà e condivisione delle responsabilità nelle procedure di prima accoglienza e identificazione dei migranti.

Solo in tal modo, si ritiene che l'autorità di pubblica sicurezza possa ridurre l'utilizzo di misure, quali l'uso della forza, che molte nei fatti si rendono necessarie a fronte di continui arrivi sulle coste italiane di migranti, i quali per di più tentano di sfuggire all'identificazione.

Parrebbe, dunque, auspicabile rivedere il sistema secondo un duplice binario che veda, da un lato, la predisposizione di un sistema di prima accoglienza negli *hotspots* come misura generale posta in essere anche grazie al sostegno delle agenzie europee e, d'altro lato, l'utilizzo di misure limitative della libertà personale, quali l'uso della forza o il trattenimento, esclusivamente come *extrema-ratio* ed in casi eccezionali ben descritti dalla legge.

---

<sup>509</sup> R. BIN, *Molti dubbi, un'unica certezza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 35 ss. L'A. sosteneva in riferimento al trattenimento nei CPT per gli stranieri irregolari che si trattasse di misura assistenziale, riconducibile all'art. 16 Cost.

Più specificamente, i migranti che, dopo lo sbarco, si mostrano propositivi all'identificazione e non pongono problemi di pericolosità sociale dovrebbero essere trasferiti negli *hotspots* per un termine massimo di 48 ore al solo fine di espletare le attività di identificazione e assistenza compiute in condivisione tra le agenzie europee e gli Stati membri; i migranti che, al contrario, si rifiutino in modo reiterato di essere identificati, dovrebbero essere trattenuti, così come già prevede l'art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998, per un periodo non superiore ai trenta giorni in un CPR. In quest'ultimo caso, configurandosi, il trattenimento, come una restrizione della libertà personale, quest'ultimo deve essere convalidato entro 48 ore dal giudice, coerentemente con le garanzie di cui all'art. 13 Cost.

In tal modo, le misure restrittive della libertà personale sarebbero utilizzate solo come *extrema-ratio* e per ragioni specifiche – il rifiuto reiterato di sottoporsi alle procedure di identificazione - senza rischiare di coinvolgere la totalità dei migranti sbarcati, come rischia di comportare invece la novella di cui al D.l. n. 113 del 2018.

### **5. Hotspots come metodo: problematiche costituzionali**

Gli *hotspots* sono caratterizzati da una doppia natura: sono luoghi “chiusi”, in cui vengono svolte una serie di attività per definire la posizione giuridica dello straniero sul territorio, secondo un “metodo” preciso<sup>510</sup>.

Dopo aver analizzato le problematiche costituzionali che vengono in rilievo in relazione al “luogo *hotspot*”, è opportuno porre l'attenzione sulle attività svolte nell'*hotspot*<sup>511</sup>.

In particolare, è necessario porre l'attenzione su quelle attività che sono fondamentali per definire la posizione giuridica dello straniero.

In primo luogo, si intende ragionare sui profili critici che concernono le procedure di identificazione, dalle quali dipendono conseguenze giuridiche fondamentali, come l'individuazione del Paese competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale ai sensi del regolamento Dublino III<sup>512</sup>.

In secondo luogo, occorre riflettere sulle problematiche che emergono in relazione alle attività finalizzate alla presentazione della domanda di protezione internazionale - primo fra tutti l'obbligo da parte della autorità di informare gli stranieri alla frontiera, sulle norme in materia di immigrazione e asilo - fondamentali per definire se lo straniero abbia o meno titolo di ingresso nel territorio dello Stato.

---

<sup>510</sup> La doppia natura degli *hotspots* è come visto dimostrata dalle circolari del Ministero dell'Interno, nonché dalla definizione del Regolamento UE n. 1624/2016. Anche la dottrina evidenzia la natura polifunzionale degli *hotspots* cfr. tra i tanti S. PENASA, *L'approccio hotspot nella crisi migratoria*, cit.

<sup>511</sup> Per un'analisi dettagliata delle attività svolte secondo il metodo *hotspot* D. NEVILLE, S. RIGON, - European Parliament, Directorate general for internal policies. Policy department c: Citizens' rights and constitutional affairs - Civil liberties, Justice and Home affairs, *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, Brussels, Maggio, 2016.

<sup>512</sup> Sul tema A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2016. Sul rapporto tra il regolamento Dublino III e il regolamento Eurodac cfr. V. FERRARIS, *Eurodac e i limiti della legge*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.

### **5.1. Le procedure di identificazione, l'uso della forza e il trattenimento ai fini identificativi**

L'art. 10 ter del D.lgs. n. 286 del 1998 stabilisce “*che presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento foto-dattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013*”.

Tali rilevamenti devono essere effettuati “*tempestivamente*” ai sensi del regolamento c.d. Eurodac UE n. 604/2013, ed inviati alla sistema centrale di raccolta dati, entro 72 ore (art. 14 reg.) dalla presentazione della domanda - in caso di richiedenti asilo - o entro 72 ore dal fermo - in caso di straniero rintracciato in posizione irregolare.

Inoltre, lo stesso articolo stabilisce che il rifiuto “reiterato” di sottoporsi alle procedure di identificazione, configurando “rischio di fuga” comporta ai sensi dell'art. 10, comma 3, D.lgs. 286 del 1998 il trattenimento dello straniero in un CPR *per una durata massima di trenta giorni dalla sua adozione, salvo che non cessino prima le esigenze per le quali è stato disposto*”.

Tale norma -art. 10, comma 3 del D.lgs 286 del 1998- mette in luce l'importanza delle procedure di identificazione nel sistema di controllo delle frontiere e degli ingressi – prevedendo, a tal fine, conseguenze significative, come il trattenimento, per il rifiuto dello straniero a sottoporsi al riconoscimento.

Da questo punto di vista è necessario ricordare che le procedure di identificazione, rappresentando un “*elemento importante per la determinazione dell'identità esatta di tali persone*” (par. 5 preambolo regolamento UE Eurodac), sono il “primo” mezzo per garantire quei valori costituzionali sottesi al controllo dei confini, quali la “sicurezza”, non solo nazionale, ma dell'intero spazio di libera circolazione europea<sup>513</sup>.

Proprio quale mezzo di tutela dell'intero territorio europeo, le procedure di identificazione rappresentano uno di quegli strumenti di “controllo integrato dei confini”, non solo perché esse sono regolate da fonti europee direttamente vincolanti nel nostro ordinamento, ma perché esse sono svolte “nei punti di crisi” alle frontiere esterne per mano delle autorità italiane in collaborazione con le Agenzie europee<sup>514</sup>.

L'art. 10, comma 3 D.lgs. n. 286 del 1998, infatti, rinvia per la disciplina delle procedure di identificazione al regolamento Eurodac, la principale fonte giuridica in materia di procedure di identificazione, volto a istituire un sistema “*per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione*”.

---

<sup>513</sup> Sul complesso quadro normativo in relazione alla procedure di identificazione G. CAMPESI, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, 2015, pp. 135 ss. ; nonché in relazione ai diritti dei migranti e al rapporto tra identificazione e il regolamento di Dublino; P. BONETTI, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo* cit. p.715 ss.; A. CIERVO, *La tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo in Europa: dal sistema europeo multilivello all'asylum shopping*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2013, pp. 139 ss.

<sup>514</sup> Analizza il tema in tale ottica A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*. cit.

Due sono gli scopi principali dell'istituzione del sistema Eurodac. Da un lato, il regolamento si propone potenziare il sistema “di cooperazione tra le autorità degli Stati membri nel settore dell'investigazione di reati transfrontalieri, contribuendo alla prevenzione, all'analisi e all'indagine di attività criminali su scala europea”. D'altro lato, il regolamento si pone l'obiettivo, dichiarato all'art. 1, “di concorrere alla determinazione dello Stato membro competente, ai sensi del regolamento (UE) n. 604/2013 (c.d. Reg. Dublino III), per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, e di facilitare inoltre l'applicazione del regolamento (UE) n. 604/2013 secondo le condizioni stabilite dal presente regolamento”<sup>515</sup>.

Ne discende che i dati raccolti a seguito delle procedure di identificazione del migrante, sono di fondamentale importanza per applicare i criteri che, ai sensi del Regolamento Dublino III, determinano il Paese competente all'esame della domanda di protezione. In via generale, salvo casi particolari, si presume che il luogo ove per la prima volta il migrante è stato identificato sia il “paese di primo ingresso”, competente quindi all'esame della domanda di protezione internazionale.

Come visto, il “criterio del primo ingresso” ha avuto delle conseguenze importanti sui paesi di “confine”, come l'Italia e la Grecia, i quali essendo i principali paesi di “primo ingresso” si sono trovati a gestire un alto numero di domande di protezione internazionale.

Tale sistema sembra aver inciso anche sulle modalità di espletamento delle procedure di identificazione, soprattutto durante la crisi migratoria del 2014 – 2015.

Da un lato, i Paesi di confine, come l'Italia, sottoposti ad un forte flusso migratorio e, incapaci di gestire un così grande numero di persone in arrivo, nonché di domande di protezione internazionale, adottavano una politica definita dalla Commissione europea del “*laissez faire*”<sup>516</sup>. I migranti, pur avendo fatto primo ingresso in Italia, non venivano identificati e “lasciati andare” verso altri paesi dove potevano presentare domanda di protezione internazionale, non risultando ufficialmente – in assenza di identificazione – il primo ingresso in Italia.

D'altro lato, i Paesi “non di confine” si allarmavano per le “falle” nei procedimenti di identificazione, le quali automaticamente rischiavano di “spostare” la competenza per l'esame della domanda ai Paesi del Nord Europa.

Tale “atteggiamento” ha indotto la Commissione europea ad aprire una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia -poi archiviata- per violazione delle norme previste dal c.d. regolamento Eurodac (infrazione n. 2203/2015)<sup>517</sup>.

La Commissione, preoccupata della tenuta del sistema *Schengen*, continuava a rivolgere moniti all'Italia evidenziando la necessità di “*accelerare gli sforzi, anche*

---

<sup>515</sup> Per un approfondimento relativo al rapporto tra le procedure di identificazione e il Regolamento Dublino III C. DI STASIO, *Il sistema “Dublino” non è derogabile*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017.

<sup>516</sup> Commissione europea nella comunicazione COM(2016) 120 final, del 4 marzo 2016, Ritorno a Schengen – Tabella di marcia.

<sup>517</sup> Sul punto cfr. M. BENVENUTI, *Gli hotspots una chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2018, p. 28.

*sul piano legislativo, per fornire un quadro giuridico più solido ai fini dello svolgimento delle attività presso i punti di crisi, in particolare per consentire l'uso della forza e prevedere disposizioni in materia di trattenimento a più lungo termine nei confronti dei migranti che rifiutano di fornire le impronte digitali”*<sup>518</sup>.

E' in tale contesto, dunque, che la prassi dell'uso della forza per il rilevamento delle impronte digitali ha “preso piede” negli *hotspots* ove, come noto, non sono solo presenti le autorità italiane, ma anche i rappresentanti della stessa Commissione europea, convinta del necessario uso della forza.

Lo dimostra la stessa circolare del Ministero dell'Interno sulle *operational standards rules*, la quale precisa che nei punti di crisi “*ove si renda necessario, è doveroso un uso della forza proporzionato a vincere l'azione di contrasto, nel pieno rispetto dell'integrità fisica e della dignità della persona*”<sup>519</sup>.

#### a) *L'uso della forza*

Anzitutto, è bene osservare che l'art. 10 ter D.lgs. n. 286 del 1998 nulla specifica riguardo all'uso della forza<sup>520</sup> da parte dell'autorità di polizia nell'ambito delle procedure di identificazione.

Al fine di comprendere se l'uso della forza ai fini identificativi sia coerente con i principi costituzionali è necessario analizzare i principi espressi dalla Corte costituzionale in una sentenza, seppur ormai datata, nonché dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

La sentenza della Corte costituzionale che viene in rilievo è la n. 30 del 1962<sup>521</sup>, concernente l'art. 4 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, nella parte in cui dispone che l'Autorità di polizia può ordinare la sottoposizione a rilievi segnaletici senza le garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione.

Secondo la Corte i rilievi “fotografici ed antropometrici, dattiloscopici (almeno nella forma in cui sono attualmente eseguiti in ogni paese del mondo) operati dall'autorità di pubblica sicurezza, pur ammettendo che “*possono talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona*”, “*non importano menomazione della libertà personale, anche se essi possono talvolta richiedere una momentanea immobilizzazione della persona*”. Ne discende che l'uso della forza al fine del rilievo

---

<sup>518</sup> Si veda la Comunicazione della Commissione europea COM [2015] 679 final; nonché la Comunicazione COM [2016] 85 final.

<sup>519</sup> Ministero dell'Interno, “Procedure Operative Standard” del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, settembre 2015

<sup>520</sup> Tra i primi a denunciare la prassi nell'ambito del sistema *hotspot* dell'uso della forza nelle procedure di identificazione si veda il report di Amnesty International, *Hotspot Italia. Come le politiche dell'Unione Europea portano a violazioni dei diritti dei rifugiati e dei migranti* (reperibile al seguente URL: <http://www.amnesty.it/ue-chiede-a-italia-diusare-la-mano-dura-su-migranti-e-rifugiati-risultato-pestaggi-ed-espulsioni-illegali>).

<sup>521</sup> C. cost. sent. del 27 marzo 1962, n. 30; con osservazioni di R. G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di ps.*, in *Giurisprudenza costituzionale.*, 1/1962, pp. 242 ss..

delle impronte digitali non configura una limitazione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost<sup>522</sup>.

Tuttavia, la sentenza contiene una precisazione di rilievo. Trovandosi ancora una volta a dover giudicare della legittimità di una norma anteriore alla Costituzione ed ispirata ad un ordinamento del tutto diverso da quello Repubblicano, la Corte precisa che, pur non individuando profili di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, ritiene che *“anche per l'articolo oggi in esame la soluzione adottata non è - e non potrebbe essere - una soluzione definitiva”*.

Tale soluzione, tuttavia, non può che essere individuata dal legislatore a quale spetta il compito, secondo la Corte costituzionale, di *“formulare un precetto chiaro e completo che indichi, da una parte, i poteri che, in materia di rilievi segnaletici, gli organi della polizia di sicurezza possano esercitare perché al di fuori dell'applicazione dell'art. 13 della Costituzione”* (C. cost. sent. n. 30 del 1962).

A oltre cinquanta anni di distanza dalla sentenza della Corte costituzionale, si pensi che un tale compito non è ancora stato adempiuto dal legislatore, essendo tutt'oggi in vigore l'art. 4 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza.

Alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale, l'uso della forza da parte dell'autorità di polizia parrebbe porre alcune criticità poiché esso non è tutt'oggi disciplinato in alcun modo dalla legge<sup>523</sup>.

Principi ulteriori e rilevanti in materia di procedure di identificazione si possono ricavare dalla pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo *Sarigiannis c. Italia* del 2011<sup>524</sup>, originata da un ricorso proposto da cittadini francesi che lamentavano l'uso della forza e il trattenimento da parte dell'autorità di polizia italiana all'aeroporto Leonardo da Vinci in violazione della loro libertà personale (art. 5 CEDU) e del divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU).

Il Governo, al contrario, pur non contestando *“che gli agenti avessero usato la forza per vincere la resistenza dei ricorrenti”*, riteneva giustificato il comportamento degli stessi agenti, a fronte della resistenza dei ricorrenti a fornire le loro generalità; obbligo previsto dalla legge italiana.

Prima di tutto, la Corte ribadisce che *“l'obbligo di collaborare con la polizia e di fornire le proprie generalità, anche in assenza del sospetto di perpetrazione di un reato, costituisce un obbligo sufficientemente «concreto e specifico» da rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 5 § 1 b)” della Convenzione*.

Riguardo all'art. 3 della Convenzione, la Corte pur chiarendo che quest'ultimo *“non vieta il ricorso alla forza da parte degli agenti di polizia durante un fermo per*

---

<sup>522</sup> Sullo sviluppo delle procedure di identificazione e sulle loro problematiche in relazione ai principi costituzionali si veda diffusamente TRUCCO L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, 2004.

<sup>523</sup> Convinto della necessaria regolamentazione per via legislativa dell'uso della forza nelle procedure di identificazione A. CIERVO, *Ai confini di Schengen*, cit., p. 93.

<sup>524</sup> Corte EDU, *Case of Sarigiannis c. Italia*, (appl. n.14569/05), del 5 aprile 2011.

*accertamenti*”, precisa che *“il ricorso alla forza deve essere proporzionato e necessario alla luce delle circostanze del caso”*.

Dai principi espressi dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo e dalla Corte costituzionale italiana è possibile affermare che l’uso della forza ai fini identificativi da parte dell’autorità di polizia non è di per sé illegittimo, ma esso deve essere regolato da criteri chiari e specifici previsti con legge, coerentemente con i principi espressi dalla Corte costituzionale nella sent. n. 30 del 1962 e all’art. 5 par. 1 b CEDU.

Inoltre, tale uso della forza da parte dell’autorità di polizia deve sempre essere proporzionato e necessario.

Ora, si ritiene che l’uso della forza ai fini identificativi possa ritenersi “necessario” nel caso dei migranti giunti sulle coste europee, essendo in gioco interessi di rilievo costituzionale quali la sicurezza pubblica. La proporzionalità dell’uso della forza dovrà, invece, essere valutata caso per caso, essendo chiaro che tale uso non potrà mai essere tale da determinare *“sofferenze fisiche e mentali e, tenuto conto delle circostanze del caso, da instillare in loro anche paura, angoscia e senso di inferiorità tali da umiliare, avvilitare ed eventualmente vincere la loro resistenza fisica e mentale. Sono questi elementi ad indurre la Corte a ritenere che i maltrattamenti inflitti ai ricorrenti siano stati inumani e degradanti”* (C. EDU Sarigiannis c. Italia, 2011).

#### *b) Il trattenimento ai fini identificativi*

Come visto, il rifiuto reiterato da parte del migrante di fornire le proprie generalità può rappresentare una giustificazione al trattenimento del soggetto in un CPR per un massimo di trenta giorni e comunque non oltre il tempo necessario a svolgere le attività di identificazione.

La norma è stata molto criticata poiché la restrizione della libertà personale sembra essere del tutto svincolata da qualsivoglia provvedimento ablativo. Generalmente, infatti, la detenzione amministrativa è prevista quale misura esecutiva dell’espulsione o del trattenimento, mentre in questo caso sembra trattarsi di una vera e propria “sanzione” originata dal comportamento del soggetto.

La misura del trattenimento ai fini identificativi, adottata nel 2017, non ha ancora trovato riscontro nella prassi.

Tuttavia, si ritiene che tale misura, per essere considerata coerente con i principi costituzionali, debba rispettare alcuni requisiti.

In primo luogo, è evidente che – rappresentando il trattenimento una misura limitativa della libertà personale (C. cost. sent. n. 105 del 2001) – il relativo provvedimento debba essere convalidato dal giudice, coerentemente all’art. 13 Cost.

In secondo luogo, il trattenimento ai fini identificativi deve essere previsto con legge (art. 5 CEDU), e presentare i requisiti di “necessarietà” e “proporzionalità” richiesti dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo, ai fini di non essere considerato una violazione dell’art. 3 CEDU.

Da questo punto di vista, il trattenimento ai fini identificativi di cui all'art. 10 ter parrebbe essere coerente con il requisito della necessità della misura. Infatti, esso può essere disposto non a seguito di un semplice rifiuto, ma a seguito di un rifiuto "reiterato" da parte del migrante<sup>525</sup>.

Al contrario, più problematica pare la previsione del termine massimo di trenta giorni del trattenimento rispetto al principio di proporzionalità.

Non è scontato, infatti, che un termine così lungo possa essere considerato proporzionato allo scopo della norma stessa, ovvero quello di completare le procedure di identificazione. La criticità, appena segnalata, parrebbe comunque attenuata da fatto che la stessa norma prevede che il trattenimento possa "cessare prima ove siano ultimate le esigenze per le quali è stato disposto".

## **5.2. La nebulosa strada verso la presentazione della domanda di protezione internazionale, "spartiacque" tra "irregolari" e "regolari"**

Il metodo *hotspot*, oltre alle procedure di identificazione, prevede tutta una serie di attività propedeutiche alla presentazione della domanda di protezione internazionale. La "domanda di protezione" dovrebbe rappresentare un momento fondamentale per garantire il contenuto minimo necessario del diritto di cui all'art. 10, comma 3 Cost., consacrando il diritto di ingresso nel territorio dello Stato dei richiedenti protezione internazionale, al fine di poter accedere al procedimento di esame della domanda stessa.

Tuttavia, come si vedrà la prassi seguita negli *hotspots* sembra lontana dai principi sanciti dalla direttive europee ed italiane in materia.

### *a) Dalla teoria...i principi sanciti dalla normativa europea ed interna in relazione alla domanda di protezione internazionale e all'obbligo di informazione*

Anzitutto, le normative europee e nazionali mirano a limitare la discrezionalità amministrativa della polizia di frontiera, stabilendo che la competenza di quest'ultima è limitata alla ricezione della domanda<sup>526</sup>. Coerentemente con il principio di *non refoulement*, infatti, "le uniche "autorità competenti all'esame delle domande di protezione internazionale sono le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale" (art. 3 D.lgs. n. 25 del 2008). Ciò significa che l'ufficio di polizia di frontiera si deve limitare a ricevere la domanda di protezione, senza in alcun modo indagare i motivi che ne stanno alla base, sui quali - al contrario - sono unicamente competenti le commissioni territoriali.

In secondo luogo, la normativa in materia prevede una definizione molto ampia di "domanda di protezione".

---

<sup>525</sup> In senso contrario G. SAVIO, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.

<sup>526</sup> L'ampia discrezionalità dell'autorità amministrativa e di polizia nella ricezione della domanda di protezione e nella selezione dei migranti in arrivo è anche dovuta alla mancanza di una legge di attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost., come segnala M. BENVENUTI, *Il diritto costituzionale d'asilo*, cit., p. 34.



Da questo punto di vista vengono in rilievo prima di tutto i principi espressi dalla Direttiva UE n. 2013/32, la quale definisce all'art. 2, par. 1 lett b) "la domanda di protezione internazionale" quale "*richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide di cui si può ritenere che intenda ottenere lo status di rifugiato o lo status di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE e che possa essere richiesto con domanda separata*".

La norma, utilizzando l'avverbio "*esplicitamente*" esclusivamente in riferimento a "*diversi tipi di protezione*", sembra considerare quale domanda di protezione internazionale qualsiasi comportamento dello straniero – espresso o concludente – dal quale possa evincersi l'intenzione di richiedere protezione<sup>527</sup>.

Ciò è dimostrato anche dal c.d. Manuale Schengen una vera e propria guida pratica per le autorità di frontiera, il quale precisa che "*un cittadino di un paese terzo deve essere considerato un richiedente asilo/protezione internazionale se 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*"<sup>528</sup>.

Tali previsioni sembrano, dunque, ispirate alla massima tutela del richiedente, partendo dalla consapevolezza che la maggior parte dei migranti che giunge alle frontiere europee non è in grado di esplicitare una formale richiesta di protezione, non solo a causa di evidenti problematiche legate alla lingua, ma, anche, per la scarsa conoscenza sui loro stessi diritti e sulla possibilità di presentare la domanda di protezione.

In terzo luogo, strettamente collegato a quanto appena affermato, le direttive europee hanno previsto l'obbligo di informazione sulle normative in materia di protezione internazionale da parte dell'autorità di frontiera, preposta al ricevimento delle domande; obbligo poi recepito anche nell'ordinamento interno dall'art. 3 del D.lgs. n. 142 del 2015.

A proposito, l'art. 6 della Direttiva UE n. 2013/32 impone agli Stati membri di garantire che le "*autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale quali la polizia, le guardie di frontiera (...) 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*". Le informazioni devono essere assicurate, dunque, anche nei centri di trattenimento.

Parallelamente sempre il Manuale c.d. Schengen precisa che "*le autorità di frontiera devono informare i richiedenti, in una lingua che possa essere da loro sufficientemente compresa, delle procedure da seguire (come e dove presentare la*

---

<sup>527</sup> Si veda ancora così G. SAVIO, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, cit.

<sup>528</sup> Manuale pratico per le guide di frontiera C (2006) 5186 – *consilium*.

*domanda), nonché dei loro diritti e doveri, incluse le conseguenze possibili dell'inosservanza dei loro obblighi e di una mancata collaborazione con le autorità”.*

L'obbligo di informazione è stato sancito con chiarezza anche dalla giurisprudenza di legittimità secondo la quale il mancato espletamento di tale obbligo da parte dell'autorità di frontiera determina l'annullamento dei decreti di respingimento o trattenimento<sup>529</sup>.

Infatti, la Corte di cassazione, anche prima dell'introduzione dell'obbligo di informazione nel nostro ordinamento aveva affermato che “...., *se deve per un verso negarsi che le norme nazionali prevedano espressamente il dovere d'informazione ai valichi di frontiera invocato dal ricorrente...non può tuttavia continuare ad escludersi che il medesimo dovere sia necessariamente enucleabile in via interpretativa facendo applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive Europee in corso di recepimento e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della CEDU, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza dell'apposita corte sovranazionale*” (Cass. ord. n. 5926 del 25 marzo 2015).

Tale principio è stato poi confermato dall'ordinanza della Cassazione n. 10743 del 2017 della sesta sezione civile che ha annullato un decreto di trattenimento poiché “*il dovere delle autorità nazionali di fornire informazioni ai cittadini stranieri e agli apolidi in ingresso nel territorio nazionale che desiderino presentare domanda di protezione internazionale ... è attualmente sancito dagli artt. 1, co. 2 e 3, d.lgs. 142/2015 ... ne consegue che il ricorrente, che aveva immediatamente manifestato la sua volontà di presentare la domanda, avrebbe dovuto ricevere le predette informazioni già al suo sbarco e avrebbe dovuto essere indirizzato presso un centro di accoglienza*”<sup>530</sup>.

Oltre all'obbligo di informazione, viene in rilievo un ulteriore principio sancito dalla normativa europea e nazionale a tutela del richiedente. Il D.lgs. n. 25 del 2008, infatti, pur prevedendo che “*la domanda di protezione internazionale è presentata personalmente dal richiedente presso l'ufficio di polizia di frontiera*”, precisa all'art. 8, coerentemente con il principio di *non refoulement* che “*le domande di protezione internazionale non possono essere respinte, ne' escluse dall'esame per il solo fatto di non essere state presentate tempestivamente*”.

Da quanto appena esposto, dunque, si deducono alcuni principi fondamentali in materia di presentazione della domanda di asilo.

---

<sup>529</sup> Cfr. in particolare sul tema D. BELLUCCIO, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio. Nota a Corte di Cassazione Civile Sez. VI, Ord. n. 10743 del 24.2/3.5.2017*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.

<sup>530</sup> C. Cass. Sez. VI, Ord. del 24 febbraio 2017, n. 1073; con nota di D. BELLUCCIO, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio*, cit.

In primo luogo, la domanda non deve essere formalizzata in alcun modo dal richiedente, ma è sufficiente un comportamento concludente che dimostri la sua intenzione. Ciò, poiché gli unici soggetti competenti a giudicare sui motivi a fondamento della domanda di protezione sono le Commissioni territoriali, e non la polizia di frontiera, la quale deve limitarsi ad accogliere la domanda.

In secondo luogo, necessario corollario alla presentazione della domanda di protezione internazionale, è il diritto di informazione dei migranti riguardo ai loro diritti e alle normative in materia, al quale corrisponde l'obbligo di informazione da parte delle autorità di frontiera, che se non espletato determina l'illegittimità dei provvedimenti di respingimento e/o trattenimento.

Infine, la normativa sancisce che la domanda di protezione non debba essere necessariamente proposta alla frontiera *“né escluse dall'esame per il solo fatto di non essere state presentate tempestivamente”*.

b) *...alla prassi svolta secondo il metodo hotspot*

E' ora opportuno mettere a confronto i principi appena illustrati con la prassi concretamente messa in atto secondo il metodo *hotspot*.

In primo luogo, l'attività della polizia di frontiera non sembra esclusivamente volta a raccogliere la domanda di protezione internazionale, ma, al contrario, numerosi rapporti mettono in luce come, talvolta, la medesima autorità effettui una vera e propria “selezione” dei migranti attraverso la distinzione tra migranti cosiddetti “economici” (e dunque “irregolari”) e “richiedenti asilo”; attività che – come detto – spetterebbe esclusivamente dalle Commissioni territoriali<sup>531</sup>.

Infatti, le prime attività, propedeutiche alla presentazione della domanda di protezione internazionale, avvengono già nel momento dello sbarco o subito dopo l'ingresso negli *hotspots*, mediante quelle che vengono definite dalle “Procedure operative standard del Ministero dell'Interno” “attività di pre-identificazione”.

Tali attività che, secondo la relazione di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza<sup>532</sup>, sarebbero volte ad una prima “classificazione dei migranti”, basandosi *“essenzialmente su interviste effettuate al momento dello sbarco da funzionari di polizia nel luogo stesso di sbarco o all'interno dei centri hotspots”*<sup>533</sup>.

Stupisce come le interviste non siano solo volte a raccogliere le generalità o informazioni relative alla nazionalità, ma mirano già in questa fase ad indagare le motivazioni che hanno spinto il migrante a raggiungere la frontiera italiana<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> Cfr. in questo senso la relazione di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, 2016.

<sup>532</sup> *Ibidem*.

<sup>533</sup> *Ibidem*.

<sup>534</sup> Sul tema cfr. diffusamente P. BONETTI, *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in P. Bonetti, *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 571 ss.

Tali informazioni vengono poi raccolte dall'autorità di frontiera nel c.d. “foglio notizie”, nel quale - pur non essendo disponibile alcuna una versione ufficiale – vengono indicate - secondo le associazioni e la relazione della Commissione parlamentare di inchiesta - le generalità e i motivi attinenti alla migrazione, incasellandoli in “richiesta asilo” o “*job searching*”.

Inoltre, secondo le procedure operative standard al momento dello sbarco viene distribuito ai migranti un opuscolo informativo sulla protezione internazionale. Non è chiaro, tuttavia, in quante e quali lingue sia redatta tale documentazione e se al momento dello sbarco siano sempre presenti interpreti e mediatori culturali.

Si comprende, dunque, quanto un simile metodo sia lontano dal principio stabilito dalla direttiva europea, secondo il quale le autorità di frontiera dovrebbero limitarsi a raccogliere la mera intenzione del richiedente – senza che sia necessaria alcuna formalità.

Una simile prassi parrebbe mostrare, come già al momento dello sbarco, senza che, verosimilmente, gli stranieri abbiano ricevuto alcuna informazione adeguata sulla possibilità di chiedere protezione, venga effettuata una prima selezione, suddividendo i migranti, sulla sola base del “foglio notizie”, in irregolari e richiedenti asilo<sup>535</sup>.

Di tale prassi era consapevole anche Dipartimento per le libertà civile e l'immigrazione che tra il 2015 e il 2016 ha adottato una serie di circolari rivolte alla polizia di frontiera per evidenziare che “la selezione dei migranti” non potesse avvenire sulla base delle sole informazioni rientranti nel foglio notizie e richiamando, a tal fine, i principi espressi dalla Corte di cassazione in materia: «*il non consentire la presentazione della domanda di protezione internazionale costituisce una chiara violazione di legge» sanzionata «a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento»* (Cass. civ. VI Sez. n. 5926/2015)”.

In effetti, tale prassi non è passata inosservata ai giudici competenti per le convalide dei decreti di trattenimento e respingimento c.d. differito.

Tra le tante pronunce merita di essere ricordate l'ordinanza del Tribunale di Torino (Trib. Torino, Sez. I civ., ord. 22.10.2015) chiamato a convalidare il trattenimento in un CPR, di un cittadino straniero, la cui domanda di protezione internazionale era stata ritenuta strumentale all'allontanamento.

Il giudice, in questo caso, osservava come tale intento strumentale non potesse essere suffragato dalla semplice redazione del c.d. foglio notizie in uso alle questure,

---

<sup>535</sup> Ciò sembra porsi in difficile equilibrio con la riserva di legge assoluta di cui all'art. 10, comma 3 Cost., la quale come evidenziato dalla dottrina mira ad evitare abusi dell'autorità amministrativa nel riconoscimento di un diritto fondamentale A. CASSESE, *Art.10. Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit., p. 533 ss.. Diversamente, P. BONETTI, *Il diritto d'asilo*, Sez. I, in B. NASCIMEBENE, cit. p. 1155; C. ESPOSITO, *Asilo (Diritto di)*, cit., p. 226 ritiene che la riserva di legge di cui all'art. 10, comma 3 Cost. configuri una riserva di legge relativa. Tuttavia, i requisiti di riconoscimento del diritto non possono essere lasciati secondo l'A. alla discrezionalità amministrativa.

trattandosi di modulo estremamente sommario, redatto in condizioni disagiati e senza la certezza dell'assistenza linguistica.

Infine, la prassi del metodo *hotspot* parrebbe mostrare un ulteriore profilo di criticità. Tale "selezione operata all'ingresso" sembra aver la conseguenza di precludere nei fatti ai migranti di poter presentare in un momento successivo all'attraversamento alla frontiera, la domanda di protezione internazionale.

Come visto, la legge infatti consente di presentare la domanda non solo alle frontiere ma anche presso le questure ove i migranti hanno "dimora", stabilendo che le domande non possono in alcun caso essere respinte per il solo fatto di non essere state presentate "tempestivamente".

Alcune Questure, tuttavia, hanno messo in atto la prassi di richiedere la "dichiarazione di ospitalità" quale requisito per poter presentare la domanda di protezione "non tempestiva". Tale prassi è stata considerata illegittima dal Tribunale di Trieste e dal Tribunale di Milano, poiché lesiva del diritto soggettivo d'asilo, il quale deve essere garantito mediante la presentazione della domanda di protezione, sulla quale le autorità di pubblica sicurezza non hanno alcuna discrezionalità, se non quella di ricevere la domanda<sup>536</sup>.

La prassi messa in atto negli *hotspots* sembra dunque ampliare notevolmente i poteri dell'amministrazione incidendo negativamente sul contenuto minimo del diritto costituzionale d'asilo, di cui all'art. 10, comma 3<sup>537</sup>.

## **6. Le conseguenze dell'attraversamento irregolare della frontiera. Problematiche relative al respingimento c.d. differito**

La presentazione della domanda di protezione internazionale dovrebbe rappresentare il momento in cui i "richiedenti asilo" - avendo titolo di ingresso nel territorio dello Stato - sono avviati verso il procedimento di esame della domanda stessa; mentre per "*le persone che non abbiano manifestato la volontà di chiedere protezione internazionale e non abbiano diritto di rimanere sul territorio nazionale*" sono avviati alle procedure di rimpatrio.

Il fatto di non presentare domanda di protezione internazionale fa automaticamente rientrare questi soggetti tra coloro che hanno compiuto l'attraversamento della frontiera in modo irregolare; fatto che, come noto, ha delle conseguenze, disciplinate dal D.lgs. 286 del 1998.

---

<sup>536</sup> Cfr. L'ordinanza del Tribunale di Milano n. 32311/2017 RG e l'ordinanza cautelare ex art. 700 cpc del Tribunale di Trieste, RG n. 1929/18; con commento di M. PIPPONZI, *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in *Questione giustizia*, 5 settembre 2018.

<sup>537</sup> In tal senso, sulla discrezionalità dell'autorità amministrativa e l'art. 10, comma 3 Cost. G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, vol. II, *La circolazione degli uomini e delle cose*, Padova, 1966, 74 ss.; C. ESPOSITO, *Asilo (Diritto di)* cit.; p. 222; G. CORDINI, *Il diritto d'asilo nelle Costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione Europea* in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto d'asilo in Europa: problemi e prospettive*, Bolzano, 2008, p. 75 ss.; E. BERNARDI, *Asilo politico, Digesto delle Discipline pubblicistiche* cit. p. 428 ss.; A. CASSESE, *Art.10, Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, cit. p. 533.

In primo luogo, essendo questi ultimi stati rintracciati in un momento “successivo” all’attraversamento della frontiera o essendo stati lì trasportati per finalità di “soccorso” saranno soggetti al respingimento c.d. “differito” con accompagnamento alla frontiera, di cui all’art. 10, comma 2 D.lgs. 286 del 1998.

Se non è possibile eseguire il respingimento con accompagnamento alla frontiera, come si analizzerà nel paragrafo che segue, lo straniero può essere trattenuto nel CPR – Centro di permanenza rimpatri - più vicino “*a causa di situazioni transitorie che ostacolano*” la preparazione o l’effettuazione del rimpatrio - fatti che peraltro avvengono con una certa frequenza – “*per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino*”. Ove non vi sia disponibilità di posti all’interno del CPR lo straniero potrà essere allontanato mediante provvedimento del Questore di intimazione a lasciare il territorio dello Stato entro trenta giorni.

Allo stesso modo, gli stessi sono imputabili del reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato di cui all’art. 10 bis D.lgs. 286 del 1998, che si riferisce anche agli stranieri soggetti a respingimento differito. L’avvenuto respingimento impone al giudice di pace, competente per l’accertamento del reato di cui all’art. 10 bis D.lgs. 286 del 1998, di pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

Come noto, il reato di ingresso irregolare nel territorio dello Stato è stato oggetto di pronunce della Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 105 del 2001; C. cost. sent. n. 250 del 2010), la quale ha considerato non ha riscontrato profili di illegittimità costituzionale in relazione al reato di ingresso illegale nel territorio dello Stato poiché – contrariamente a quanto sostenuto dal giudice remittente “*oggetto dell’incriminazione non è un «modo di essere» della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti*” (C. cost. sent. n. 250 del 2010)<sup>538</sup>.

Le criticità che vengono in rilievo alle frontiere dello Stato attengono, per di più, alle conseguenze di fatto dettate dalla sovrapposizione dei provvedimenti di respingimento e di reato di ingresso illegale. Come sottolineato da numerosi studi e rapporti, il reato di ingresso illegale ha comportato l’apertura di un numero sproporzionato di procedimenti soprattutto presso le Procure vicine alle zone di frontiera; procedimenti che, per la maggior parte, sono stati definiti con sentenze di non luogo a procedere dai giudici di pace competenti, essendo stato eseguito il respingimento<sup>539</sup>. Ci si potrebbe, dunque, interrogare sulla ragionevolezza di

---

<sup>538</sup> Per un approfondimento sulla sentenza cfr. F. BAILO, *L’immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l’aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2010, pp. 2504 ss.; E. DI CAGNO, *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Rivista penale*, 7/2010, pp. 687 ss.; M. LA ROSA, *“Clandestinità” e profili d’illegittimità costituzionale: Corte cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte cost. 8 luglio 2010 n. 250*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2011, pp. 1406 ss.; V. MANES., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012; L. MASERA, *Costituzionale il reato di clandestinità incostituzionale l’aggravante: le ragioni della Corte costituzionale*, cit., pp. 37 ss.; P. PALERMO, *La “clandestinità”: storia di “evoluzioni” criminali*, in *Rivista penale*, 9/2010, pp. 815 ss.

<sup>539</sup> Cfr. in questo senso la nota di Asgi, Associazione studi giuridici sull’immigrazione, del 3 ottobre 2010.

mantenere una simile fattispecie di reato contestualmente all'adozione di un provvedimento di respingimento differito.

In questa sede è opportuno concentrarsi, invece, sul c.d. respingimento differito, misura che viene maggiormente in rilievo alle frontiere dello Stato, quale mezzo di reazione agli ingressi illegali e che presenta non poche criticità in relazione ai principi costituzionali.

Tali problematiche sono state messe in luce dalla dottrina sin dall'approvazione del D.lgs. n. 286 del 1998<sup>540</sup>.

In primo luogo, il respingimento differito pur essendo eseguito sempre con accompagnamento alla frontiera, avviene in assenza di qualsiasi intervento di convalida da parte dell'autorità giudiziaria e senza che la legge indichi i mezzi di tutela giurisdizionale esperibili avverso il decreto di respingimento.

Ciò pare porsi in contrasto con le garanzie di cui all'art. 13 Cost., nonché con il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.

Infatti, già dalla sentenza n. 105 del 2001, la Corte costituzionale ha chiarito che l'accompagnamento alla frontiera 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”*, rappresentando dunque una *“misura restrittiva, e in quanto tale non può restare estraneo al controllo dell'autorità giudiziaria”*.

Inoltre, l'immediata esecutività dell'accompagnamento alla frontiera, in assenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria, rischia di violare *“il diritto di difesa dello straniero nel suo nucleo incompressibile”* (C. cost. sent. n. 222 del 2004<sup>541</sup>).

Parte della dottrina, inoltre, evidenzia altre due principali criticità.

Alcuni autori notano, infatti, come il provvedimento di respingimento differito mancherebbe dei presupposti di eccezionalità ed urgenza, richiesti dall'art. 13, comma 3 Cost. per l'adozione di atti provvisori limitativi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Infatti, il fatto che sia la stessa legge a stabilire che il respingimento è disposto dal Questore, induce quest'ultimi autori a ritenere che il respingimento rappresenti una misura disposta *“in via ordinaria”* dall'autorità di pubblica sicurezza e non *“eccezionale”*, per la quale tuttavia non è stato previsto alcun intervento da parte dell'autorità giudiziaria<sup>542</sup>.

---

<sup>540</sup> Sui profili critici del respingimento differito cfr. P. BONETTI, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, cit., p. 48 ss.; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene ed., 2012, pp. 145 ss.

<sup>541</sup> A commento A. CAPUTO, *La libertà personale è uguale per tutti. Corte costituzionale e disciplina dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 1047 ss.; D. CARRARELLI, *L'effettività del procedimento di convalida del decreto di espulsione al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 913 ss.

<sup>542</sup> Cfr. su tutti P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2018.

Un'altra criticità evidenziata dalla dottrina riguarda la genericità dei presupposti previsti dalla legge per l'adozione del provvedimento di respingimento differito. Infatti, l'art. 10, comma 2 D.lgs. n. 286 del 1998 stabilendo che il respingimento è adottato nei confronti dello straniero "fermato «subito dopo» l'ingresso nel territorio" determinerebbe "un illimitato potere di scelta circa il nesso temporale e/o spaziale tra ingresso e respingimento, sia circa il tipo di provvedimento da adottare nel caso concreto in ipotesi in cui sarebbe adottabile o il respingimento differito o il provvedimento amministrativo di espulsione"<sup>543</sup>. Ciò in violazione non solo della riserva di legge assoluta di cui all'art. 13 Cost., ma anche dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo in relazione all'art. 5 Cedu, le misure previste dalla legge nazionale devono essere previste in modo chiaro e conoscibile dagli interessati.

Tutti questi profili sono stati portati all'attenzione della Corte costituzionale dal Tribunale di Palermo, il quale ha sollevato la questione in relazione al respingimento differito, previsto dall'art. 10, comma 2 D.lgs. n. 286 del 1998, in riferimento agli artt. 10, secondo comma, 13, secondo e terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione (C. cost. sent. n. 275 del 2017)<sup>544</sup>.

Il caso, che ha dato origine alla questione, mette in luce il complesso intreccio delle misure di contrasto all'ingresso illegale degli stranieri nel territorio dello Stato, riguardando la situazione di un cittadino extra-comunitario soggetto a respingimento c.d. differito, che, a causa dell'impossibilità di eseguire l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento, è stato poi oggetto di ordine di intimazione a lasciare il territorio dello Stato<sup>545</sup>.

Proprio poiché all'accompagnamento alla frontiera era seguito l'ordine del Questore di intimazione a lasciare il territorio dello Stato, la Corte considera la questione priva di attualità e come tale la dichiara inammissibile per difetto di rilevanza.

Pur non entrando nel merito, tuttavia, la sentenza enuncia alcuni principi che chiariscono il rapporto tra respingimento con accompagnamento alla frontiera e ordine di lasciare il territorio dello Stato.

Infatti, la Corte ritiene che, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice rimettente, l'ordine del Questore "non affianca il precedente, per quanto concerne l'accompagnamento coattivo, ma lo supera, sostituendo tale forma esecutiva con l'ordine di lasciare entro un breve termine il territorio dello Stato". Ciò secondo la Corte è coerente con lo "scopo di porre fine al soggiorno illegale dello straniero, senza però operare una restrizione della sua libertà personale".

---

<sup>543</sup> *Ibidem*.

<sup>544</sup> C. Cost. sent. 20 dicembre 2017, n. 275; con osservazioni di cfr. su tutti P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit.; V. CARLINO, *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018; G. MONACO, *Un "monito" al legislatore sulle modalità di esecuzione del respingimento alla frontiera dello straniero*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, pp. 468 ss.

<sup>545</sup> Per una descrizione del caso cfr. ancora P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit.



Ne discende, dunque, che *“l’accompagnamento coattivo e l’ordine di lasciare il territorio dello Stato sono chiaramente alternativi, e non può ritenersi che, per effetto del secondo provvedimento, il primo, in attesa del volontario allontanamento dello straniero, rimanga temporaneamente sospeso, per riprendere poi vigore ed essere eseguito a discrezione dell’autorità di polizia”*.

Si tratta di una precisazione importante, che pone fine alla prassi che vedeva il sovrapporsi delle misure di accompagnamento alla frontiera e dell’ordine di lasciare il territorio dello Stato, producendo *l’anomalo effetto di dare all’autorità di polizia, sulla base di proprie valutazioni, anche a distanza di tempo dall’ingresso nel territorio dello Stato, la facoltà di eseguire l’accompagnamento senza alcun ulteriore controllo da parte dell’autorità giudiziaria”*.

Una simile affermazione della Corte costituzionale sembra mettere in luce come alle frontiere si produca il rischio di lasciare la decisione su diritti che spettano alla persona in quanto “essere umano”, ai poteri discrezionali dell’autorità di polizia in nome della sicurezza nazionale e a discapito della garanzie costituzionali.

Con la sentenza n. 275 del 2017, la Corte costituzionale, pur sembrando perdere l’occasione di entrare nel merito delle criticità della disciplina del respingimento differito in relazione all’art 13 e 24 della Costituzione, rivolge un monito al legislatore, precisando che *“l’inammissibilità delle questioni non può esimere la Corte dal riconoscere la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale (sentenze n. 222 del 2004 e n. 105 del 2001) e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all’art. 13, terzo comma, Cost”*.

Il monito della Corte costituzionale è stato di recente ascoltato dal legislatore che, mediante l’art. 5 del D.l. n.113 del 2018, ha introdotto all’art. 10 del D.lgs. n. 286 del 1998 la precisazione che *“al provvedimento di respingimento di cui al comma 2 si applicano le procedure di convalida e le disposizioni previste dall’articolo 13, commi 5-bis, 5-ter, 7 e 8”*.

## **7. Le conseguenze della presentazione o della mancata presentazione della domanda di protezione internazionale: il trattenimento amministrativo alla frontiera**

La presentazione della domanda di protezione internazionale, in qualsiasi forma essa venga effettuata, dovrebbe rappresentare il momento “spartiacque” al fine di individuare coloro che, avendo presentato la predetta domanda, hanno titolo di ingresso nel territorio dello Stato, conformemente al contenuto minimo necessario del diritto costituzionale d’asilo, e coloro che invece non hanno alcun titolo di ingresso nel territorio dello Stato e quindi sono considerati “irregolari”.

Da questo momento in poi, il destino dei richiedenti protezione internazionale e di coloro che sono stati considerati irregolari alla frontiera dello Stato dovrebbe seguire strade del tutto differenti.

I primi sono avviati, ove ne facciano richiesta o siano privi di mezzi sufficienti per il loro stesso sostentamento, al sistema di seconda accoglienza, in attesa del perfezionamento del procedimento di riconoscimento della domanda di protezione internazionale.

I secondi, al contrario, sono destinati all'avvio delle procedure di rimpatrio o, nel caso in cui esse non siano immediatamente eseguibili con accompagnamento alla frontiera, essi potranno essere trattenuti, secondo le modalità stabilite dalla legge e che si analizzeranno nei paragrafi che seguono.

Tuttavia, sembra che - anche a seguito della domanda di protezione internazionale -, il destino di alcuni richiedenti protezione possa essere "equiparato" a quello di coloro che, invece, non hanno alcun titolo di ingresso nel territorio dello Stato.

Ciò parrebbe dimostrato, seppur con le differenze che si meglio esplicheranno in seguito, dalla proliferazione delle diverse forme di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale che possono essere eseguite alla frontiera dello Stato, anche a seguito della presentazione della domanda di protezione internazionale.

Si è consapevoli che si tratta di un'affermazione molto forte e che i presupposti, le conseguenze e i termini del trattenimento dei richiedenti protezione, sono differenti rispetto a quelli previsti dalla disciplina del trattenimento nei confronti degli stranieri irregolari. Ma la scelta di trattare congiuntamente i due istituti<sup>546</sup>, sembra essere avvalorata ulteriormente dalle più recenti novelle legislative, le quali sembrano avere l'effetto di estendere il trattenimento ad ogni straniero giunto alla frontiera al fine di stabilirne l'identità e la cittadinanza.

Più precisamente, nel contesto normativo attuale è possibile rintracciare diverse forme di trattenimento amministrativo che vengono in rilievo alla frontiera dello Stato.

In particolare, ai fini della presente analisi è utile distinguere due forme di trattenimento: a) quelle che possono essere disposte alla frontiera nei confronti degli stranieri e dei richiedenti protezione "in ingresso" nel territorio dello Stato; b) quelle che, invece, rappresentano modalità esecutive del respingimento differito; misura che tra le varie ipotesi di allontanamento è quella che maggiormente viene in rilievo alla frontiera<sup>547</sup>.

I destinatari del trattenimento alla frontiera versano dunque in situazioni diverse: i destinatari del trattenimento "pre-allontanamento" non hanno alcun titolo di ingresso o permanenza nel territorio dello Stato, mentre i richiedenti protezione internazionale sono titolari di un diritto costituzionalmente garantito all'ingresso nel territorio dello Stato.

---

<sup>546</sup> Si tratta di una scelta già compiuta in dottrina D. SERRAPEDE, *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, Anno 10, n. 2, p. 155 ss.

<sup>547</sup> La distinzione tra trattenimento "in uscita" e "in ingresso" è operata anche da E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, cit.;

Coerentemente con quanto appena affermato, i presupposti legittimanti del trattenimento “pre-allontanamento” e del trattenimento “in ingresso” sono diversi e disciplinati in fonti legislative differenti.

Sinteticamente, per quanto riguarda il trattenimento quale forma esecutiva del respingimento ai sensi dell’art. 14 D.lgs. n. 286 del 1998, è opportuno evidenziare che esso può essere predisposto dal questore nei casi in cui non sia possibile eseguire “con immediatezza” il respingimento con accompagnamento alla frontiera “*a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento, il questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza per i rimpatri più vicino*”<sup>548</sup>.

Tra le situazioni che legittimano il trattenimento di cui all’art. 14 rientrano il “*rischio di fuga*” così come disciplinato dall’art. 13, comma 4 bis, *nonché “quelle riconducibili alla necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo”*.

Per quanto attiene, invece, al trattenimento in “ingresso” è necessario distinguere tra il trattenimento che può essere predisposto nei confronti dei richiedenti protezione internazionale, quindi in un momento successivo alla presentazione della domanda di protezione, e quello che, diversamente, può essere predisposto ai sensi dell’art. 10 ter D.lgs n. 286 del 1998 nei confronti degli stranieri rintracciati alla frontiera che si rifiutino di sottoporsi ai procedimenti di identificazione.

In relazione al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale viene anzitutto in rilievo il principio, sancito dal D.lgs. n. 142 del 2015 e dalla direttiva UE n. 2013/33, secondo il quale “*il richiedente non può essere trattenuto per il solo fatto di aver presentato domanda di protezione*”<sup>549</sup>.

L’art. 6 del D.lgs n. 142 del 2015 dettaglia i presupposti specifici che devono essere valutati, caso per caso, che legittimano l’adozione del trattenimento dei richiedenti protezione: la commissione di gravi reati, la pericolosità sociale; sono trattenibili inoltre i richiedenti che costituiscano un pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza, che siano sospettati di operare in organizzazioni terroristiche, o che la cui domanda venga considerata strumentale ad evitare un provvedimento di allontanamento. La norma prevede, ancora, quale presupposto legittimante il trattenimento dei

---

<sup>548</sup> In relazione ai presupposti che legittimano il trattenimento in esecuzione dell’espulsione si veda ancora E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, cit., pp. 93 ss.

<sup>549</sup> Sul tema del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto UE e in quello italiano*, in A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI, G. CATALDI (A CURA DI), *Il diritto d’asilo in Europa*, Napoli, 2014, p. 62 ss.; F. ZORZI GIUSTINIANI, *La detenzione dei richiedenti asilo nell’Unione europea. Rilevi critici a margine della rifusione della direttiva*, in G. CACCIANO (a cura di) *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione europea e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 407 ss.; SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4/2015, p. 142 ss.

richiedenti protezione internazionale, analogamente a quanto previsto per il trattenimento “pre-espulsivo”, il rischio di fuga, configurabile nel caso in cui “*il richiedente ha in precedenza fatto ricorso sistematicamente a dichiarazioni o attestazioni false sulle proprie generalità al solo fine di evitare l'adozione o l'esecuzione di un provvedimento di espulsione ovvero non ha ottemperato ad uno dei provvedimenti di cui all'articolo 13, commi 5, 5.2 e 13, nonché all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*”. Infine, è opportuno ricordare che il D.lgs. n. 113 del 2018 ha introdotto una nuova forma di trattenimento nei c.d. “punti di crisi” dei richiedenti protezione internazionale nel caso in cui non sia possibile accertarne l’identità o la cittadinanza, già analizzata.

Tra le forme di trattenimento “in ingresso”, ma che non riguarda specificamente i soli richiedenti protezione internazionale, è opportuno segnalare il trattenimento ai fini identificativi, di cui all’art. 10, comma ter, che sembrerebbe operare in un momento antecedente alla presentazione della domanda di protezione e quindi attivabile nei confronti degli stranieri rintracciati alla frontiera, siano essi “potenziali irregolari” o “potenziali richiedenti protezione”, nel caso in cui essi si rifiutino in modo reiterato di sottoporsi ai procedimenti di identificazione<sup>550</sup>.

Nonostante dunque le forme di trattenimento appena brevemente descritte si fondino su presupposti diversi e abbiano quali destinatari soggetti che si distinguono in ragione del titolo di ingresso nel territorio dello Stato, costituzionalmente garantito esclusivamente per i richiedenti protezione internazionale, non si può non notare come esse si sostanzino in forme di privazione della libertà personale, particolarmente incisive (cfr. C. cost. sent. n. 105 del 2001) e con modalità di esecuzione, durata e condizioni del tutto assimilabili tra loro.

Ciò è dimostrato anzitutto dall’analisi delle disposizioni legislative che disciplinano le diverse forme di trattenimento che vengono in rilievo alla frontiera.

Anzitutto il trattenimento, è disposto nei centri di permanenza per rimpatri CPR, tanto che si tratti di trattenimento “pre-allontanamento”, tanto di trattenimento di richiedenti protezione internazionale, salvo la specificazione contenuta nel D.lgs. n. 142 del 2015 che impone di individuare all’interno dei medesimi centri, ove possibile, “appositi spazi” per i richiedenti protezione. Fa eccezione, come visto, il trattenimento introdotto dall’art. 3 del D.l. n. 113 del 2018 che individua quali luoghi esecutivi della misura i c.d. “punti di crisi”.

In secondo luogo, la durata del trattenimento è disciplinata con modalità analoghe: il trattenimento dei richiedenti protezione non può protrarsi oltre il “il tempo strettamente necessario all'esame della domanda” di protezione<sup>551</sup> (art. 6, comma 6,

---

<sup>550</sup> Sulle novità introdotte dal D.l. n. 13 del 2017, conv. l. 46 del 2017 in relazione al trattenimento L. SCOPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: governo e parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Legislazione Penale*, 2017, pp. 4 ss.

<sup>551</sup> E’ bene specificare che la stessa norma precisa che “*eventuali ritardi nell'espletamento delle procedure amministrative preordinate all'esame della domanda, non imputabili al richiedente, non giustificano la proroga del trattenimento*”.

D.lgs. n. 142 del 2015); mentre il trattenimento “pre-allontanamento” dovrebbe perdurare “per il tempo strettamente necessario” (art. 14, comma 1 D.lgs. n. 286 del 1998) all’esecuzione dell’allontanamento.

Inoltre, il termine di trattenimento esecutivo dell’allontanamento dovrebbe essere di norma di trenta giorni, a partire dalla convalida dello stesso provvedimento. Lo stesso termine di trenta giorni, è fissato tanto per il trattenimento dei richiedenti asilo negli *hotspots*, tanto per gli stranieri che rifiutandosi di sottoporsi alle procedure di identificazione, sono tradotti nei CPR. Il termini massimi dell’allontanamento “pre-allontanamento”, invece, sono stati sensibilmente modificati dal D.l. n. 113 del 2018, il quale estende il termine massimo di trattenimento a centottanta giorni, prorogabili di altri novanta giorni; allo stesso termine sono sottoposti i richiedenti protezione, a causa dell’impossibilità di identificazione nonostante il trattenimento nei punti di crisi, sono trasportati in un CPR per un periodo massimo di centottanta giorni.

Ancora, tutte le forme di trattenimento brevemente descritte sono disposte dal questore per iscritto e devono essere convalidate dall’autorità giudiziaria entro quarantotto ore dall’adozione del provvedimento questorile, rieccheggiando così – “*la disciplina dell’articolo 13, terzo comma, della Costituzione, e della riserva di giurisdizione in esso contenuta*” (C. cost. sent. n. 105 del 2001). Tuttavia, è bene evidenziare che il procedimento di convalida si differenzia per la competenza, che è affidata – per il trattenimento dei richiedenti protezione - alla sezione del Tribunale specializzata in materia di protezione internazionale e immigrazione, mentre per gli stranieri in attesa di allontanamento al Giudice di pace.

Infine, anche le condizioni di trattenimento sono nella sostanza del tutto simili tra loro, prevedendo il divieto di allontanamento dal centro e forti poteri dell’autorità di pubblica sicurezza (art. 14 D.lgs. n. 286 del 1998 e art. 21 D.p.r. n. 394 del 2002) sostanziandosi in forme di detenzione amministrativa, o per dirla con parole di autorevole dottrina di “*galera-amministrativa*”<sup>552</sup>.

Sulla legittimità del trattenimento amministrativo in sé, si è interrogata come noto a lungo la dottrina<sup>553</sup>, che dubitava potessero essere considerate costituzionalmente ammissibili forme detentive di privazione della libertà personale, completamente sconnesse dalla commissione di un reato o dallo svolgimento di un procedimento penale<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> L’espressione è coniata da A. PUGIOTTO, *La Galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali*, 2014, p. 587 ss.; P. MARTUCCI, *La detenzione amministrativa degli stranieri irregolari. Una questione europea, fra sicurezza, emergenza e continuità*, in AA.VV., *Le garanzie fondamentali dell’immigrato in Europa*, S. AMEDEO – F. SPILATERI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, p. 331 ss.;

<sup>553</sup> Sulle problematiche evidenziate dalla dottrina all’indomani dell’introduzione del trattenimento amministrativo AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, cit.

<sup>554</sup> Tra i tanti A. PUGIOTTO, *La Galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, cit., 587 ss.. L’A. come la maggior parte degli autori ha ricondotto sin da subito l’istituto del trattenimento amministrativo nell’alveo dell’art. 13 Cost. Contrariamente, R. BIN, *Molti dubbi, un’unica certezza*, in AA.VV., *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 35 ss.; E. D’ELIA, *La legittima difesa dello Stato contro l’aggressione dello straniero clandestino*, ivi, p. 75 ss. Inoltre, si poneva il problema di

Tuttavia, come noto, è stata la Corte costituzionale che pur non affrontato la legittimità del trattenimento amministrativo in sé, ha di fatto avvallato con una sentenza interpretativa di rigetto – la già più volte citata sentenza n. 105 del 2001 – il trattenimento amministrativo quale forma di privazione della libertà personale<sup>555</sup>, ovviamente solo se esso sia rispettoso delle garanzie della riserva di legge e della riserva di giurisdizione, di cui all'art. 13 della Cost.

In effetti, le problematiche costituzionali che si pongono in relazione al trattenimento “pre-allontanamento” e del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, quali forme limitative della libertà personale sono del tutto analoghe e attengono essenzialmente al rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost., nonché alla garanzia del diritto di difesa durante il procedimento di convalida del trattenimento.

In relazione al rispetto della riserva di legge assoluta di cui all'art. 13 della Costituzione, ciò che maggiormente parrebbe risultare problematico è la disciplina delle condizioni del trattenimento, non regolamentata interamente dalla legge, ma specificata e dettagliata in fonti di rango secondario, ed in particolare nel D.p.r. n. 394 del 2002.

Tale criticità risultava lampante, almeno per quanto attiene al respingimento “pre-allontanamento”, nella versione originaria del D.lgs. n. 286 del 1998, il quale rimetteva al regolamento di attuazione la disciplina di misure chiaramente limitative della libertà personale, come la messa in atto di tutti gli strumenti necessari da parte del questore al fine di impedire “*l'indebito allontanamento delle persone trattenute e per ripristinare la misura nel caso che questa venga violata*” (art. 21 D.p.r. 394 del 2000)<sup>556</sup>. Anche a seguito delle numerose critiche da parte della dottrina, il divieto di allontanamento è stato codificato nell'art. 14 D.lgs. n. 286 del 1998, il quale oggi prevede che “*Il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede, nel caso la misura sia violata, a ripristinare il trattenimento mediante l'adozione di*

---

comprendere se l'art. 13 consentisse forme di privazione della libertà sconnesse da esigenze legate ad un procedimento penale. Secondo autorevoli autori l'art. 13, prevedendo una riserva di legge assoluta e non rinforza, consente al legislatore di individuare le finalità di privazione della libertà personale cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p.207 ss.; Id., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 301 ss.; A. CERRI, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1990, pp. 206; Contrariamente, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 115; P. CARETTI, *Libertà personale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, p. 233 ss.; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, p. 115.

L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, p. 938.

<sup>555</sup> Come noto la Corte costituzionale ha ricondotto il trattenimento nell'alveo di cui all'art. 13 Cost. dato il suo carattere coercitivo. In senso analogo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*. Parte generale. *Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, cit., pp. 175.

<sup>556</sup> Sulla violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. A. PUGIOTTO, *Di qua dalla manica, la galera amministrativa degli stranieri in Italia*, in M. BORSWOTH, *La Galera amministrativa degli stranieri in Gran Bretagna*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 370 ss.; Per L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 9 ss. Secondo quest'ultimo autore la violazione della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost. sarebbe “*eclatante*”.

*un nuovo provvedimento di trattenimento*". Tuttavia, la riserva di legge di cui all'art. 13 Cost., non parrebbe ritenersi tutt'oggi colmata. Nel regolamento di attuazione, all'art. 21 "Modalità di esecuzione del trattenimento", infatti sono ancora oggi disciplinate misure adottate dal questore e lesive della libertà personale, quali *"misure occorrenti per la sicurezza e l'ordine pubblico nel centro, comprese quelle per l'identificazione delle persone e di sicurezza all'ingresso del centro"*. Inoltre, non si può non notare come la fonte di rango secondario disciplini importanti diritti dei trattenuti, come il diritto alla corrispondenza, il diritto a ricevere visite, l'ingresso nel centro delle associazioni, del giudice e dei difensori, attribuendo il potere decisorio su questi ultimi diritti al questore, o in alcuni casi, al prefetto. La gestione dei centri di trattenimento viene dunque rimessa, per altro per mano di una fonte di rango secondario, al potere e alla discrezionalità delle autorità di pubblica sicurezza, senza che la legge ne definisca compiutamente i limiti.

Ciò non può che apparire di dubbia legittimità rispetto all'art. 13 della Costituzione, che impone alle fonti di rango primario di disciplinare "i modi" di privazione della libertà personale, proprio per contenere lo strapotere delle forze di pubblica sicurezza.

Nonostante, le condizioni del trattenimento dei richiedenti protezione internazionale siano sicuramente meglio dettagliate dall'art. 7 del D.lgs. n. 142 del 2015 - il quale disciplina il diritto di informazione dei richiedenti, ma anche l'accesso al centro da parte di soggetti esterni (eg. associazioni, difensori) – la predetta norma parrebbe porre problemi di legittimità costituzionale del tutto analoghi a quelli appena evidenziati. Ciò sembrerebbe dimostrato dal rinvio operato dallo stesso art. 7 D.lgs. n. 142 del 2015 all'art. 21 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394 che disciplina appunto le modalità di trattenimento, equiparando così – per mano di un fonte subordinata alla legge – le condizioni di trattamento dei richiedenti protezione internazionale alle condizioni del trattenimento "pre-allontanamento".

Il trattenimento amministrativo, inoltre, presenta alcuni profili di criticità rispetto alla riserva di giurisdizione<sup>557</sup> di cui all'art. 13 della Costituzione, aspetto preso in considerazione dalla Corte costituzionale nella sent. n. 105 del 2001.

In relazione al trattenimento "pre- allontanamento", la dottrina si è lungamente interrogata sul rapporto tra la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. e la competenza sul giudizio di convalida, attribuita al giudice di pace. La dottrina, infatti, critica l'attribuzione della competenza sul trattenimento ad un giudice che anche in campo

---

<sup>557</sup> Si concentra particolarmente sul profilo della violazione della riserva di giurisdizione A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2009; A. DI MARTINO, *Centri, Campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, pp. 36 ss.

penale, aveva prevalentemente cognizione riguardo reati sanzionati con pene pecuniarie, e comunque non detentive<sup>558</sup>.

Il dubbio sorge, in particolare, in relazione al fatto che oggetto del giudizio di convalida è un diritto fondamentale, la libertà personale, e come tale dovrebbe essere affidato al tribunale ordinario<sup>559</sup>. Tuttavia, è opportuno segnalare che la Corte costituzionale si è espressa sul tema, dichiarando inammissibile la questione sollevata dal Giudice di Pace di Potenza - il quale lamentava l'irragionevolezza dell'art. 13 del D.lgs. n. 286 del 1998, in quanto attribuiva "*al giudice di pace la competenza sul giudizio di convalida dei «provvedimenti di accompagnamento alla frontiera previsti in materia di extracomunitari», nonostante che il medesimo giudice non «possa muoversi sul piano penale al di là delle competenze rigidamente fissate in via di principio dal decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274», il cui art. 2, comma 1, lettere b) e c)»*" – ricordando che "*la scelta di attribuire al giudice di pace la competenza sul giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera rientra comunque nell'esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa*" (C. cost. ord. n. 109 del 2006).

Ciò che appare porsi in difficile equilibrio con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. sono piuttosto quelle forme di trattenimento in relazione alle quali non è espressamente disciplinato per via legislativa il procedimento di convalida. Ci si riferisce in particolar modo al trattenimento nei punti di crisi, recentemente introdotto dal D.l. n. 113 del 2018, il quale sembra prescrivere la convalida da parte dell'autorità giudiziaria solo nel caso in cui, stante l'impossibilità di procedere all'identificazione durante il trattenimento nei punti di crisi, venga disposto il trattenimento in un CPR per un massimo di centoottanta giorni (art. 6, D.lgs. n. 142 del 2015). Sulla necessità di interpretare in modo costituzionalmente conforme, garantendo la riserva di giurisdizione anche per il trattenimento nei punti di crisi e sulle problematiche che ne derivano, si rinvia a quanto già detto nei paragrafi di questo capitolo dedicati agli *hotspots*. Sia sufficiente qui richiamare il principio sancito dalla più volte richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 222 del 2004, secondo la quale "*quale che sia lo schema prescelto, in esso devono realizzarsi i principî della tutela giurisdizionale; non può, quindi, essere eliminato l'effettivo controllo sul provvedimento de libertate, né può essere privato l'interessato di ogni garanzia difensiva*"<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> Si interroga sul tema E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 81 ss; in generale sul tema della cognizione del Gdp sulle misure limitative della libertà personale A. CAPUTO – L. PEPINO, *Giudice di Pace e Habeas corpus*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 19.

<sup>559</sup> Cfr. in tema di competenza giurisdizionale sull'*Habeas corpus* P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Voce "habeas corpus"* in Enc. Giur., Milano, Giuffrè, 1967;

<sup>560</sup> Sugli sviluppi seguiti alla sentenza n. 222 del 2004, in senso contraddittorio rispetto ai principi sanciti dalla Corte A. PUGIOTTO, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit..



L'altra criticità che caratterizza il trattenimento amministrativo tanto dei richiedenti protezione internazionale, quanto degli "irregolari" è connessa al necessario carattere di "eccezionalità" delle misure di privazione della libertà personale disposte dall'autorità di pubblica sicurezza e convalidate, solo in un secondo momento, dall'autorità giudiziaria<sup>561</sup>.

In generale, come noto, l'art. 13 consente deroghe "*al principio generale dell'intervento preventivo dell'autorità giudiziaria*" (C. cost. n. 64 del 1977), solo in casi eccezionali di necessità ed un'urgenza e non consente in alcun modo "*deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, così collocandosi agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità*" (C. cost. sent. n. 74 del 1985)".

Il trattenimento parrebbe, invece, sempre ed in ogni caso disposto dall'autorità di pubblica sicurezza, sembrando ribaltare lo schema di regola/eccezione di cui all'art. 13 Cost.

Nonostante le criticità appena evidenziate, la Corte costituzionale sembra aver avallato il procedimento di convalida così come strutturato nel testo unico dell'immigrazione, ribadendo nella sent. n. 222 del 2004 "*la discrezionalità del legislatore nel configurare uno schema procedimentale caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia-convalida del giudice*", venendo "*d'altronde, in considerazione la sicurezza e l'ordine pubblico suscettibili di esser compromessi da flussi migratori incontrollati*".

Più problematico da questo punto di vista, pare ancora una volta, il trattenimento introdotto dal D.l. n. 113 del 2018, il quale potendo essere disposto nei confronti dei richiedenti asilo in relazione ai quali si rendono necessari procedimenti di accertamento dell'identità e della nazionalità – ovvero potenzialmente alla quasi totalità dei richiedenti asilo giunti sulle coste italiane – sembra rappresentare una misura di privazione della libertà personale "ordinaria" e "generalizzata", ben lontana dal carattere di eccezionalità richiesto dall'art. 13 della Costituzione<sup>562</sup>.

Spostando invece l'attenzione sulla disciplina del trattenimento alla luce di altri principi costituzionali, è interessante evidenziare alcune criticità riscontrate nel procedimento di convalida del trattenimento, tanto dei richiedenti asilo quanto del trattenimento "pre-allontanamento" in relazione al diritto di difesa e al contraddittorio.

La necessaria partecipazione dello straniero e del suo difensore all'udienza di convalida del trattenimento, come all'udienza di convalida della proroga del

---

<sup>561</sup> Evidenzia questo profilo E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, cit., p. 117.

<sup>562</sup> Muovono la medesima critica numerosi autori A. PUGIOTTO, *"Ieri e oggi": fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in AA. VV. *Stranieri tra i diritti cit.*, p. 174; R. ROMBOLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea*, in *ivi*, cit.

trattenimento, è stata infatti affermata con forza tanto dalla giurisprudenza di legittimità, quanto dalla Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 222 del 2004)<sup>563</sup>.

Tuttavia, pare utile sottolineare come nella prassi il diritto di difesa e al contraddittorio siano spesso messi in discussione dalla mancata traduzione degli atti nella lingua dello straniero, o dall'assenza di interpreti all'udienza di convalida. Ciò è determinato dal fatto che il D.lgs. n. 142 del 2015 e il del D.lgs. n. 286 del 1998 si limitano rispettivamente a sancire che il decreto di trattenimento debba essere tradotto *“nella prima lingua indicata dal richiedente o in una lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda”* e che il medesimo decreto è comunicato *“all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola”*(art. 14 D.lgs. n. 286 del 1998), dando spazio alle più svariate interpretazioni alle dizioni delle norme appena richiamate: *“lingua che ragionevolmente si suppone che comprenda”* e *“ove non sia possibile”* procedere ad una traduzione<sup>564</sup>.

Da questo punto di vista è opportuno ricordare il copioso orientamento della Corte costituzionale secondo il quale il diritto alla comprensione linguistica *“esprime un contenuto di valore implicito nel riconoscimento costituzionale, a favore di ogni uomo (cittadino o straniero), del diritto inviolabile alla difesa (art. 24, comma 2, Cost.)”*, deve essere possibile *“comprendere, (...) il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa (art. 24, comma secondo, della Costituzione)”* (C. cost. n. 254 del 2007)<sup>1</sup>.

Una volta esposte seppur brevemente le criticità che vengono in rilievo in relazione al trattenimento alla frontiera in relazione agli artt. 13 e 24 della Costituzione, è opportuno riflettere su un ulteriore profilo che forse è quello che maggiormente evidenzia la problematicità del complesso normativo che disciplina le diverse forme di trattenimento alla frontiera dello Stato.

Sembra, infatti, lecito chiedersi se sia costituzionalmente ammissibile, nonché ragionevole, prevedere la medesima misura – il trattenimento amministrativo – fortemente incisiva sulla libertà personale, nei confronti di soggetti che alla frontiera versano in situazioni differenti fra loro: i richiedenti protezione internazionale che hanno un diritto costituzionalmente garantito all'ingresso nel territorio dello Stato e coloro che sono sottoposti a allontanamento “pre-espulsivo”, che al contrario non hanno alcun titolo di ingresso.

Infatti, come noto la Corte costituzionale ha preso in considerazione solo una delle ipotesi di trattenimento prese qui in analisi, ovvero il trattenimento “pre-espulsivo” definito nella sentenza n. 105 del 2001 *“modalità organizzativa prescelta dal*

---

<sup>563</sup> Sulla partecipazione dello straniero richiedente o irregolare all'udienza di convalida del trattenimento D. BELLUCCIO, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio. Nota a Corte di Cassazione Civile Sez. VI, Ord. n. 10743 del 24.2/3.5.2017*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.

<sup>564</sup> Su questo problema E. VALENTINI, *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, cit., p. 129 ss.

*legislatore per rendere possibile, nei casi tassativamente previsti dall'articolo 14, comma 1, che lo straniero, destinatario di un provvedimento di espulsione, sia accompagnato alla frontiera ed allontanato dal territorio nazionale”.*

Pare, dunque, lecito chiedersi se la stessa misura sia ragionevolmente adottabile nei confronti dei richiedenti protezione internazionale.

Lo scrutinio di ragionevolezza della misura potrebbe essere svolto valutando, anzitutto, l'adeguatezza del mezzo adottato rispetto allo scopo legislativo perseguito<sup>565</sup>.

In realtà, limitandosi ad un simile scrutinio, si dovrebbe concludere che il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale sembra giustificato dal fatto che, esattamente come il trattenimento “pre-allontanamento”, ha lo scopo di controllare i flussi migratori e di presidiare le frontiere, esigenze di rango costituzionale come più volte ribadito dalla Corte costituzionale.

Per di più tali esigenze, devono essere lette alla luce del contesto sovranazionale ed europeo, dal quale si desume che la privazione della libertà personale è consentita al fine di evitare l'ingresso nel territorio dello Stato (art. 5 CEDU<sup>566</sup>) e che il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale è ammissibile in situazioni eccezionali, tra le quali rientrano “la necessità di definirne la cittadinanza e l'identità” e la pericolosità sociale (cfr. Dir. UE n. 2013/33) .

Tuttavia, non si ritiene di poter esaurire il ragionamento sotto il profilo della ragionevolezza valutando esclusivamente l'adeguatezza del mezzo utilizzato dal legislatore con il fine.

Infatti, è importante sottolineare che nella comparazione fra il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale e del trattenimento “pre- allontanamento” entrano in gioco principi costituzionali differenti. Più precisamente, l'impatto della stessa misura – il trattenimento volto all'ordinata gestione dei flussi migratori - può incidere su diritti costituzionali differenti a seconda che si tratti di trattenimento esecutivo dell'allontanamento o, al contrario trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. Il primo incide sulla libertà personale, al fine di allontanare un soggetto che non ha alcun titolo di permanenza nel territorio dello Stato; il secondo, invece, non limita esclusivamente la libertà personale, ma “in queste situazioni occorre tenere conto che l'art. 10, comma 3 Cost. attribuisce ai richiedenti protezione uno status differenziato”).

Lo scopo legislativo di contenimento dei flussi e, in generale, la disciplina legislativa devono dunque essere valutati anche tenendo in considerazione il diritto costituzionale di cui all'art. 10, comma 3 Cost. che determina l'aspettativa dei

---

<sup>565</sup> Ragiona in questi termini sulla ragionevolezza del trattenimento “pre-allontanamento” *Idem*, p. 33 ss.

<sup>566</sup> Sul rapporto tra il trattenimento amministrativo e l'art. 5 CEDU I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2006.

richiedenti protezione di fare ingresso alla frontiera per presentare la domanda di protezione internazionale.

Ragionando in questi termini, è opportuno tenere distinte due diverse ipotesi di trattenimento.

Il trattenimento predisposto per ragioni di pericolosità sociale e nei confronti di coloro che hanno commesso determinati reati, o che sia ritenuto a “rischio di fuga”, parrebbe ragionevole essendo volto a valutare la posizione di un soggetto che pur avendo titolo di ingresso nel territorio dello Stato, può comportare un rischio per la sicurezza e l’ordine pubblico<sup>567</sup>. Quanto appena affermato può forse trovare conferma nel fatto che diverse misure del nostro ordinamento, slegate dalla commissione di un reato, fondano la privazione della libertà sulla valutazione della pericolosità sociale o del rischio di fuga (cfr. art. 274 c.p.p.).

Argomentazioni differenti valgono invece per quanto riguarda il trattenimento – già descritto – introdotto dal D.l. n. 113 del 2018 nei casi in cui non sia possibile determinare la nazionalità o l’identità del richiedente. Sarà necessario infatti riflettere sulla ragionevolezza dell’introduzione di questa forma di trattenimento la quale sembra coinvolgere in modo indeterminato e sproporzionato soggetti che sono titolari di un diritto costituzionale all’ingresso nel territorio dello Stato.

In generale, è possibile affermare che la descrizione operata nel presente paragrafo riguardo alla disciplina delle diverse forme di trattenimento pare un’ulteriore dimostrazione della tendenza legislativa ad equiparare il trattamento di richiedenti “protezione internazionale” e “irregolari”, nonché della tendenza di ridurre il diritto d’asilo quale strumento di controllo dei flussi e delle frontiere.

## **8. Il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale: un procedimento ragionevole? Le novità introdotte dal D.l. n. 13 del 2017**

Nonostante, a seguito della domanda di protezione internazionale, i richiedenti asilo non si trovino più “fisicamente” alla frontiera dello Stato, essendo inviati alla c.d. seconda accoglienza, si ritiene opportuno analizzare le principali criticità del procedimento di esame della domanda di protezione internazionale, poiché è solo mediante la definizione del predetto procedimento che lo straniero avrà, in caso di accoglimento, pieno diritto di soggiorno nel territorio dello Stato e non solo il diritto di ingresso, già garantito alla frontiera.

Per quanto riguarda il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale, meritano di essere analizzate in particolare le novità introdotte dal D.l. n. 13 del 2017, convertito con l. 46 del 2017, il quale tra l’altro si è posto l’obiettivo

---

<sup>567</sup> Inoltre, come noto è la stessa Convenzione di Ginevra sullo Status di rifugiato a stabilire della cause ostative all’ingresso per gli stranieri che rappresentano un pericolo per l’ordine pubblico e la sicurezza.

di velocizzare e rendere più efficienti i procedimenti sulle domande di protezione internazionale<sup>568569</sup>.

A tal fine, il c.d. Decreto Minniti-Orlando ha istituito delle Sezioni specializzate competenti a decidere sui ricorsi proposti a seguito del diniego di riconoscimento della protezione da parte delle Commissioni territoriali.

I profili maggiormente critici della novella legislativa sono sostanzialmente due.

Il primo profilo riguarda l'introduzione nel giudizio di primo grado di un rito "camerale", ove il contraddittorio è garantito solo per via cartolare e mediante la visione da parte del giudice della video registrazione del colloquio del richiedente avvenuto davanti alla Commissione territoriale. Ne discende, dunque, che l'udienza e l'audizione del richiedente davanti al giudice di primo grado non rappresentano più "la regola", ma "l'eccezione". L'udienza di comparizione delle parti è fissata, infatti, solo in casi tassativamente previsti dalla legge, come nel caso in cui la registrazione non sia disponibile, il giudice ritenga "essenziale" disporre l'audizione dell'interessato, ovvero quando quest'ultimo disponga consulenza tecnica o l'assunzione di mezzi di prova.

Il secondo profilo attiene all'abolizione di un grado di giudizio -l'appello-, prevedendo, quindi, la sola possibilità del ricorso in Cassazione per vizi di legittimità.

L'introduzione del rito camerale associata all'abolizione dell'appello produce il discutibile effetto, secondo molti, di precludere l'audizione del ricorrente davanti ad un'autorità giudiziaria, avvenendo solo davanti alle commissioni territoriali, che, altro non sono altro che autorità amministrative.

Analizzando tali profili in relazione ai principi costituzionali, è bene sin da subito ricordare che la Corte costituzionale, da un lato, non ha mai considerato di per sé illegittimo il rito camerale e d'altro lato, non ha mai ritenuto costituzionalmente imposto il secondo grado di giudizio.

Riguardo al rito camerale, infatti, è necessario evidenziare come la Corte costituzionale abbia affermato in diverse pronunce che "*la Costituzione non impone un modello vincolante di processo*". L'introduzione del rito camerale, "*anche in*

---

<sup>568</sup> Per un commento alle novità introdotte dal D.l. n. 13 del 2017 cfr. M. C. CONTINI, *La riforma Minniti-Orlando a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nella prassi delle sezioni specializzate*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2018; M. C. AMOROSI, *Le nuove disposizioni in materia di immigrazione: il D.l. n. 13 del 2017, il consolidarsi di un paradigma discriminatorio nella gestione del fenomeno migratorio*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2017; C. PANZERA, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali: prime notazioni sul decreto «Minniti-Orlando»*, in *Quaderni costituzionali*, 2017.

<sup>569</sup> E' opportuno evidenziare che il D.l. n. 113 del 2018 ha introdotto delle forme di procedura accelerata per l'esame della domanda di asilo in caso di presenza di cause di manifesta infondatezza della domanda, in caso di domanda proposta alla frontiera, e in caso si tratti di richiedenti trattenuti per motivi di pericolosità sociale. Sarà necessario riflettere sullo schema previsto dal legislatore impossibilità di identificazione/trattenimento/procedura accelerata di riconoscimento, il quale parrebbe essere mirato a limitare l'ingresso nel territorio dello Stato al più ampio numero possibile di richiedenti protezione internazionale, ponendo anche profili di dubbia legittimità in relazione all'art. 10, comma 3 Cost.

*relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi*” può essere giustificato *“da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione”* (C. cost. sent. n. 341 del 2006<sup>570</sup>, *ex multis* ord. n. 386 del 2004 e n. 389 del 2005).

Lo stesso rito, inoltre, *“non è di per sé suscettivo di frustrare il diritto di difesa, in quanto l’esercizio di quest’ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione»*” (C. cost. ord. n. 170 del 2009<sup>571</sup>, *ex multis* sentt. n. 221 del 2008, e n. 194 del 2005). Tali principi sono stati ripresi dalla sentenza della Corte di cassazione n. 17717 del 5 luglio 2018<sup>572</sup> che, rigettando l’eccezione di incostituzionalità proposta dai ricorrenti, ha affermato che non vi sia alcun *“dubbio che il procedimento camerale, da sempre impiegato anche per la trattazione di controversie su diritti e status, sia idoneo a garantire l’adeguato dispiegarsi del contraddittorio con riguardo al riconoscimento della protezione internazionale”*.

Con riferimento all’abolizione del secondo grado di giudizio, è opportuno evidenziare che la giurisprudenza costante della Corte costituzionale ritiene che esso non sia costituzionalmente imposto.

Al fine di motivare tale affermazione, la Corte richiama, nelle pronunce più risalenti, i lavori dell’assemblea Costituente, durante i quali era stato proposto un emendamento mai approvato al fine di inserire l’obbligatorietà del secondo grado di giudizio. La Corte, infatti, sottolinea come i lavori dell’Assemblea costituente *“chiariscono esaurientemente i motivi di tale assenza: a parte le c.d. contravvenzioni oblazionabili, rimaneva dubbio se potesse concepirsi appello contro le sentenze adottate dalle giurie e ad ogni modo la questione andava rimessa alla legge, che avrebbe conformato l’istituto stesso della giuria “in un modo o nell’altro”. Sicché’ il Presidente della Commissione per la Costituzione concludeva a favore di una formula poco impegnativa: si può ricorrere contro tutte le sentenze, salvo che la legge disponga altrimenti”*.

Secondo la Corte costituzionale, l’obbligatorietà del secondo grado di giudizio *“non può neppure farsi discendere dall’art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo* (C. cost. n. 62 del 1981<sup>573</sup>).

Anche rispetto l’abolizione del secondo grado di giudizio non è, dunque, di per sé costituzionalmente illegittima, purché rispetti il canone della ragionevolezza.

---

<sup>570</sup> C. cost. sent. n. 5 luglio 2006, n. 341; a commento P. TORRETTA, *Il diritto alle garanzie giurisdizionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell’ordinamento penitenziario*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.

<sup>571</sup> C. cost. ord. 29 maggio 2009, n. 170; con osservazioni di G. VIGNERA, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, cost. e rito camerale uniforme*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 551 ss.

<sup>572</sup> C. Cass. I Sez. Civ., sent. 5 luglio 2018, n. 17717.

<sup>573</sup> C: Cost. sent. 15 aprile 1962, n. 81; con nota di F. FAVARA, *Il doppio grado di giurisdizione di merito ed il processo tributario*, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 1982, p. 2.

Posto, dunque, che sia per quanto concerne l'introduzione del rito camerale, sia per quanto attiene all'abolizione del secondo grado di giudizio la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che si debba trattare di scelte "ragionevoli", è opportuno riflettere sulla proporzionalità rispetto allo scopo dei mezzi adottati dal c.d. Decreto Minniti-Orlando.

Da questo punto di vista, tuttavia, è necessario chiarire quale sia lo scopo del legislatore nel riformare il procedimento di esame della domanda di protezione internazionale.

Lo scopo dichiarato dal legislatore, perseguito, tra l'altro, con decreto-legge, è quello di rendere maggiormente celeri ed efficienti i procedimenti di riconoscimento della predetta domanda. Per quanto riguarda la celerità, non vi è dubbio che i "mezzi" utilizzati possano essere adeguati allo scopo legislativo. Per quanto riguarda l'efficienza, sarebbe necessario domandarsi se, quest'ultima, non debba anche riguardare – oltre che la mera celerità – il potenziamento della qualità delle procedure riguardo all'accertamento del diritto.

Seguendo quest'ultima ipotesi, parrebbe tutt'altro che scontato che i mezzi utilizzati dal legislatore - il rito camerale associato all'abolizione del grado di giudizio – possano essere considerati adeguati allo scopo di migliorare l'accertamento del diritto alla protezione, rendendo, al contrario, ancora più difficoltoso l'accertamento di un diritto costituzionale.

Oltre a quanto appena esposto, rimane da valutare un'altra criticità propria del rito camerale così come introdotto dal c.d. Decreto Minniti-Orlando: l'assenza del contraddittorio e dell'audizione del richiedente asilo davanti al giudice, sostituiti dalla mera presa visione della video-registrazione del colloquio del richiedente davanti alla Commissione territoriale.

Una tale previsione, infatti, parrebbe porsi in contrasto prima di tutto con il diritto di difesa, il quale ben potrebbe essere violato da una norma che non preveda "*che questi debba essere ascoltato dal giudice, con l'assistenza di un difensore*".

Sul punto si è espressa recentemente la Corte di cassazione che, sempre nella sentenza n. 17717 del 5 luglio 2018<sup>574</sup> ha precisato che "*in materia di protezione internazionale, (ai sensi dell'articolo 35-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, come inserito dal decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla legge 13 aprile 2017, n. 46), ove non sia disponibile la videoregistrazione con mezzi audiovisivi dell'audizione del richiedente la protezione dinanzi alla Commissione territoriale, il Tribunale, chiamato a decidere del ricorso avverso la decisione adottata dalla Commissione, è tenuto a fissare l'udienza di comparizione delle parti a pena di nullità del suo provvedimento decisorio, salvo il*

---

<sup>574</sup> Per un commento alla sentenza v. G. CONTI, *Il diritto di difesa dei richiedenti asilo: mancanza di videoregistrazione in fase amministrativa e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti in fase di ricorso giurisdizionale (nota alla Sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018.

*caso dell'accoglimento dell'istanza del richiedente asilo di non avvalersi del supporto contenente la registrazione del colloquio*<sup>575</sup>.

Anche il procedimento di esame della domanda di protezione, pur non avvenendo “fisicamente” più alla frontiera dello Stato, sembra riproporre lo “scontro” tra sovranità statale e la garanzia dei diritti individuali dello straniero, primo fra tutti il diritto di difesa.

### **9. Problematiche in relazione al sistema di accoglienza: quale possibile integrazione per i richiedenti protezione internazionale?**

In attesa della definizione del procedimento di riconoscimento della domanda di protezione internazionale, al richiedente – sulla sola base della presentazione della domanda di protezione – è rilasciato, ai sensi dell’art. 4 del d.lgs. n. 142 del 2015 “*un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale*”.

Da questo momento, inizia una fase che è stata definita di “asilo provvisorio”<sup>576</sup> che potrà essere reso “definitivo” solo a seguito della verifica dei requisiti di protezione da parte della Commissione territoriale, nonché dell’eventuale riconoscimento della protezione internazionale.

In questo periodo, i richiedenti non sono ancora titolari di tutti i diritti connessi ad un soggiorno stabile, ma solo di alcuni, come l’accesso all’assistenza sanitaria e all’istruzione dei minori (art. 21 D.lgs. n. 142 del 2015), oltreché i diritti connessi alla partecipazione al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale<sup>577</sup>. Allo stesso tempo, il permesso di soggiorno per richiesta asilo “*consente di svolgere attività lavorativa, trascorsi sessanta giorni dalla presentazione della domanda, se il procedimento di esame della domanda non è concluso ed il ritardo non può essere attribuito al richiedente*” (art. 22 D.lgs. n. 142 del 2015).

---

<sup>575</sup> Analogamente la Corte di giustizia dell’Unione europea ha escluso che il diritto dell’Unione osti alle regole ora vigenti nell’ordinamento italiano cfr. GCUE, del 27 settembre 2018, ord. C- 422/2018; a commento F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell’asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.

<sup>576</sup> P. BONETTI, *Il diritto d’asilo. Profili generali e costituzionali del diritto d’asilo I Profili generali e costituzionali del diritto d’asilo nell’ordinamento italiano*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli Stranieri*, cit., p. 1136 ss.

<sup>577</sup> Rimane ovviamente ferma, come più volte affermato dalla Corte costituzionale, la considerazione che i diritti fondamentali devono essere garantiti a tutti quanto meno nel loro nucleo essenziale, indipendentemente dal titolo di soggiorno cfr. su tutte in materia di diritto alla salute C. cost. sent. n. 252 del 2001; sul tema e sulla giurisprudenza costituzionale più recente cfr. F. BIONDI DALMONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011; A. RANDAZZO, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale “dimezzato”?*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012. In generale sul tema dei diritti sociali degli stranieri cfr. diffusamente F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza: La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013.



Un ulteriore aspetto centrale che caratterizza “l’asilo provvisorio” è il sistema di accoglienza, definito “*come l’insieme delle attività che lo Stato è tenuto a svolgere per garantire l’ingresso e la permanenza sul territorio nazionale dei soggetti che hanno diritto alla protezione internazionale*”<sup>578</sup> e, grazie al quale, il richiedente protezione può accedere – almeno nella formulazione del sistema precedente al d.l. n. 113 del 2018 – a numerose misure di integrazione ed inclusione<sup>579</sup>.

Il sistema di accoglienza è disciplinato dal D.lgs. n. 142 del 2015 che ha il merito, recependo la direttiva n. UE 33/2013<sup>580</sup>, di razionalizzare la disciplina previgente<sup>581</sup>, dando avvio ad un sistema unico di accoglienza sul territorio<sup>582</sup> nazionale. Sul tema è intervenuto il D.l. n. 113 del 2018 che come si vedrà ha sensibilmente modificato il sistema di accoglienza.

Più precisamente, tale sistema è articolato in due distinte “fasi”: la prima accoglienza – oggi gestita secondo il sistema *hotspot* – finalizzata esclusivamente alle procedure di identificazione e di presentazione della domanda di protezione internazionale; la seconda accoglienza finalizzata ad accogliere i richiedenti protezione che ne facciano richiesta, ove sprovvisti di mezzi sufficienti a garantire una qualità della vita adeguata per il sostentamento proprio e dei propri familiari.

Come è stato osservato, il D.lgs. n. 142/2015 è fondato sul rafforzamento sulla cooperazione tra diversi livelli governo: a livello nazionale, il Piano nazionale accoglienza ha il compito di individuare la programmazione e il fabbisogno dei posti

---

<sup>578</sup> G. A. GIUFFRÉ, *Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 giugno 2018, p. 9.

<sup>579</sup> In generale, sul sistema di accoglienza come disciplinato dalla versione originaria del d.lgs. n. 142 del 2015, cfr. P. BONETTI, *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium Iuris*, 6/2016, pp. 708 ss.; ID., *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: le procedure amministrative di esame delle domande e i ricorsi giurisdizionali*, in *Studium iuris*, 7/2016, pp. 862 ss. N. MORANDI, G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2015, pp. 84 ss.; S. PENASA, *L’accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2017; F.V. VIRZÌ, *La logica dell’accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, ivi, pp. 117 ss; G. PELACANI, *Note su alcune (già da tempo note) deficienze del sistema di accoglienza e dell’accesso alla protezione internazionale*, cit.

<sup>580</sup> Per un approfondimento sui contenuti della direttiva G. MORGESE, *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell’ordinamento italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4/2013, p. 15 ss.;

<sup>581</sup> Come visto nel secondo capitolo di questo lavoro il sistema di accoglienza “ordinario” è stato introdotto dalla legge n. 189 del 2002 (cd. legge “Bossi-Fini”). Sul tema G. SCHIAVONE, *Il diritto d’asilo in Italia dopo il recepimento nell’ordinamento delle normative comunitarie. Uno sguardo d’insieme tra il de iure e il de facto*, in *Mondi Migranti*, n. 3, 2009, p. 70 ss.

<sup>582</sup> N. MORANDI, G. SCHIAVONE, *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, cit., p. 88. Secondo gli AA. la territorialità rappresentava uno degli elementi fondanti del sistema di accoglienza disciplinato dal D.lgs. n. 142 del 2015.

di accoglienza; a livello centrale, i Tavoli di coordinamento regionale individuano i criteri di localizzazione dei centri e la distribuzione dei posti<sup>583</sup>.

Nell'ambito della seconda accoglienza, i richiedenti protezione possono essere accolti nei centri del Sistema di accoglienza per i richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR), o in via eccezionale *“nel caso in cui è temporaneamente esaurita la disponibilità di posti all'interno dell'accoglienza ordinaria”* – almeno nel modello precedente alla novella del D.l. n. 113 del 2018 - nei CAS, centri di accoglienza straordinari gestiti dalle prefetture.

Nell'impostazione originaria del D.lgs. n. 142 del 2015, il richiedente protezione aveva diritto all'accoglienza nei centri SPRAR per la durata del procedimento di esame della domanda da parte della Commissione territoriale e per il tempo in cui fosse autorizzato a rimanere nel territorio nazionale. Diversamente, l'accoglienza nei centri straordinari era *“limitata al tempo strettamente necessario al trasferimento del richiedente nelle strutture di cui all'articolo 9 ovvero nelle strutture di cui all'articolo 14”*<sup>584</sup>.

Una simile scelta era motivata dal fatto che i due sistema di accoglienza “ordinario” (SPRAR) e “straordinario” (CAS) presentano (tutt'oggi) notevoli differenze riguardo agli *standard* di accoglienza e ai servizi offerti ai migranti accolti<sup>585</sup>.

Ciò si evince già dalla lettera degli articoli dedicati alle predette strutture.

Le modalità di accoglienza del sistema ordinario (SPRAR) sono disciplinate dall'art. 10 del D.lgs. n. 142 del 2015, il quale assicura, al primo comma, *“il rispetto della sfera privata, comprese le differenze di genere, delle esigenze connesse all'età, la tutela della salute fisica e mentale dei richiedenti, l'unità dei nuclei familiari composti da coniugi e da parenti entro il primo grado, l'apprestamento delle misure necessarie per le persone portatrici di particolari esigenze”*, nonché di *“misure idonee a prevenire ogni forma di violenza e a garantire la sicurezza e la protezione dei richiedenti”*.

Inoltre, la stessa norma delinea importanti aspetti per la vita dei richiedenti asilo accolti negli SPRAR, come la regolamentazione dell'uscita dal centro nelle ore diurne, nonché la *“facoltà di comunicare con i rappresentanti dell'UNHCR, degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore, con i ministri di culto, nonché con gli avvocati e i familiari dei richiedenti”*.

Inoltre, all'interno del sistema di accoglienza ordinario è prestata particolare attenzione al trattamento dei soggetti vulnerabili. A proposito l'art. 17 del D.lgs n.

---

<sup>583</sup> Sul coordinamento dei vari livelli di governo S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit.

<sup>584</sup> L'approccio straordinario era stato formalizzato prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 142 del 2015, mediante l' *“Intesa sul piano nazionale per fronteggiare il flusso straordinario di cittadini extracomunitari, adulti, famiglie e minori stranieri non accompagnati, 10 luglio 2014, in quanto già nell'Intesa Stato-Regioni e Province autonome”*, del 10 luglio 2014 al fine di fronteggiare l'emergenza migratoria di quegli anni. Sul punto cfr. S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit., p. 5.

<sup>585</sup> Riflette sulle differenze tra il sistema di accoglienza “straordinario” e “ordinario” S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit.

142 del 2015 stabilisce che all'interno dei centri *“sono attivati servizi speciali di accoglienza per i richiedenti portatori di esigenze particolari, che tengono conto delle misure assistenziali da garantire alla persona in relazione alle sue specifiche esigenze”* o ancora è garantito *“l'accesso ad assistenza o cure mediche e psicologiche appropriate”* alle persone che hanno subito forme di violenze o torture. Un'ulteriore importante servizio prestato nell'ambito dell'accoglienza ordinaria riguarda la possibilità per i richiedenti accolti di accedere a *“corsi di formazione professionale, eventualmente previsti dal programma dell'ente locale dedicato all'accoglienza del richiedente”* (art. 22 D.lgs n. 142 del 2015).

Al contrario, per quanto riguarda le modalità di accoglienza nei centri straordinari, la legge impone esclusivamente il rispetto delle garanzie minime essenziali di accoglienza indicate dal comma 1 dell'art. 10 del D.lgs. n. 142 del 2015 appena descritto. Ciò è esplicitato dall'art. 11 dello stesso decreto legislativo il quale afferma che i CAS, centri di accoglienza straordinaria, si limitano a *“soddisfare le esigenze essenziali di accoglienza”*.

La ripartizione così chiaramente sancita per via legislativa tra il sistema ordinario di accoglienza, orientato all'integrazione del richiedente protezione internazionale, e del sistema di accoglienza straordinaria, volto solo a garantire condizioni minime di accoglienza in caso di *“arrivi consistenti e ravvicinati di richiedenti protezione”* (art. 11 D.lgs. n. 142 del 2015) è stato di fatto superato nella prassi.

I dati, infatti, dimostrano come la maggioranza dei richiedenti protezione sia accolta nei centri di accoglienza straordinaria (il 72%) e solo circa il 20% ha trovato posto nel sistema ordinario. Vi sono Regioni poi, ove, il divario risulta ancora più evidente. Ciò è dovuto essenzialmente alle modalità organizzative del sistema SRAR<sup>586</sup>.

Infatti, quest'ultimo ha sicuramente il merito di promuovere forme di accoglienza diffuse sul territorio nazionale, gestite secondo *“il principio leale collaborazione tra i livelli di governo interessati”* (art. 8 D.lgs. n. 142 del 2015), e mirando, allo stesso tempo, alla realizzazione di percorsi individualizzati<sup>587</sup> di integrazione sul territorio *“a misura di persona”*<sup>588</sup> attuati dalle associazioni del terzo settore e di cui sono responsabili i singoli Comuni.

Tuttavia, lo stesso sistema presenta la criticità di fondarsi sull'adesione volontaria dei singoli comuni, che tramite la partecipazione a bandi, si vedono finanziare specifici progetti di accoglienza dal fondo istituito appositamente presso il Ministero dell'Interno, *“Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo”*.

---

<sup>586</sup> Per un'analisi dei dati a livello nazionale e regionale cfr. Rapporto della Caritas sulla protezione internazionale in Italia, 2017 [https://www.unhcr.it/wpcontent/uploads/2017/10/Rapporto\\_2017\\_web.pdf](https://www.unhcr.it/wpcontent/uploads/2017/10/Rapporto_2017_web.pdf)

<sup>587</sup> Cfr. *“Linee guida per la presentazione delle domande di contributo per Il fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo”* del Ministero dell'Interno che pone come obiettivo del sistema SPRAR la *“(ri)conquista dell'autonomia individuale dei richiedenti/titolari di protezione internazionale e umanitaria accolti, intesa come una loro effettiva emancipazione dal bisogno di ricevere assistenza”*.

<sup>588</sup> G. A. GIUFFRÉ, *Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20 giugno 2018, p. 14.

Una simile impostazione di stampo volontaristico risultava del tutto insufficiente rispetto al numero di richiedenti protezione in cerca di accoglienza, lasciando spazio all'attivazione dei centri straordinari di accoglienza, gestiti direttamente dalle prefetture<sup>589</sup>. In tal modo, la ratio delle norme del D.lgs. n. 142 del 2015 volte a superare definitivamente il carattere emergenziale del sistema di accoglienza italiano è stata svuotata, ripiombando nella logica nuovamente emergenziale che caratterizza il sistema dei CAS.

I difetti strutturali del sistema SPRAR sono stati denunciati, peraltro, anche dalla Corte EDU che nella pronuncia *Tarakhel c. Suisse*, considerando il rinvio in Italia da parte della Svizzera di richiedenti asilo lesivo del divieto di trattamenti umani e degradanti a causa delle condizioni del sistema di accoglienza, segnala come i posti disponibili nel sistema SPRAR all'epoca dei fatti “*s'élevait à 4 800 et que 5 000 personnes étaient inscrites sur liste d'attente... seulement 6 % des personnes admises dans les structures du SPRAR, où l'accueil serait par ailleurs limité à une durée de six mois, parviennent à trouver un emploi et à s'intégrer professionnellement dans la société italienne*”<sup>590</sup>.

Partendo proprio dalla realtà dai fatti caratterizzante il sistema di accoglienza italiano, il D.l. n. 113 del 2018 ha modificato sostanzialmente la disciplina appena descritta, di cui al D.lgs. n. 142 del 2015.

Ciò che stupisce, tuttavia, è che il legislatore invece di individuare soluzioni per porre fine all'evidente fragilità del sistema SPRAR, originata dal sistema volontaristico di adesione dei comuni e dalla mancata cooperazione tra i livelli di governo in materia, si limita a fotografare la situazione creata nei fatti, riducendo ulteriormente l'ambito operativo del sistema di accoglienza ordinario.

Più precisamente, ai sensi D.lgs. n. 113 del 2018 nel sistema “ordinario” di accoglienza possono essere accolti esclusivamente i titolari di protezione internazionale, mentre i richiedenti sono accolti nel sistema CAS, ribaltando dunque totalmente la logica dello schema ordinario/eccezionale su cui si basava il D.lgs. n. 142 del 2015.

Ciò rischia di avere un impatto non indifferente sui diritti dei richiedenti protezione in regime di “asilo provvisorio”, poiché come visto nei CAS sono assicurate esclusivamente le condizioni minime di accoglienza, senza che siano in alcun modo

---

<sup>589</sup> Quasi unanimemente la dottrina individua nel sistema su base volontaria il fattore più evidente di debolezza dello SPRAR cfr. S. PENASA, *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, cit.; G. A. GIUFFRÉ, *Profili di organizzazione e di evidenza pubblica del sistema di accoglienza*, cit., p. 14; P. BONETTI, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 223 ss.

<sup>590</sup> C. EDU, (Grande Chambre), *Affaire Tarakhel c. Suisse* (Requête no 29217/12), 4 novembre 2014. A commento M. PASTORE, *La sentenza della Corte EDU Tarakhel c. Svizzera e le sue implicazioni per l'Italia e per il controverso rapporto tra sistema Dublino e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2014, p. 115 ss.; R. PALLADINO, *La “derogabilità” del “sistema Dublino” dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle “deficienze sistemiche” ai “seri dubbi sulle attuali capacità del sistema” italiano di accoglienza*, in *Diritti umani e diritti fondamentali*, vol. 9, 2015, p. 229 ss..

previsti servizi strumentali al godimento di diritti, quali l'assistenza legale, l'accesso delle associazioni al centro, la possibilità di uscire dai centri. Lo stesso decreto, inoltre, elimina la possibilità di accedere ai corsi di formazione, fondamentali per avviare una reale integrazione sociale.

Inoltre, si consideri che in periodi di forte afflusso di migranti sarà complesso anche garantire gli *standard* minimi, richiesti dalla direttiva UE n. 33/2013.

A riguardo, è opportuno precisare che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che gli standard di accoglienza devono essere sufficienti a garantire “*un livello di vita dignitoso*”, nonché « *una qualità di vita adeguata per la salute ed il sostentamento dei richiedenti asilo*»<sup>591</sup>.

La logica sottesa al Decreto “immigrazione e sicurezza”, come si legge nella circolare del Ministero dell'Interno in attuazione del medesimo decreto, “*muove dall'esigenza di segnare una netta differenziazione tra gli investimenti in termini di accoglienza e integrazione da destinare a coloro che hanno titolo definitivo a permanere sul territorio nazionale..., rispetto ai servizi da erogare a coloro che sono in temporanea attesa della loro posizione giuridica*”<sup>592</sup>.

sembra essere quella di ridurre al minimo lo sforzo pubblico, partendo dalla considerazione che i servizi di integrazione ed inclusione offerti dal sistema SPRAR rappresentino un “cattivo” investimento rispetto a persone che resteranno sul territorio nazionale solo per un periodo di tempo determinato. Infatti, la circolare Tale considerazione sembra essere confermata d'altra parte anche dall'abrogazione da parte dello stesso D.l. n. 113 del 2018 dell'iscrizione anagrafica per i richiedenti protezione internazionale, rendendo ulteriormente incerta la possibilità per i richiedenti asilo di accedere a fondamentali servizi territoriali<sup>593</sup>.

L'impostazione del sistema di accoglienza come recentemente novellato, tuttavia, sembra lontano dai principi espressi dalla Corte costituzionale, la quale non solo è sempre più orientata a ritenere costituzionalmente illegittime norme che subordinino irragionevolmente l'accesso a taluni servizi sociali e assistenziali alla durata del soggiorno nel territorio, ma allo stesso tempo considera l'impedimento agli stranieri “*di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune*”, quale “*un'ingiustificata limitazione*

---

<sup>591</sup> CGUE, *Saciri e a.*, C-79/13, 27 febbraio 2014. Sul tema L. SLINGENBERG, *Reception Conditions Directive (recast): Relevance in Times of High Numbers of Asylum Applications*, in P. MINDERHOUD, K. ZWAAN (ed.), *The recast Reception Conditions Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, cit., pp. 21 ss.

<sup>592</sup> Circolare del Ministero dell'Interno del 18 dicembre 2018.

<sup>593</sup> Proprio l'abrogazione dell'iscrizione anagrafica ha scatenato la reazione di alcuni Sindaci, decisi ad agire contrariamente al disposto legislativo. Il presidente della Regione Toscana intende proporre un ricorso davanti alla Corte costituzionale per la presunta violazione di competenze regionali. Tra i primi commenti a caldo in relazione all'abrogazione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale A. BUZZI E F. CONTE, *Ma cosa prevede davvero il “decreto Salvini” sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in [www.lacostituzioneinfo.it](http://www.lacostituzioneinfo.it), 6 gennaio 2018; D. CONSOLI, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 8 gennaio 2019.

*al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza"* (C. cost. n. 119 del 2015<sup>594</sup>).

#### **10. Le forme di protezione internazionale e l'art. 10, comma 3 Cost.: focus sulla protezione umanitaria o per "protezione speciale"**

La fase del c.d. "asilo provvisorio" si conclude con la definizione del procedimento di esame della domanda di protezione internazionale.

La definizione del procedimento può, come noto, avere due esiti differenti, che determineranno conseguenze opposte sul destino dei richiedenti: il rigetto della domanda di protezione che avvierà, di norma, il richiedente verso le procedure di rimpatrio; il riconoscimento di una delle forme di protezione (lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria, o in via residuale la protezione umanitaria di cui agli artt. 32 D.lgs. n. 25 del 2008 e art. 5, comma 6 D.lgs. n. 286 del 1998, abrogata dal D.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2013, che ha introdotto la c.d. "protezione speciale", fondata come si vedrà su presupposti più restrittivi)<sup>595</sup>.

In questa sede, pare interessante ragionare sul rapporto intercorrente tra l'art. 10, comma 3 della Costituzione e le forme di protezione internazionale vigenti, per comprenderne anche se esse possano aver un qualche impatto sulla gestione delle frontiere e degli ingressi. Anzitutto si farà riferimento al sistema antecedente all'abrogazione della protezione umanitaria da parte del D.l. n. 113 del 2018, per poi svolgere qualche considerazione sui profili di criticità della novella appena introdotta.

Come noto, la giurisprudenza della Corte di cassazione è giunta, a seguito di un orientamento ondivago e scandito da diverse "stagioni"<sup>596</sup>, ad assimilare il diritto d'asilo costituzionale di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione alle forme di protezione vigenti affermando che *"Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo "status" di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al D.lgs. 19*

---

<sup>594</sup> C. cost., sent. 25 giugno 2015, n.119; a commento A. LOLLO, *Brevi note in tema di cittadinanza ed eguaglianza tra giurisprudenza costituzionale e atti generali della Pubblica Amministrazione*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), 11/2015, pp. 2216 ss.; C. NARDOCCI, *Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015: quando l'integrazione degli "altri" passa dai doveri*, in *Le Regioni*, 4/2015, pp. 1003 ss.; S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2015; A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 119/2015*, in *Il Foro italiano*, 2015, pp. 2602 ss.

<sup>595</sup> Per un'approfondita analisi delle forme di protezione internazionale e del loro impatto sull'ordinamento interno P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, pp. 13 ss.; M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 135 ss.

<sup>596</sup> M. Benvenuti, *La forma dell'acqua*, cit., p. 7.

novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui al D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 6".

Di conseguenza, la Corte afferma che “non vi è più nessun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all’art. 10, comma 3 della Costituzione in chiave processuale o strumentale, a tutela di chi abbia diritto all’esame della sua domanda di asilo alla stregua delle norme vigenti sulla protezione”, annunciando allo stesso tempo “l’avvenuto e definitivo superamento dell’indirizzo precedente (limitato alla facoltà d’ingresso al fine di richiedere lo status di rifugiato), affermatosi in un contesto normativo europeo e nazionale del tutto diverso” (Cass., Sez. VI, ord. n. 10686/2012)<sup>597</sup>.

Tale posizione che sancisce l’assimilazione dell’asilo alle forme di protezione vigenti rappresenta oggi l’orientamento consolidato della Corte di cassazione in relazione all’art. 10, comma 3 della Costituzione.

Una simile posizione parrebbe tuttavia criticabile<sup>598</sup>.

Preliminarmente, la Corte di cassazione sembra confondere e sovrapporre gli strumenti normativi posti a tutela di un diritto con il diritto costituzionale stesso<sup>599</sup>.

Inoltre, anche valutando le caratteristiche e i presupposti delle diverse forme di protezione alla luce dell’art. 10, comma 3 della Costituzione, non sembra possibile considerare le protezioni vigenti, quali forme di attuazione della predetta norma costituzionale.

Ciò sembrerebbe dimostrabile anche mediante l’analisi della stessa giurisprudenza di legittimità in relazione alle singole forme di protezione.

Rispetto al rapporto tra l’art. 10, comma 3 della Costituzione e lo status di rifugiato è la stessa Cassazione a domandarsi, nella nota sentenza n. 4674 del 1997 “*se, in mancanza di una specifica normativa di attuazione del precetto dell’art. 10, terzo comma, Cost., la normativa che disciplina il riconoscimento dello status di rifugiato politico sia applicabile anche in tema di riconoscimento del diritto di asilo*”. A proposito, la Corte giunge ad una risposta negativa posto che “*Il precetto costituzionale e la normativa sui rifugiati politici, infatti, non coincidono dal punto di vista soggettivo, perché la categoria dei rifugiati politici è meno ampia di quella degli aventi diritto all’asilo*”. La Convenzione di Ginevra prevede, “*quale fattore determinante per la individuazione del rifugiato, se non la persecuzione in concreto,*

---

<sup>597</sup> Si vedano in senso analogo Cass. ord. n. 17576 del 24 febbraio 2011; nn. 4139 e 4140 del 18 febbraio 2011; Cass. ord. n. 16362 del 2016; Cass. ord. n. 28015 del 2017; da ultimo Cass. sent. 4455 del 2018. Per un commento sulla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione E. XHANARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d’asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014; D. VITIELLO, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015;

<sup>598</sup> In dottrina si registrano posizioni differenti. Criticano l’assimilazione del diritto costituzionale d’asilo alle forme di protezione vigenti M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua*, cit.; ID., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2010, p. 36 ss.; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, ivi 1/2018.

<sup>599</sup> M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua*, cit., p. 19.

*un fondato timore di essere perseguitato, cioè un requisito che non è considerato necessario dall'art. 10, terzo comma, Cost.*” (Cass., Sez. Un., sent. n. 4674/1997)<sup>600</sup>.

Ragionamento analogo può essere svolto in merito alla protezione sussidiaria, la quale potendo essere riconosciuta in presenza del “*rischio di un grave danno*” in cui incorrerebbe il richiedente protezione facendo rientro nel paese d’origine sembrerebbe individuare quale elemento determinante per il suo riconoscimento “*un requisito che non è considerato necessario dall’art. 10, terzo comma Cost*” (Cass., Sez. Un., sent. n. 4674/1997)<sup>601</sup>.

Che i presupposti di riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria - fondati rispettivamente sul “fondato timore” di “una persecuzione individuale” o su il rischio di un “grave danno” a causa nel rientro nel Paese di origine – siano maggiormente restrittivi rispetto alla “causa di giustificazione”<sup>602</sup> del riconoscimento dell’asilo costituzionale - rappresentata dal mero “impedimento” dell’effettivo esercizio della libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana - appare quindi pacifico<sup>603</sup>.

Tanto premesso, è necessario a questo punto chiedersi se l’istituto della protezione umanitaria<sup>604</sup>, possa completare il sistema di protezione internazionale, sino al punto da considerare “*Il diritto di asilo interamente attuato e regolato*” (Cass., Sez. VI, ord. n. 10686 del 2012).

Come noto, tale protezione consentiva, nella formulazione antecedente al D.l. n. 113 del 2018, alle Commissioni territoriali - nei casi di mancato accoglimento della domanda di protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria) ma in relazione ai quali sussistessero comunque “*gravi motivi di carattere umanitario*” - di trasmettere gli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi

---

<sup>600</sup> Sul tema del rapporto tra asilo e status di rifugiato B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero, Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 84 ss. L’A. afferma che il diritto d’asilo si configura come *genus* nell’ambito del quale vi rientrano diverse specificazioni, tra le quali lo status di rifugiato.

<sup>601</sup> Cass. Sez. Un., *Jaber Allen c. Ministero dell’Interno*, del 26 maggio 1997, n. 4674; per un commento alla pronuncia G. GAIA, *Diritti dei rifugiati e giurisdizione ordinaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 791 ss.; A. L. VALVO, *Nota sulla sentenza Jaber Allen*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2/1999, p. 190 ss.; I DE ANGELIS, *In attesa di una legge organica in materia di diritto di asilo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1997, p. 930 ss.; S. PRAINO, *Asilante o rifugiato purché ospitato e...protetto*, in *Diritto di famiglia*, 1997, p. 1345 ss.

<sup>602</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto costituzionale d’asilo*, cit., p. 54 ss. L’A. ritiene che la causa di giustificazione del diritto d’asilo sia rappresentato dall’impedimento concreto dell’esercizio delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione.

<sup>603</sup> Sul tema del rapporto tra asilo e status di rifugiato B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero, Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997, p. 84 ss.. L’A. afferma che il diritto d’asilo si configura come *genus* nell’ambito del quale vi rientrano diverse specificazioni, tra le quali lo status di rifugiato.

<sup>604</sup> Sulla protezione umanitaria cfr. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit.; P. BONETTI, *Il diritto d’asilo in Italia dopo l’attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, cit.; E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sent. n. 4455/2018*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2018.



umanitari, ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Quest'ultimo permesso poteva essere rilasciato ove ricorressero “*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*”.

In realtà, già dall'analisi della giurisprudenza della Cassazione<sup>605</sup> pare possibile scorgere gli elementi che differenziano nettamente la protezione umanitaria dall'asilo costituzionale, tanto sotto il profilo della struttura del permesso, tanto sotto il profilo dei presupposti di riconoscimento<sup>606</sup>.

Sotto il primo profilo, è la stessa Corte di cassazione a ricordare che la protezione umanitaria costituisce una tutela “a carattere temporaneo” (2 anni, ex art. 23, comma 1 D.lgs. 251 del 2007) e “residuale” posta a chiusura del sistema complessivo di protezione internazionale<sup>607</sup>; caratteri non certamente propri della garanzia di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione. Come è stato osservato, infatti, se si ritenesse la protezione umanitaria assibilabile all'art. 10, comma 3 Cost. si giungerebbe a relegare l'asilo costituzionale ad una disposizione con effetti temporanei e residuali “*cioè inferiore nella scala giuridica a fattispecie previste da leggi ordinarie*”<sup>608</sup>.

Dal punto di vista dei presupposti, la protezione umanitaria è sicuramente quella che tra le diverse forme di protezione può avvicinarsi maggiormente alla garanzia di cui all'art. 10, comma 3 Cost., costituendo “*un catalogo aperto non necessariamente fondato sul fumus persecutionis o sul pericolo di danno grave per la vita o l'incolumità psicofisica secondo la declinazione del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14*” (Cass. civ. nn. 26566 del 2013 – 15466 del 2014).

In realtà, si potrebbe affermare che la protezione umanitaria facendo riferimento a “*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*” parrebbe avere un ambito di applicazione più ampio rispetto all'art. 10, comma 3 della Costituzione il quale si riferisce al solo impedimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione. In particolare, si ritiene che una norma così ampia e il riferimento alle “esigenze umanitarie” slegato (e lo dimostrata la presenza della disgiuntiva “o”) dal riferimento agli obblighi costituzionali e sovranazionali<sup>609</sup>, parrebbe offrire protezione anche a coloro che si trovino in una situazione di bisogno o vulnerabilità, anche indipendente dalla verifica dell'impedimento dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche.

---

<sup>605</sup> E' stata, infatti, la giurisprudenza della Corte di cassazione ad indicare i requisiti di temporaneità e residualità propri della protezione umanitaria, nonostante essa non sia disciplinata dal d.lgs. n. 251 del 2007, come modificato dal d.lgs. n. 18 del 2014/23, il quale definisce esclusivamente lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria.

<sup>606</sup> In questo senso anche M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua*, cit., p. 20 ss.

<sup>607</sup> Cfr. in particolare Cass. Ord. Sez. VI, n. 4139 del 18 febbraio 2011; Cass. ord. n. 3491 del 22 febbraio 2012; Cass. ord. n. 506 del 13 gennaio 2014.

<sup>608</sup> Così ancora M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua*, cit., p. 21.

<sup>609</sup> In dottrina, al contrario, si propende per un'interpretazione unificante dei presupposti cfr. E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sent. n. 4455/2018*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, cit., p. 4; cfr. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, cit., p. 14.

A proposito, sembra sufficiente richiamare la copiosa giurisprudenza sulla protezione umanitaria che ha riconosciuto protezione per “esigenze umanitarie”, a soggetti considerati “vulnerabili<sup>610</sup>” per le più svariate ragioni, connesse anche alla situazione di povertà nel paese di origine<sup>611</sup>. Simili ragioni – pur considerate meritevoli di protezione per motivi umanitari - non paiono coincidenti i requisiti di cui all’art. 10, comma 3 - salvo la dimostrazione nel caso concreto che situazioni di calamità naturale o povertà comportino l’impedimento effettivo delle libertà democratiche garantite dal singolo, come il diritto alla vita.

Quanto appena affermato pare dimostrato anche da una fondamentale pronuncia della Corte di cassazione, che ricostruendo i presupposti di riconoscimento della protezione umanitaria, arriva a considerare il livello “*di integrazione, personale o anche lavorativa*” in Italia quale elemento di valutazione comparativa al fine di verificare la sussistenza di una delle variabili rilevanti della vulnerabilità” (C. cass. Sez I sent. n. 4455 del 2018)<sup>612</sup>. Nonostante la stessa Corte specifichi che l’integrazione deve essere accompagnata – ai fini del riconoscimento della protezione - “*dalla verifica della condizione di vulnerabilità effettiva, sotto il profilo specifico della violazione o dell’impedimento all’esercizio dei diritti umani inalienabili*”, non si può non notare come il criterio dell’ “*integrazione sociale/affettiva/lavorativa*” quale elemento di valutazione comparativa per il riconoscimento della protezione confermi come i presupposti della protezione umanitaria possono essere considerati più ampi rispetto a quelli previsti dall’art. 10, comma 3 della Costituzione.

Una volta analizzati i presupposti strutturali e sostanziali della protezione umanitaria è possibile ribadire che essa non possa essere considerata *tout court* attuazione dell’art. 10, comma 3 della Costituzione, rappresentando una forma di tutela temporanea, residuale e territoriale e fondata su presupposti diversi<sup>613</sup>. Piuttosto, pare condivisibile ritenere - come affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità – individuare il fondamento costituzionale della protezione umanitaria nella garanzia costituzionale, di cui all’art. 2 Cost<sup>614</sup>.

---

<sup>610</sup> Cfr. Cass. sent. Sez. VI, n. 22111 del 17 ottobre 2014.

<sup>611</sup> Cfr. in particolare, Trib. Milano, Sez. I civ., ordinanza 23 aprile 2016 che ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un cittadino del Gambia per la situazione di povertà estrema in cui si trova il paese, mettendo a rischio lo stesso diritto alla salute e alla vita del richiedente. In senso contrario, Ord. Trib. Milano, Sez. I del Tribunale di Milano del 3 giugno 2016. Per un commento alle due pronunce C. DI MAIO, *La tutela del migrante economico tra gli equilibri di bilancio e le “protezioni estese”*. *Brevi riflessioni su due recenti ordinanze del Tribunale di Milano*, in *www.diritticomparati.it*, 16 giugno 2016.

<sup>612</sup> Cass. civ. Sez I sent. del 23 febbraio 2018, n. 4455; a commento E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sent. n. 4455/2018*, cit.; C. FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 2018.

<sup>613</sup> In questo senso M. BENVENUTI, *La forma dell’acqua*, cit..

<sup>614</sup> Cfr. in particolare Ord. Cass. Sez. Un. nn. 19393, 19394, 19395, 19396 del 9 settembre 2009. La Corte di cassazione afferma che l’inquadramento della protezione umanitaria nell’alveo dell’art. 2 della Costituzione preclude all’autorità amministrativa di effettuare un bilanciamento con altre posizioni giuridiche costituzionalmente tutelate, il quale spetta esclusivamente al legislatore. Per un

La protezione umanitaria presentava certamente il difetto di prestarsi ad un'interpretazione estremamente discrezionale da parte dei giudici con orientamenti più o meno restrittive a seconda del Tribunale o della Commissione competente. Ma ha certamente avuto il merito, da un lato, di offrire protezione – seppur temporanea e residuale – a persone che potenzialmente avrebbero potuto godere del diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost.. D'altro, la protezione umanitaria ha dato protezione a persone che versano in uno stato di vulnerabilità dovuto a condizioni di vita inadeguate a svolgere una vita dignitosa, prendendo atto e dando risposta ai problemi che di fatto pongono i fenomeni migratori attuali.

Alla luce di quanto sin qui esposto, devono essere valutate le novità introdotte dal D.l. n.113 del 2018, il quale ha abrogato la protezione umanitaria di cui all'art. 5, comma 6, D.lgs. n. 113 del 2018 ritenuta *“una disposizione legislativa dai contorni incerti che lascia ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l'istituto è stato introdotto nell'ordinamento”*<sup>615</sup>. A tal fine, la norma sostituisce al *“catalogo aperto”* delle esigenze umanitarie anche derivanti da obblighi costituzionali e sovranazionali un elenco tipizzato di forme di protezione: la protezione speciale di cui all'art. 32 D.lgs. n. 286 del 1998 che può essere riconosciuta dalla Commissioni territoriali, sempre in via residuale, quando ricorra il rischio di persecuzione o tortura di cui all'art. 19, comma 1 D.lgs n. 286 del 1998<sup>616</sup>; una serie di permessi di soggiorno temporanei rilasciabili dalla Questura – sconnessi quindi dalla decisione della Commissione territoriale - in alcuni ipotesi specifiche (permesso *“per calamità”*, *“per cure mediche”*, *“per atti di valore civile”*<sup>617</sup>.

Per quanto attiene al rapporto tra l'art. 10, comma 3 della Costituzione e le nuove forme di protezione introdotte dal D.l. *“immigrazione e sicurezza”* è possibile formulare diverse osservazioni.

In primo luogo, sarà necessario mettere a confronto l'abrogazione della protezione umanitaria, sostituita dalla nuova forma di protezione *“speciale”* con i principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale ritiene che l'asilo costituzionale sia interamente attuato e regolamentato dalle tre forme di protezione (status di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria).

Di conseguenza, è opportuno chiedersi se l'abrogazione di una delle forme di tutela considerate dalla Cassazione come attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost., ed in

---

commento alle pronunce M. PISELLI, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non si può rimettere al potere discrezionale della PA*, in Guida al Diritto, 41/2009, p. 93 ss.

<sup>615</sup> Cfr. in questo senso la circolare del Ministero dell'interno in attuazione del D.l. n. 113 del 2015, del 12 dicembre 2018, nonché la relazione alla proposta di legge S. 840 approvata dal Senato della Repubblica il 7 novembre 2018 e C. 1346, approvata dalla Camera dei Deputati il 28 novembre 2018.

<sup>616</sup> La Cassazione già riteneva meritevoli di protezione umanitaria i soggetti rientranti nell'alveo dei divieti di espulsione cfr. Cass. Ord., Sez. VI, n. 12764 del 20 luglio 2012.

<sup>617</sup> Per una disamina approfondita in senso critico delle novità introdotte dal D.l. n. 113 del 2018 cfr. il documento dell'Associazione studi giuridici sull'Immigrazione, *Le modifiche apportate in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1 D.l. n. 113 del 1018*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.

particolare della protezione umanitaria, possa comportare un *revirement* giurisprudenziale rispetto a quell'indirizzo che afferma che “*non vi sia più nessun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione in chiave processuale o strumentale*”, convincendo la stessa Corte a dichiarare inammissibili le domande presentate per il riconoscimento diretto del diritto costituzionale di cui all'art. 10, comma 3 Cost. L'abrogazione della protezione umanitaria potrebbe infatti indurre gli avvocati a presentare domanda di riconoscimento dell'asilo costituzionale<sup>618</sup>, sino ad oggi dichiarate inammissibili, salvo qualche sporadico riconoscimento per via giurisprudenziale, antecedente all'orientamento della Cassazione appena richiamato.

In effetti, l'abrogazione della protezione umanitaria sembra allontanare ancora di più il sistema di protezione oggi vigente dalla disciplina di cui all'art. 10, comma 3 Cost. Come visto, infatti, la protezione umanitaria aveva il merito di fondarsi su un catalogo aperto, non necessariamente fondato sul *fumus persecutionis* o sul pericolo di danno grave, consentendo di fornire protezione – seppur temporanea e residuale – a soggetti che potenzialmente sarebbero potuti rientrare nella garanzia di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione.

La protezione speciale di cui al D.l. “immigrazione sicurezza”, invece, fornendo tutela solo a coloro che rischiano di essere respinti “*verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione all'art. 19 D.lgs. n. 289 del 1998*”, sembrerebbe riservata ad una platea più ristretta di soggetti. Parrebbe, infatti, che esattamente come per lo status di rifugiato venga richiesto il “*fumus persecutionis*”, presupposto ben diverso dal mero “impedimento” di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione.

In secondo luogo, sarà necessario porsi un ulteriore problema che riguarda il rapporto tra l'abrogazione del riferimento normativo agli obblighi internazionali e sovranazionali contenuto nella “vecchia” formulazione dell'art. 5, comma 6 D.lgs. n. 286 del 1998, con i casi, che potrebbero presentarsi, in cui questi ultimi possano risultare violati mediante il rientro nel Paese di origine del richiedente.

Più precisamente, la sezione specializza competente per il ricorso avverso il diniego della Commissione territoriale, potrebbe trovarsi davanti a due ipotesi.

In primo luogo, se il giudice dovesse ritenere che il rientro del ricorrente nel Paese di origine possa impedire l'effettivo esercizio delle libertà garantite dalla Costituzione italiana, potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 D.lgs.

---

<sup>618</sup> Oltre alla nota C. App. Milano, sent. 27 novembre 1964 - che ha riconosciuto il carattere precettivo del diritto d'asilo in controtendenza rispetto alla giurisprudenza del Consiglio di Stato - si segnala Trib. Roma, sent. del 1 ottobre 1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/1999, p. 112; con note di G. LAMORGESE, *Diritto di asilo e giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1999, p. 1173 ss.; G. PALOMBARINI, *Diritto d'asilo e giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1999, pp. 1169 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il caso Ocalan: profili di diritto internazionale*, in *Diritto penale e processuale*, 1999, pp. 364 ss..

n. 286 del 1998, in riferimento all'art. 10, comma 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede, quali presupposti di riconoscimento del permesso per protezione speciale, anche "il rischio dell'impedimento delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana".

In secondo luogo, se il giudice dovesse ritenere che il rinvio del ricorrente nel Paese di origine possa determinare violazione di un singolo diritto tutelato dalla Costituzione e/o da trattati internazionali, potrebbe sollevare la questione in riferimento all'art. 117 della Costituzione, nonché in riferimento alle norme costituzionali che si intendono violate. Un esempio in tal senso potrebbe essere rappresentato dalla situazione – che non sembra essere presa in considerazione dalla "protezione speciale" - di un ricorrente i cui legami familiari in Italia siano tali da rendere il rimpatrio qualificabile come "*una illegittima compromissione di diritti fondamentali legati alla tutela della famiglia e dei minori, in violazione sia degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., sia dell'art. 8 della CEDU come applicato dalla Corte di Strasburgo, integrante il parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost*" (C. cost. sent. n. 202 del 2013<sup>619</sup>).

### **11. Il "paradosso" del diritto costituzionale d'asilo alla frontiera**

Se si ritiene di accogliere la tesi appena prospettata secondo la quale, il diritto costituzionale d'asilo, manchi ancora di attuazione, contrariamente a quanto affermato dalla Corte di cassazione, ne discende che – ad oggi – il diritto di asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost. ha trovato riconoscimento per via giurisprudenziale solo per quanto attiene al suo contenuto minimo, ovvero il diritto di ingresso nel territorio dello Stato ai fini della presentazione della domanda di protezione.

Infatti, nonostante, come visto la giurisprudenza della Cassazione ritenga ormai superato l'indirizzo che limita il diritto costituzionale d'asilo al diritto di ingresso, non si può non notare come al diritto di ingresso non consegua la possibilità di presentare domanda di riconoscimento del diritto d'asilo, preclusa secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> C. cost. sent. 18 luglio 2013, n. 203; a commento M. GILARDI, *Diniego automatico del rinnovo del permesso di soggiorno e disparità di trattamento: cade un'altra presunzione assoluta di pericolosità*, in *Legislazione penale*, 2013, pp. 1109 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Si consolida il diritto alla vita familiare dello straniero già soggiornante*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, pp. 26 ss.; V. PICALARGA, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio - rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 202/2013*, in *Il Foro italiano*, 2013, pp. 3376 ss.

<sup>620</sup> Si tratta delle pronunce già citate Cass. ord. n. 17576 del 24 febbraio 2011; nn. 4139 e 4140 del 18 febbraio 2011; Cass. ord. n. 16362 del 2016; Cass. ord. n. 28015 del 2017; da ultimo Cass. sent. 4455 del 2018. Per un commento sulla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione E. XHANARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014; D. VITIELLO, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015.

Ne discende dunque un effetto paradossale: hanno diritto di ingresso nel territorio tutti i soggetti che rientrano nel campo di applicazione soggettivo di cui all'art. 10, comma 3 Cost.; i quali tuttavia non presentano domanda di "asilo" ma di "protezione", la quale a sua volta potrà essere riconosciuta nelle tre forme vigenti nell'ordinamento – status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione speciale/umanitaria – che come visto presentano presupposti ben più restrittivi del mero "impedimento" delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione italiana. Ciò determina, dunque, un netto divario tra la platea dei soggetti titolari del diritto ingresso ex art. 10, comma 3 Cost. e quelli ai quali potrà essere riconosciuta la protezione, con la conseguenza che solo alcuni tra i primi beneficeranno della protezione internazionale. Tutti gli altri, saranno avviati alle procedure di rimpatrio o rimarranno nell'illegalità.

Tale divario sembra dimostrato dai dati che raffrontano gli ingressi alla frontiera con le forme di protezione accordata, relativi al 2017 e quindi antecedenti all'abrogazione della protezione umanitaria, operata dal D.l. n. 113 del 2018.

Dei 181,436 migranti sbarcati, 125.000 hanno presentato domanda di protezione, i restanti ricollocati, rimpatriati o dispersi. Delle 125.000 domande presentate il 50% non ha trovato accoglienza da parte delle Commissioni territoriali<sup>621</sup>.

Naturalmente una simile situazione non è dovuta esclusivamente alla sistema delle forme di protezione internazionale. Un simile divario, infatti, è determinato da diversi fattori che, pur non potendo essere approfonditi in questa sede, parrebbero ulteriormente aggravati dall'assenza di vie regolamentari per l'ingresso per motivi di lavoro, come il permesso di richiesta lavoro e il c.d. meccanismo dello "sponsor". L'assenza di tali strumenti costringe le persone a mettersi in viaggio ad affrontare il deserto, il mare, i trafficanti, rischiando la vita, per poi giungere alle frontiere e lì essere etichettati "migranti economici" e, dunque, irregolari.

Altri, invece, che probabilmente hanno affrontato lo stesso viaggio e gli stessi rischi appena descritti, hanno diritto di ingresso, ai sensi dell'art. 10, comma 3, della Costituzione, sulla base della presentazione della domanda, ma guardando i dati – il 50% di loro non avrà alcun diritto alla protezione.

In tale contesto, si ritiene che la protezione umanitaria, in assenza di una legge di attuazione di cui all'art. 10, comma 3, pur presentando i profili di criticità, abbia svolto un ruolo fondamentale nel prendere "atto" della situazione attuale delle migrazioni appena descritta, fornendo protezione a soggetti che versano in una particolare situazioni di "vulnerabilità" lesiva dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost.

Interessante, in questo senso pare una pronuncia del Tribunale di Lecce che ha riconosciuto la protezione umanitaria ad un richiedente proprio sulla base delle

---

<sup>621</sup> nei fatti i numeri dei migranti ai quali viene effettivamente protezione sono del tutto esegui. Per un'analisi dei dati cfr. Rapporto della Caritas sulla protezione internazionale in Italia, 2017 [https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto\\_2017\\_web.pdf](https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto_2017_web.pdf).

violazioni di diritti umani subite durante il viaggio intrapreso verso le frontiere europee, ed in particolare nei campi di lavoro in Libia<sup>622</sup>.

E' evidente, tuttavia, che risposte di questo genere non dovrebbero essere date dai giudici, ma dal legislatore che ha il dovere di adempiere all'obbligo costituzionale di cui all'art. 10, comma 3 Cost., ben potendo prevedere anche forme di tutela più ampia per esigenze umanitarie, coerentemente con le finalità di cui all'art. 2 Cost.

La mancata attuazione del diritto costituzionale d'asilo, invece, accompagnata dall'assenza di vie legali di ingresso per motivi di lavoro sembra aver aggravato ulteriormente il rischio di equiparazione tra migranti irregolari e coloro che hanno diritto ingresso, giustificando la reazione coercitiva statale agli ingressi illegali, in nome della "sicurezza nazionale". Ciò, accompagnato dalla gestione emergenziale e dalla tendenza del diritto europeo a ridurre il diritto d'asilo quale oggetto delle politiche di controllo dei confini, sembra aver reso le frontiere italiane luoghi ove i diritti che spettano "ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani", faticano ad essere garantiti.

Una possibile soluzione per risolvere tale "paradosso" che si genera alle frontiere potrebbe essere quella di prevedere forme di tutela extra-territoriali, che parrebbero trovare fondamento – come si dirà nel capitolo conclusivo di questo lavoro nell'art. 10 comma 3 Cost. – consentendo a coloro, ove sia praticabile – di presentare la domanda di protezione nel Paese di origine, evitando così a questi ultimi di intraprendere lunghi viaggi, entrare nel "limbo frontiera", per poi rischiare di non vedersi riconosciuta alcuna protezione.

Si tratta di una soluzione in contro tendenza con il momento storico attuale in cui il legislatore, sembra aver operato secondo una logica opposta aumentando nuovamente il divario tra coloro che hanno diritto di ingresso ex art. 10, comma 3 Cost. e coloro che poi risulteranno effettivamente titolari di protezione

Ciò non sembra dimostrato solo dall'abrogazione della protezione umanitaria, ma anche da alcune norme volte a rendere più celere e a "selezionare" velocemente i potenziali beneficiari di protezione dagli "irregolari". Ciò è dimostrato, ad esempio dall'introduzione delle procedure accelerate – tra le quali figura la domanda "in frontiera" – e l'introduzione di cause di manifesta infondatezza della domanda, come la provenienza del richiedente da un paese figurante nella lista dei c.d. Paesi sicuri, introdotto dal D.l. "immigrazione e sicurezza" all'art. 2 bis. D.lgs. n. 286 del 1998.

Tale considerazione, accompagnata nuovamente dalla mancata introduzione di misure volte a regolamentare *ex ante* l'ingresso per motivi di lavoro, non risolve certamente il problema che come visto si pone alle frontiere, ovvero l'equiparazione di coloro che hanno diritto di ingresso e "irregolari".

Non solo, l'abrogazione della protezione umanitaria, riducendo i possibili beneficiari di protezione, non potrà che aumentare il numero di stranieri irregolari sul territorio a seguito della decisione sulla protezione, giustificando lo sforzo pubblico al rimpatrio

---

<sup>622</sup> Trib. Lecce, ord. del 12 giugno 2018.

e alla difesa dei confini. Ancora, continuare a restringere gli status di protezione o introdurre strumenti sempre più incisivi di controllo delle frontiere, significa “relegare” il problema umanitario delle migrazioni alle frontiere dello Stato, ma non fermerà certo le persone a fuggire dai paesi di origine, né purtroppo ad intraprendere viaggi che rischiano di privarli, come si vedrà nel capitolo che segue, della loro stessa vita.



CAPITOLO IV  
IN VIAGGIO VERSO LA FRONTIERA: I MIGRANTI SCOMPARI NEL  
MEDITERRANEO

*Sommario:* 1. I migranti scomparsi nel Mediterraneo: presentazione dei problemi. – 2. Le procedure di identificazione: principi costituzionali. – 3. I morti hanno diritti? Le teorie sui c.d. “*posthumous rights*”. - 4. La tutela della dignità vale anche dopo la morte? - 5. Quali diritti possono vantare i familiari dei migranti scomparsi? – 5.1. *Il c.d. “right to know” nel diritto internazionale dei diritti umani.* – 5.2. *Il c.d. “right to know” nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo.* - 6. *No right without a remedy?*

**1. I migranti scomparsi nel Mediterraneo: presentazione dei problemi**

Al fine fuggire da violazioni di diritti umani o semplicemente alla ricerca di una vita migliore, i migranti intraprendo lunghi e rischiosi viaggi, attraversando mari e deserti, spesso in balia di trafficanti. Non sempre però i migranti riescono a raggiungere la meta, scomparendo e morendo durante le rotte.

Si tratta di un fenomeno globale. Le vie percorse dai migranti sono innumerevoli e solo alcune di esse sono “tracciate” e conosciute alle Organizzazioni internazionali e non governative. La rotta più percorsa è quella che attraversa la frontiera tra il Messico e gli Stati Uniti, dove si stima siano morti nel 2017 415 migranti<sup>623</sup>.

Il drammatico fenomeno delle persone morte o scomparse durante le migrazioni, assume le dimensioni maggiori nel Mediterraneo ed, in particolare, nel Canale di Sicilia, in quel tratto di mare che collega la Libia alle coste siciliane.

Secondo l’Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM), dal 2014 al 2017 sono morte attraversando il Mediterraneo 14,500 persone<sup>624</sup>. Un recente studio

---

<sup>623</sup> I dati sono raccolti e pubblicati sul sito dell’Organizzazione mondiale per le migrazioni, nellapagina dedicate alle persone scomparse <https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region=1422> . La situazione dei migranti che attraversano la frontiera tra Messico e Stati Uniti è descritta da M. JIMENEZ, *Humanitarian Crisis: Migrant Deaths at the U.S. – Mexico Border*, 2009.

<sup>624</sup> Si veda il rapporto dell’Organizzazione internazionale per le migrazioni *Central Meditterreanean route: migrants fatalities*, <https://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/c-med-fatalities-briefing-july-2017.pdf>, 2017. Come noto, il fenomeno non riguarda solo il Mediterraneo. Ad esempio, la rotta più percorsa è quella che attraversa la frontiera tra il Messico e gli Stati Uniti, dove si stima siano morti, nel 2017, 415 migranti. I dati sulle scomparse dei migranti nel mondo sono raccolti e pubblicati sul sito dell’OIM <https://missingmigrants.iom.int/region/americas?region=1422> .

mostra come il netto scalo di sbarchi avvenuto nel 2018 non abbia comportato una diminuzione delle morti che, anzi, sembrano aumentare nuovamente<sup>625</sup>. Si pensi che solo dall'inizio del 2018, l'OIM denuncia 1107 decessi<sup>626</sup>.

Si può immaginare la difficoltà di reperire con esattezza i dati sulle scomparse nel Mediterraneo, con la drammatica conseguenza che il numero reale delle morti potrebbe essere ben più elevato.

Di fronte ad una tragedia umanitaria di tale rilievo, la comunità scientifica internazionale si interroga prioritariamente sulle strategie più idonee ad evitare le morti in mare. Vi è, tuttavia, un ulteriore problema che si intende affrontare in questo breve contributo: il mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti morti durante l'attraversata del Mediterraneo<sup>627</sup>.

La maggior parte dei corpi, infatti, non viene recuperata e giace senza nome e senza identità sui fondali al largo delle coste europee. Anche nei pochi casi in cui questi sono recuperati, non sono identificati e sono quindi seppelliti in tombe anonime nei cimiteri siciliani. Basti pensare che dal Registro dei cadaveri non identificati, istituito presso il Ministero dell'Interno, risultano 1.670 corpi di migranti vittime di naufragi<sup>628</sup>.

Non si tratta, tuttavia, solo di (ri)dare un nome ad un corpo, ma è necessario considerare che, dietro ogni morto, vi è una generalmente una famiglia, degli amici, dei conoscenti che probabilmente non conosceranno mai la sorte del loro caro scomparso, con effetti devastanti dal punto di vista psicologico.

Il mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti sembra essere dovuto a due ordini di ragioni.

La prima ragione è legata al fatto che il recupero e l'identificazione dei migranti scomparsi nel Mediterraneo pone problemi pratici di rilievo, legati alle concrete possibilità di messa in atto di tali operazioni<sup>629</sup>.

Da un lato, le attività di recupero<sup>630</sup>, possono essere ostacolate dall'oggettiva difficoltà di individuare l'esatto luogo del naufragio e dei corpi, che non sempre si

---

<sup>625</sup> M. VILLA, *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, ISPI, 1 ottobre 2018.

<sup>626</sup> I dati sono reperibili sempre sul sito dell'OIM, nella pagina dedicate alle persone scomparse <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>. Si tratta di stime, data la difficoltà di reperire con esattezza i dati sulle scomparse nel Mediterraneo. Il numero reale delle morti potrebbe essere, dunque, ben più elevato.

<sup>627</sup> Il tema è stato già affrontato, in ottica multidisciplinare, da M. D'AMICO – C. CATTANEO, *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, 2016. Inoltre, sia consentito il rinvio a C. SICCARDI, *Missing Migrants and Unidentified bodies in the Mediterranean Sea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018.

<sup>628</sup> Il dato è riportato nella circolare del Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse n. 7608 del 22/11/2017 - Persone scomparse e cadaveri senza identità: d.P.R. n. 87 del 7 aprile 2016 Banca dati DNA.

<sup>629</sup> I problemi pratici legati all'identificazione dei morti sono analizzati in D. DE ANGELIS - D. MAZZARELLI - L. OLIVIERI - A. CAPPELLA - V. MERELLI - A. AMADASI - D. PORTA, *Cadaveri senza nome e la questione migranti: profili medico-legali*, in *I Diritti annegati*, cit., p. 87 ss.

<sup>630</sup> Vi è chi sostiene, al fine di coprire gli ingenti costi di tali operazioni, la sussistenza dell'obbligo assicurativo di cui all'art. 123 Cod. Ass. anche per le imbarcazioni che trasportano i migranti nel Mediterraneo: cfr. M. PALISI, *L'obbligo risarcitorio in capo al fondo di garanzia nell'ipotesi di sinistri*

trovano in prossimità dell'imbarcazione. Inoltre, a seconda delle modalità del naufragio e della profondità delle acque, tali operazioni potrebbero richiedere un ingente spiegamento di forze e mezzi, comportando costi elevati.

D'altro lato, anche se i corpi vengono recuperati, non sempre è possibile procedere all'identificazione. In primo luogo, sembra scontato notare che una delle criticità nelle procedure di identificazione dei corpi dei migranti è legata alla mancanza di una "lista passeggeri", che consentirebbe un semplice confronto tra le persone scomparse e le vittime del disastro. In secondo luogo, dal punto di vista tecnico, l'identità di una salma avviene generalmente attestata da un parente o da un conoscente, attraverso un semplice esame visivo, senza ricorrere ad ulteriori analisi identificative. Ciò è raramente possibile nel caso dei naufragi dei migranti, a meno che – sempre sia stata disposta l'identificazione del cadavere – non vi siano parenti sopravvissuti al medesimo naufragio. Diversamente, è necessario procedere all'identificazione c.d. biologica, mediante l'incrocio dei dati *post mortem* e ante morte; quest'ultimi arduamente reperibili nei casi dei migranti scomparsi, essendo le famiglie difficilmente rintracciabili e situate nei lontani paesi di origine<sup>631</sup>.

La seconda ragione è connessa all'assenza di regole e *standard* comuni a livello internazionale ed europeo sulle operazioni di recupero e identificazione dei corpi. Infatti, le convenzioni di diritto internazionale e, in particolare, del diritto del mare, impongono come prioritario il salvataggio delle vite in mare, senza affrontare specificamente tale questione<sup>632</sup>. Allo stesso modo, a livello europeo i compiti della Guardia costiera europea, recentemente istituita, sembrano esaurirsi nel controllo delle frontiere e nelle operazioni di recupero e salvataggio<sup>633</sup>.

Né, infine, è possibile rinvenire nell'ordinamento interno regole precise sul recupero dei cadaveri in mare e la loro identificazione<sup>634</sup>.

---

*verificatisi in acque nazionali a danno dei migranti (la tragedia di Lampedusa)*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3/2017, p. 102.

<sup>631</sup> I problemi pratici legati all'identificazione dei morti sono analizzati da D. DE ANGELIS - D. MAZZARELLI - L. OLIVIERI - A. CAPPELLA - V. MERELLI - A. AMADASI - D. PORTA, *Cadaveri senza nome e la questione migranti: profili medico-legali*, in *I Diritti annegati*, cit., p. 87 ss.

<sup>632</sup> Ci si riferisce essenzialmente alle Convenzione di Motego Bay (UNCLOS), Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, alla Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS) del 1960, alla Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare (SAR) del 1979 pur essendo consapevoli che il diritto del mare è caratterizzato da un sistema di fonti complesso e articolato.

<sup>633</sup> Ci si riferisce al Regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, al Regolamento (UE) n. 656/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante norme per la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea.

<sup>634</sup> Si segnala, inoltre, che in tema di identificazione dei cadaveri "senza nome" potrebbero rappresentare un passo in avanti di rilievo le norme previste dalla l. n. 85 del 2009 che ha istituito la c.d. Banca dati del DNA. Quest'ultima prevede una norma specifica (art. 7) che include tra i dati oggetto del trattamento quelli relativi alle persone scomparse o ai cadaveri non identificati. Sul punto si veda la Circolare del Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse n. 7608 del 22/11/2017.

Il codice della navigazione (R.D. n. 327 del 1942 e succ. mod.) sembra prendere atto del fatto che nelle situazioni di naufragio non sia sempre possibile il recupero dei cadaveri. Infatti, l'art. 206 dello stesso codice stabilisce che *“Quando di una persona scomparsa da bordo non sia possibile recuperare il cadavere, il comandante della nave fa constare con processo verbale le circostanze della scomparsa e le ricerche effettuate”*.

Maggiori elementi si possono desumere dalle norme del codice di procedura penale che disciplinano i poteri del pubblico ministero durante le indagini preliminari<sup>635</sup>. Viene in rilievo, in particolare, l'art. 116 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale secondo cui, *“se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia secondo le modalità previste dall'art. 360 del codice ovvero fa richiesta di incidente probatorio, dopo aver compiuto le indagini occorrenti per l'identificazione”*. L'autopsia è quindi disposta solo nel caso in cui il PM la ritenga necessaria ai fini del buon esito delle indagini.

Sul punto, le procure competenti per le indagini relative ai naufragi dei migranti nel Mediterraneo hanno agito in modi differenti, ritenendo solo in alcuni casi che l'identificazione dei corpi fosse necessaria allo svolgimento delle indagini.

A dimostrazione di ciò, sembra utile richiamare le vicende giudiziarie avviate a seguito di due naufragi che *“hanno rappresentato uno spartiacque nell'approccio alla problematica dei cadaveri non identificati”*<sup>636</sup>: i naufragi di Lampedusa del 3 e dell'11 ottobre del 2013, nei quali hanno perso la vita più di 400 persone; il naufragio di un'imbarcazione al largo delle coste libiche, nell'aprile 2015, rimasta in fondo al mare, a 700 metri di profondità, con circa 800 corpi al suo interno.

Nel primo caso, il Procuratore di Agrigento – competente per le indagini – ha ritenuto *“necessario procedere all'identificazione dei cadaveri, prelevare il loro DNA e confrontarlo con quello dei parenti, essendo quest'ultimo un atto dovuto perché i familiari delle vittime hanno diritto di costituirsi parte civile”*<sup>637</sup>.

Al fine di procedere alle complesse operazioni di identificazione delle vittime del naufragio, l'Ufficio straordinario del Governo per le persone scomparse ha siglato un protocollo con il Dipartimento di medicina legale dell'Università degli Studi di Milano e il Ministero dell'Interno per la raccolta dei dati *post e ante mortem* delle 386 vittime dei disastri di Lampedusa del 3 e 11 ottobre 2013<sup>638</sup>. Ciò ha reso possibile l'identificazione di più del 50 per cento dei corpi recuperati<sup>639</sup>.

---

<sup>635</sup> In riferimento al ruolo dell'autorità giudiziaria nell'identificazione dei corpi dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, cfr. S. BISSARO, *I tragici naufragi dei migranti e il ruolo dell'autorità giudiziaria italiana. I drammatici naufragi dell'ottobre 2013 e dell'aprile 2015*, in *I diritti annegati*, cit., p. 36 ss.

<sup>636</sup> V. la dichiarazione di Vittorio Piscitelli, già Commissario straordinario del Governo alle persone scomparse, alla conferenza dell'Organizzazione mondiale per le migrazioni tenutasi a Berlino il 14 e 15 giugno 2016.

<sup>637</sup> Questa dichiarazione è riportata da M. D'AMICO, *Introduzione. Il punto di vista del giurista*, in *I Diritti annegati*, cit., p. 16.

<sup>638</sup> Protocollo di intesa, stipulato tra il Commissario straordinario del Governo per le persone scomparse, prefetto Vittorio Piscitelli, il Capo del Dipartimento per le Libertà Civili e l'Immigrazione

Diversamente, nel caso riguardante il naufragio dell'aprile del 2015, il Procuratore di Catania, avendo già raccolto tutti gli elementi probatori utili per formulare la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dei presunti "scafisti" già fermati, ha ritenuto che *"il recupero di quei corpi non fosse utile alle indagini"*<sup>640</sup>

Al di là delle diverse valutazioni dei procuratori in relazione alla necessità dell'identificazione ai fini delle indagini, sembra opportuno sottolineare le differenze delle situazioni di fatto che contraddistinguono i due naufragi e che, forse, hanno avuto un qualche peso nell'orientare le scelte delle procure. Nel primo caso, infatti, il naufragio era avvenuto a pochi metri dalle coste di Lampedusa e il PM si è limitato a disporre l'identificazione di corpi già recuperati durante le operazioni di salvataggio; nel secondo caso, l'identificazione dei corpi avrebbe avuto come logico presupposto il recupero dell'imbarcazione adagiata sui fondali a 700 metri di profondità con circa 800 corpi al suo interno.

In questo secondo caso, nonostante la decisione del PM e l'evidente complessità dell'operazione, il Governo italiano è intervenuto con un'imponente azione della Marina militare, al recupero dello scafo colato a picco<sup>641</sup>. L'Università degli studi di Milano, coadiuvata da esperti di altre Università<sup>642</sup> e dalla polizia scientifica, ha così potuto procedere alle operazioni di identificazione dei corpi e di raccolta dati<sup>643</sup>.

In tale contesto e in assenza di regole comuni a livello internazionale ed europeo, le azioni appena descritte del Governo italiano rappresentano le uniche iniziative intraprese per dare un nome ai migranti morti durante l'attraversata<sup>644</sup>.

Alla luce dei problemi illustrati, si intende analizzare, da un punto di vista giuridico, il tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo. Gli enormi ostacoli pratici che

---

del Ministero dell'Interno, Prefetto Mario Morcone, e il Rettore dell'Università degli Studi di Milano, Dott. Prof. Gianluca Vago, a Roma il 30 settembre 2014.

<sup>639</sup> Grazie alle azioni previste dal protocollo, le famiglie di 66 scomparsi sono riuscite a presentarsi negli incontri fissati prima a Roma e a Milano per la raccolta di dati *ante mortem* da parte di personale specializzato. Si veda, sul punto C. CATTANEO, *Il punto di vista del medico legale*, in *I diritti annegati*, cit., p. 25.

<sup>640</sup> V. dichiarazione del PM di Catania Salvi riportata in un'intervista sul quotidiano *La Repubblica* del 17 maggio 2015. Inoltre, riguardo al recupero e all'identificazione dei corpi, il PM precisa: *"per noi non è necessario, se poi lo vuole fare il governo o altri per ragioni umanitarie va bene, noi non possiamo affrontare costi e ritardi in questo procedimento, e poi non dipende dall'autorità giudiziaria"*.

<sup>641</sup> La Presidenza del Consiglio non ha mai reso noti i costi dell'operazione. Alcuni articoli di stampa ritengono che l'operazione abbia avuto un costo complessivo di 9, 5 milioni di euro.

<sup>642</sup> In particolare, hanno collaborato alle operazioni le Università di Palermo, Catania, Messina e Pavia.

<sup>643</sup> Non vi sono ancora i risultati completi delle operazioni di identificazione. Descrivono le operazioni di recupero dell'imbarcazione e dell'identificazione dei corpi V. PISCITELLI, A. IADICICCO, D. DE ANGELIS, D. PORTA, C. CATTANEO, *"Italy's battle to identify dead migrants"*, in *Lancet Glob Health*, 4(8), 2016, pp. 512 ss.

<sup>644</sup> Si segnalano anche i tre protocolli siglati dal Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse: Protocollo del 12 aprile 2017 tra Commissario per le persone scomparse e il Ministero degli Affari Esteri; Protocollo del 12 novembre 2015 tra Il Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse e Il Presidente della Croce Rossa Italiana; Protocollo del 6 maggio 2015 tra il Commissario Straordinario del Governo per le persone scomparse e *La International Commission on Missing Persons*.

impediscono l'identificazione dei corpi dei migranti non possono esimere dall'interrogarsi su alcune problematiche che potrebbero avere un rilievo anche dal punto di vista del diritto costituzionale: quali sono i principi costituzionali coinvolti nella drammatica situazione appena descritta? Esistono degli interessi la cui tutela deve essere garantita anche dopo la morte? La garanzia della dignità umana è tale da valere anche *post-mortem*? I familiari delle persone scomparse possono vantare un diritto – se così può essere definito - a pretendere di conoscere il destino dei propri cari?

Non si può non ammettere, tuttavia, come le criticità di fatto che caratterizzano il problema oggetto del presente contributo, abbiano influenzato lo studio e il ragionamento di diritto svolto, poiché la riflessione riguarda anche tematiche complesse quali l'effettività dei diritti, ma anche la loro stessa definizione e riconoscimento.

## **2. Le procedure di identificazione: principi costituzionali**

Per rispondere alla prima domanda posta, si tenterà anzitutto di individuare i principi costituzionali che potrebbero venire in rilievo in relazione alle attività di recupero e identificazioni dei corpi.

Dal punto di vista pratico, le procedure di identificazione consentono, in primo luogo, di raccogliere i segni identificativi del cadavere – i c.d. dati *post-mortem* – e, in un secondo momento, di incrociarli con i segni distintivi propri di quella persona in vita – c.d. *ante-mortem*. Il risultato di queste operazioni dovrebbe consentire di associare a quel corpo, recuperato in mare, un nome.

Il primo diritto che sembra venire in rilievo, dunque, è proprio il diritto al nome come tutelato anzitutto dall'art. 22 Cost.<sup>645</sup>, ma anche dall'art. 8 CEDU<sup>646</sup>, nonché specificato dagli artt. 6 e 9 del Codice civile.

Dalla giurisprudenza costituzionale in materia, analizzata ai fini della presente indagine, emergono alcuni elementi interessanti che sembrano consentire di fornire un inquadramento costituzionale alle procedure di identificazione<sup>647</sup>.

Secondo la Corte costituzionale, il nome rappresenta il primo “*segno distintivo ed identificativo della persona nella sua vita di relazione*” (C. cost., sent. n. 13 del 1994<sup>648</sup>).

---

<sup>645</sup> Sul diritto al nome nell'ordinamento costituzionale si veda diffusamente L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, 2004, pp. 125 ss.

<sup>646</sup> La Corte EDU ha ricondotto il diritto al nome nell'ambito della tutela offerta dall'art. 8 della CEDU. Fra le tante pronunce si veda Corte EDU (Grand Chamber), Case of Cusan e Fazzo c. Italia (Application no 77/07) del 7 gennaio 2014 sull'attribuzione del cognome materno. Sul tema, in generale, A. FABBRICOTTI (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Jovene, 2017.

<sup>647</sup> Sul concetto di identificazione dal punto di vista giuridico U. SORRENTINO, *Identificazione*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Giappichelli, 1980, pp. 121 ss.

<sup>648</sup> C. cost. sent. del 3 febbraio 1994, n. 13; tra i tanti commenti si veda in particolare A. PACE, *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 103 ss.

Il nome non consente solo di distinguere una persona dagli altri consociati<sup>649</sup>, ma rappresenta allo stesso tempo il “*punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare*”(C. cost., sent. n. 286 del 2016<sup>650</sup>).

I dati *ante mortem* e *post mortem*, presupposti imprescindibili per associare una salma ad un nome, potrebbero rientrare tra “*i segni distintivi e identificativi della persona*”. In effetti, a seguito dell'evoluzione tecnologica, lo spettro di tali segni si è ampliato notevolmente, trovando riconoscimento e tutela anche da parte dei giudici<sup>651</sup>. I dati biologici sono stati presi in considerazione dalla Corte costituzionale quali segni identificativi in diverse occasioni: i dati antropometrici e dattiloscopici (C. cost., sent. n. 30 del 1962<sup>652</sup>), il prelievo ematico (C. cost., sent. n. 54 del 1986<sup>653</sup>), i “*dati relativi all'anamnesi familiare*” (C. cost., sent. n. 278 del 2013<sup>654</sup>).

Come noto, il nome non svolge esclusivamente la funzione di identificare la persona<sup>655</sup>, ma è connesso, da un lato, “*ad una pluralità di interessi pubblici e privati*” tutelati dalla legge e, dall'altro, ad una serie di esperienze che contraddistinguono la personalità di ognuno. Esso, infatti, rappresenta il “*primo riscontro*” del diritto all'identità personale, tutelato all'art. 2 Cost.<sup>656</sup>, “*inteso come diritto ad essere sé stesso*<sup>657</sup>” “*con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo*” (Corte cost., sent. n. 13 del 1994).

Si ritiene che i passaggi delle sentenze appena richiamate possano offrire alcuni spunti per indirizzare l'analisi del problema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo.

In primo luogo, calando le parole della Corte nella vicenda qui in esame, si desume che l'identificazione dei corpi non consentirebbe solo di dare a questi ultimi un nome, ma di soddisfare una serie di interessi connessi all'identità della persona

---

<sup>649</sup> Sul punto cfr. G. BAVETTA, *Identità (diritto alla)*, in *Enc. del dir.*, vol. XIX, Giuffrè, 1970, p. 956.

<sup>650</sup> C. cost., sent. del 21 dicembre 2016, n. 286; tra i molti commenti alla sentenza affronta il tema del rapporto tra il nome e l'identità familiare v. S. SCAGLIARINI, *Dubbi e certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2017, p. 8.

<sup>651</sup> Sull'evoluzione dei segni identificativi si veda ancora L. TRUCCO, *Introduzione*, cit., p. 21 ss.

<sup>652</sup> C. cost., sent. del 27 marzo 1962, n. 30; con nota di R. G. DE FRANCO, *Ancora in tema di rilievi segnaletici di ps.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1962, p. 242 ss.. Sul tema in generale D. SCCELLINO, *Corte Costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Legislazione penale*, 1997, p. 173 ss..

<sup>653</sup> Corte cost., sent. del 24 marzo 1986, n. 54.

<sup>654</sup> C. cost., sent. del 22 novembre 2013, n. 278; a commento E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in *www.rivistaaic.it*, 2017.

<sup>655</sup> In questo senso F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995, p. 14.

<sup>656</sup> Tra i numerosissimi studi sul diritto all'identità personale G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003; A. PACE, *Il c.d. diritto alla identità personale a gli artt. 2 e 21 della Costituzione*, in G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI, *Il diritto alla identità personale*, Cedam, 1981, pp. 36 ss; A. PIZZORUSSO, *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in *idem*, pp. 29 ss.

<sup>657</sup> In dottrina si era già espresso sul tema A. PIRAINO LETO, *Il diritto ad essere se stessi*, in *Dir. fam. pers.*, 1990, pp. 601 ss.

deceduta, nonché di rispettare le idee e le convinzioni morali o religiose espresse in vita – come, ad esempio, la scelta riguardo alla sepoltura.

In secondo luogo, nelle sentenze della Corte viene in rilievo l'importanza dell'identificazione come mezzo per inserire la persona nella sua vita familiare e di relazione; ragionamento che, traslato nel caso in esame, fa comprendere come l'identificazione di un corpo rappresenti, ovviamente, l'unico modo per risalire ai suoi familiari, informandoli dell'accaduto.

Tuttavia, appare scontato notare che la tutela dei segni distintivi come primo riscontro dell'identità personale affermata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale è accordata alle persone ancora in vita.

In questa sede è, invece, opportuno chiedersi se tali segni distintivi della persona, il nome e tutti gli interessi ad esso connessi, possano trovare una tutela giuridica anche *post-mortem*.

A tal fine, occorre ragionare su due piani differenti, tenendo distinte le diverse posizioni giuridiche coinvolte nel drammatico fenomeno dei migranti scomparsi nel Mediterraneo: i morti e i loro familiari.

Da un lato, si intende ragionare sulla posizione giuridica dei migranti morti, cercando di comprendere se la pluralità di interessi connessi all'identificazione possa trovare una tutela giuridica *post-mortem*. A tal fine, ci si concentrerà su due tematiche differenti: la prima attiene alla delicata questione dei morti come “soggetti di diritto” e della possibile configurabilità, in capo ai morti, di alcuni diritti – c.d. “*posthumous rights*” – come sostenuto da alcune suggestive elaborazioni dottrinali; la seconda guarda, invece, ai morti come possibili “soggetti degni di tutela”, cercando in particolare di valutare se la tutela della dignità possa valere anche dopo la morte.

D'altro lato, è necessario riflettere sulla posizione giuridica dei familiari delle persone scomparse, indagando se la mancata identificazione dei corpi dei loro cari possa incidere sui loro diritti e se essi possano vantare un *diritto* a conoscere il destino del loro parente scomparso.

### **3. I morti hanno diritti? Le teorie sui c.d. “*posthumous rights*”.**

Il primo tema, riguardante la possibile configurabilità di diritti anche dopo la morte, impone riflessioni profonde e complesse su nozioni cruciali per il diritto, come la stessa nozione di capacità giuridica.

È noto che i morti non sono titolari di diritti. L'art. 1 del Codice civile, stabilendo che “*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*” e subordinando “*all'evento nascita*” “*i diritti che la legge riconosce al concepito*”, non lascia spazio ad altre interpretazioni<sup>658</sup>.

Tale concezione trova le sue radici già nel diritto romano, fondato sulla distinzione tra *persona* – titolari di diritti – e *res* – oggetto di commercio. I cadaveri, e i morti in

---

<sup>658</sup> Sulla nozione di capacità giuridica cfr. G. ALPA, *Manuale di Diritto privato*, Cedam, 2017, p. 148 ss.; diffusamente ID., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, 1993.



generale, rientravano nella categoria delle *res*, seppur nella particolare categoria delle “*res religiosae*”, soggette al diritto divino e quindi non commerciabili.

Nonostante questa convinzione rappresenti una caratteristica cardine della cultura giuridica odierna, gli studiosi di ogni tempo hanno continuato ad interrogarsi sull’esistenza di un “diritto dei morti”.

Oggigiorno sono soprattutto i filosofi del diritto, prevalentemente anglosassoni e statunitensi, a teorizzare l’esistenza di una specifica categoria di diritti c.d. “*posthumous rights*”, ovvero i diritti dei morti<sup>659</sup>.

Per affermare l’esistenza dei *posthumous rights*, questi autori si fondano sulla c.d. *Interest Theory*<sup>660</sup>, contrapponendosi alla c.d. *Will theory*<sup>661</sup>.

Semplificando e, senza alcuna pretesa di completezza, secondo i sostenitori della c.d. *Will Theory*, solo coloro che sono coscienti e capaci di compiere scelte - “*making choice*” - sono titolari di diritti. In altre parole, “*the essence of a right consists in opportunities for the right- holder to make normatively significant choices relating to the behavior of someone else*”<sup>662</sup>.

Diversamente, secondo la *Interest Theory* una persona è titolare di un diritto quando quest’ultimo coincide: da un lato, con un interesse o con un beneficio del titolare stesso; d’altro lato, con un corrispondente dovere degli altri a non violare tale interesse<sup>663</sup>. In altre parole, “*avere un diritto significa essere il beneficiario di un dovere altrui*”<sup>664</sup>.

Alcuni autori ricavano dagli elementi fondanti della *Interest Theory* l’esistenza di una specifica categoria di diritti, i c.d. “*posthumous rights*”<sup>665</sup>, che continuano a valere anche dopo la morte della persona. Infatti, seguendo il ragionamento di questi

---

<sup>659</sup> In generale sul tema v. H. CONWAY, *The Law and the Dead*, Routledge, 2016.

<sup>660</sup> Generalmente si ritiene che il pioniere della *Interest Theory* sia Jeremy Bentham. Tra i teorici della teoria dell’interesse contemporanei v. M.H. KRAMER, *Rights without trimmings*, in M.H. KRAMER - N. SIMMONDS - H. STEINER, *A debate over rights*, Clarendon, 1998.

<sup>661</sup> Il principale sostenitore è H.L.A. HART, *Are there any natural rights?*, *The Philosophical Review*, 1955, pp. 176 ss. In base alla *Will Theory* solo coloro che sono coscienti e capaci di compiere scelte - “*making choice*” - sono titolari di diritti. Sul pensiero di Hart si vedano M. KRAMER - C. GRANT - B. COLBURN - A. HATZISTAVROU, *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, OUP Oxford, 2008.

<sup>662</sup> J. WALDRON, *Introduction to Theories of rights*, Jeremy Waldron, 1984, p. 9.

<sup>663</sup> In contrapposizione alla *Interest Theory* si pone la c.d. *Will Theory*, il cui principale sostenitore è H.L.A. HART, *Are there any natural rights?*, *The Philosophical Review*, 1955, pp. 176 ss. In base alla *Will Theory* solo coloro che sono coscienti e capaci di compiere scelte - “*making choice*” - sono titolari di diritti. Sul pensiero di Hart si vedano M. KRAMER - C. GRANT - B. COLBURN - A. HATZISTAVROU, *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, OUP Oxford, 2008.

<sup>664</sup> Cfr. D. LYONS, *Rights, claimants and beneficiaries*, in *American Philosophical Quarterly*, 6, 1969.

<sup>665</sup> In particolare, sostengono l’esistenza di un diritto dei morti M. H. KRAMER, *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, in *J.I. & juris*, 2001, pp. 30 ss., e K. RABE SMOLENSKY, *The right of the Dead*, in *Hofstra Law Review*, 2009, pp. 764 ss. Contrari alla configurabilità dei “*posthumous rights*” sono E. PARTRIDGE, *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, in *Ethics*, 1981, pp. 243 ss.; S. WINTER, *Against posthumous rights*, in *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 27, 2010; C. FABRE, *Posthumous Rights*, in M. H. KRAMER - C. GRANT - B. COLBURN - A. HATZISTAVROU, *The Legacy*, cit., pp. 225 ss.

ultimi, un morto è titolare di diritti, se il suo interesse a vederli tutelati permane anche dopo la morte.

Ne consegue che non tutti i diritti sono “postumi”<sup>666</sup>, ma solo quelli il cui interesse alla tutela persiste anche dopo la morte. Tra i numerosi esempi di diritti postumi, richiamati in diversi scritti, si può far riferimento alla violazione *post mortem* del diritto alla reputazione: un atteggiamento diffamatorio lede la reputazione del defunto indipendentemente dal fatto che egli possa conoscerla o percepirla<sup>667</sup>.

A sostegno della loro tesi questi autori non richiamano solo noti casi giurisprudenziali- prevalentemente in materia di diritto alla reputazione ed, in generale, di diritti della personalità – ma anche il pensiero di eminenti studiosi del diritto, come quello di Ronald Dworkin<sup>668</sup>. Nonostante Dworkin non abbia mai affermato – è bene precisarlo – l’esistenza dei c.d. “*posthumous rights*”, alcuni studiosi per dimostrare la configurabilità dei diritti “postumi” ne richiamano il pensiero, nella parte in cui tale Autore afferma che “*It makes sense to say that people who are now dead or permanently unconscious still have interests. We mean that their lives will have been more successful if the interests they formed while alive and conscious flourish when they are unconscious or dead*”<sup>669</sup>. Allo stesso modo, i medesimi autori enfatizzano le teorie di Dworkin raccolte in uno scritto del 1983 - *Life’s Dominion* - nel quale l’autore si interroga sulle problematiche connesse all’inizio e alla fine della vita. Centrale per i fautori dei “*posthumous rights*”, è la l’argomento utilizzato da Dworkin in relazione a persone che versano in stato vegetativo alle quali spetta il doveroso rispetto degli interessi espressi in vita prima di diventare incapace<sup>670</sup>.

Appare scontato precisare che le teorie appena esposte “*attengono all’ambito della retorica dei diritti, dunque a discorsi che, pur influenzando il diritto positivo, non coincidono con esso*”<sup>671</sup>. Tuttavia, è sembrato opportuno ricostruire il dibattito sui c.d. “*posthumous rights*” al fine di mostrare i numerosi interrogativi che, tutt’oggi, il tema del rispetto dei morti pone agli studiosi del diritto.

Dagli argomenti emersi, si potrebbero però trarre alcuni spunti rilevanti per il tema oggetto del presente contributo. Lungi dall’arrivare a sostenere l’esistenza di un “diritto dei morti”, è necessario constatare come l’ordinamento giuridico, in effetti, protegga alcuni interessi anche dopo la morte.

---

<sup>666</sup> Individua i limiti alla configurabilità dei diritto postumi K. RABE SMOLENSKY, *The right of the Dead*, cit., pp. 775 ss..

<sup>667</sup> Così ancora K. RABE SMOLENSKY, *The right of the Dead*, cit., pp. 770.

<sup>668</sup> Critica duramente il richiamo al pensiero di Dworkin al fine di sostenere l’esistenza dei *posthumous rights* S. WINTER, *Against posthumous rights*, cit.

<sup>669</sup> . R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006, p. 79 richiamato da S. WINTER, *Against posthumous rights*, cit., p. 193.

<sup>670</sup> R. DWORKIN, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1983, ried. 2011, pp. 194 ss.

<sup>671</sup> Cfr. A. FACCHI, *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, in *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009.

Si pensi alle norme in materia di successioni che tutelano, fra l'altro, l'interesse espresso in vita dal *de cuius* a veder rispettare le proprie volontà testamentarie.

Ancora, si pensi al diritto al sepolcro che, in base alla classica ricostruzione giurisprudenziale<sup>672</sup>, costituisce un istituto complesso formato da un "diritto al sepolcro primario" o "*ius mortuum inferendi in sepulchrum*" – ovvero il diritto di essere seppellito in un determinato luogo – e un "diritto secondario di sepolcro" in forza del quale i parenti hanno diritto di visitare la tomba e onorare il defunto.

Riguardo, invece, alla tutela postmortale dei diritti alla personalità<sup>673</sup>, come il diritto al nome o alla reputazione, è aperto un vivace dibattito tra la dottrina civilistica, acuito dall'avvento del *web* e dei *social network*. Nonostante i più ritengano che<sup>674</sup> i diritti alla personalità si estinguano dopo la morte, non mancano pronunce che, pur confermando la predetta tesi, riconoscono il pregiudizio "*all'identità personale del defunto (che) è oggetto di attentato*"<sup>675</sup>.

Calando questi ragionamenti sul tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, è evidente che tali interessi non potranno essere in alcun modo garantiti. Il presupposto ai fini della loro protezione non può che essere, infatti, l'identificazione della persona. Dare un nome a quei corpi annegati nel Mediterraneo è, quindi, il presupposto necessario per tutelare una serie di interessi e volontà che fanno capo al morto, codificati in numerose norme giuridiche e che in qualche modo sopravvivono alla morte. Se non si procede all'identificazione, nessuno potrà mai far rispettare le volontà testamentarie della persona annegata nelle acque del Mediterraneo; se non si procede all'identificazione, nessuno potrà mai rispettare la scelta della persona sul rito e sul luogo di sepoltura e, così, quel corpo senza nome riposerà in una tomba indicante esclusivamente la data di morte e un numero identificativo.

#### **4. La tutela della dignità vale anche dopo la morte?**

Un secondo tema da indagare riguarda 'i morti', non più come titolari di posizioni giuridiche specifiche, ma quali soggetti titolari di una generica forma di tutela giuridica.

---

<sup>672</sup> Si vedano fra le tante pronunce della giurisprudenza di legittimità e amministrativa Cass., Sez. II, sent. del 30 maggio 2003, n. 8804; Cons Stato, Sez. V, sent. del 14 giugno 2000 n. 3313. In dottrina, v. F. CARRESI, *Voce Sepolcro (diritto di)*, in *Noviss. Dig. it.*, appendice VII, 1987, p. 134, e M. PETRONE, *Voce Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, p. 24.

<sup>673</sup> Sul tema si veda M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Studi in Onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, 2014, pp. 825 ss.

<sup>674</sup> Fra i tanti G. ALPA, *Introduzione*, in G. ALPA - A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2013, sub artt. 7-10 cod. civ., pp. 215 ss.; S. STEFANELLI, *Apertura della successione e delazione*, in A. PALAZZO - A. SASSI, *Trattato della successione e dei negozi successori, Categorie e specie della successione*, Utet, 2012, pp. 593 ss. Gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia sono ripercorsi da M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, cit.

<sup>675</sup> Cfr. Trib. Bari, sent. 31 dicembre 2012, con nota di M. PASTORE, *L'immagine di Totò e la lesione dell'identità personale... a quanto ammonta il danno?* in *Dir. inform.*, 2013, pp. 59 ss.

In particolare, è necessario comprendere quale rilievo possa avere il rispetto della dignità dei morti – aspetto certamente centrale in tutte le culture – dal punto di vista giuridico e del diritto costituzionale.

Al fine di rispondere a tale interrogativo occorre, anzitutto, ricostruire la nozione di dignità sancita dalla nostra Costituzione<sup>676</sup>, che, come noto, – a differenza di altri ordinamenti<sup>677</sup> – si limita a richiamarla esplicitamente in tre disposizioni<sup>678</sup>: la “pari dignità sociale” di cui all’art. 3 Cost.; l’”esistenza dignitosa” di cui all’art. 36 Cost. e “la dignità” come limite alla libera iniziativa economica, di cui all’art. 41 Cost. Rafforza ulteriormente la nozione di dignità umana vigente nel nostro ordinamento la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea, che dedica il Capo I alla dignità, specificando all’art. 1 che “*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*”. Le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali precisano che la di dignità “*non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali*”<sup>679</sup>.

Nonostante la Corte costituzionale non si sia mai occupata direttamente del tema della tutela della dignità *post-mortem*<sup>680</sup>, sembra utile richiamare alcune pronunce che fanno riferimento al concetto di dignità<sup>681</sup> per valutarne la portata ai soli fini della presente indagine.

---

<sup>676</sup> Sul tema si veda in particolare F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Lezioni Volterrane 2006, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 97 ss.; più recentemente G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Apes, 2016.

<sup>677</sup> Ci si riferisce, in particolare, all’art. 1 della Costituzione tedesca. In tema F. BERARDO, *La dignità umana è intangibile: il dibattito costituente sull’art. 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, pp. 387 ss.

<sup>678</sup> Rafforza la nozione di dignità umana vigente nel nostro ordinamento la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea che dedica il Capo I alla dignità, specificando all’art. 1 che “la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata”. Le spiegazioni alla Carta dei diritti fondamentali, inoltre, precisano ulteriormente il significato della concezione di dignità “la quale non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali”. Sul punto M. OLIVETTI, *Art. 1. Dignità umana*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 45; P.F. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giappichelli, 2003, pp. 43 ss.

<sup>679</sup> v. Spiegazioni (1) relative alla carta dei diritti fondamentali, (2007/c303/02).

<sup>680</sup> A differenza della Corte costituzionale, il *Conseil Constitutionnel* si è occupato del tema del rispetto dei morti con la *décision* n° 2011-173 che ha ritenuto conforme alla Costituzione una norma del codice civile che vieta di sottoporre alla prova genetica per il riconoscimento della paternità la persona deceduta che, da viva, non vi abbia espressamente acconsentito. A commento D. PARIS, *Requiescant in pace. Amen? - riflessioni sul rispetto dei morti come limite alla ricerca della paternità, a partire da una recente pronuncia del Conseil constitutionnel*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2012.

<sup>681</sup> Ricostruiscono la nozione di dignità nella giurisprudenza costituzionale lo studio di M. BELLOCCI – P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese Roma*, Palazzo della Consulta, 30 settembre – 1° ottobre 2007, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); inoltre, v. il lavoro di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, p. 347 ss.

Tra la vasta e complessa giurisprudenza costituzionale in materia, che non si ambisce a commentare in questa sede, sembra opportuno porre l'attenzione su quelle pronunce che definiscono la dignità quale "*attributo primo e irrinunciabile*" della persona<sup>682</sup> e, per ciò, strettamente connessa al principio personalista di cui all'art. 2 Cost. La tutela della dignità umana dipende dal rispetto dei diritti inviolabili, essendo questi ultimi "*sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona*" (C. cost., sent. n. 388 del 1999<sup>683</sup>).

Nella maggioranza dei casi la Corte richiama il concetto di dignità umana al fine di rafforzare o specificare altri diritti costituzionali<sup>684</sup>. Si pensi alla giurisprudenza sul diritto alla salute, che impone la tutela del nucleo irriducibile di tale diritto quale "*ambito inviolabile della dignità umana*"<sup>685</sup>, o a quelle sentenze che definiscono la violazione della libertà personale quale "*mortificazione della dignità dell'uomo*"<sup>686</sup>. Una tale concezione della dignità così strettamente legata alla titolarità dei diritti inviolabili della persona, rende ancor più difficile sostenere che il rispetto della dignità dei morti – non titolari di alcun diritto – sia parte del patrimonio costituzionale.

Tuttavia, prima di giungere a tale conclusione, è opportuno segnalare che alcuni settori specifici dell'ordinamento prevedono regole precise in materia, tanto a livello sovranazionale, quanto a livello interno.

A livello sovranazionale, sembrano sancire il rispetto della dignità *post-mortem* le norme in materia di trapianto degli organi sancite dalla Convenzione sui Diritti dell'Uomo e della Biomedicina.

Ciò è messo in luce da una pronuncia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, nel caso *Elberte c. Lettonia* (2015)<sup>687</sup>, riguardante il prelievo, durante un'autopsia, di tessuti e parti di organi all'insaputa della moglie del defunto, ricorrente davanti alla stessa Corte.

In particolare, il fatto che la legge nazionale lituana non sia sufficientemente precisa nel regolamentare il consenso dei familiari riguardo al prelievo di tessuti organici da un cadavere determina un'illegittima interferenza nella vita privata e una sofferenza tale da configurare una violazione degli artt. 8 e 3 CEDU. È interessante notare come la Corte, motivando la violazione dell'articolo 3 CEDU, ribadisce che "*il rispetto della dignità umana rappresenta il cuore della Convenzione*" ed evidenzia che "*in tema di trapianti è riconosciuto che il corpo umano deve essere trattato con rispetto, anche dopo la morte*". Ciò si desume anche dalla predetta Convenzione sui Diritti

---

<sup>682</sup> In questo senso, cfr. G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, tenutosi a Roma il 1o ottobre 2007, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2007.

<sup>683</sup> C. cost., sent. del 22 ottobre 1999, n. 388.

<sup>684</sup> Sul tema G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 2011, pp. 60 ss.

<sup>685</sup> In questo senso si veda, ad esempio, C. cost., sent. del 2 dicembre 2005, n. 432.

<sup>686</sup> In questo senso C. cost., sent. del 10 aprile 2001, n. 105.

<sup>687</sup> Corte EDU (Fourth Section), *Case of Elberte c. Latvia* (Application no 61243/08) del 13 gennaio 2015.

dell'Uomo e della Biomedicina, il cui obiettivo prioritario è proteggere “la dignità, l'identità e l'integrità di tutte le persone, siano esse vive o morte”<sup>688</sup>.

A livello interno, invece, assumono un peso centrale nel ragionamento che si sta conducendo i reati previsti nel capo II del Codice penale, significativamente intitolato “Dei delitti contro la pietas dei defunti”.

Il bene giuridico protetto dalle predette norme risiede in “un sentimento collettivo di venerazione e rispetto verso i trapassati”<sup>689</sup>. Si tratta di “uno dei più antichi, profondi e gentili sentimenti”, non legato esclusivamente al credo religioso, ma “di carattere quasi istintivo, che si impone, generalmente, anche agli esseri più insensibili e malvagi”<sup>690</sup>.

Tale concezione è riflessa anche in una sentenza ormai datata della Corte costituzionale, nella quale si legge che “la venerazione dei resti umani e delle tombe, che sta alla base della pietas defunctorum (...) si alimenta nel sentimento che accomuna i viventi con i trapassati” (C. cost., sent. n. 57 del 1958<sup>691</sup>).

Non si può, infine, non ricordare, come già stato osservato<sup>692</sup>, che la relazione della Commissione Pagliaro, incaricata alla riformata del Codice penale, prospettava la possibilità di collocare taluni dei delitti contro la pietas dei defunti tra i delitti contro la persona e, più specificatamente, contro la dignità della persona defunta<sup>693</sup>. Ciò si fondava sulle tesi di autorevole dottrina che definiva il cadavere “proiezione ultraesistenziale della persona umana” con “una connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose”<sup>694</sup>.

Questa tesi sembra essere rafforzata da uno studio pubblicato sul sito della Corte costituzionale (Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese – 2007) dedicato alla nozione costituzionale di dignità, nel quale si afferma che “la dignità (...) ha contenuto valoriale non soltanto in riferimento all'essere umano in quanto tale, ma anche con riguardo (...) all'essere umano come soggetto della società in cui vive (o anche in cui e vissuto, giacché la dignità non può spegnersi con la morte: si pensi, solo per fare un esempio, alla pietas che si deve ai defunti)”<sup>695</sup>.

---

<sup>688</sup> Corte EDU (Fourth Section), Case of *Elberte c. Latvia*, citi, cfr. § 142

<sup>689</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale, Vol I, Tutela della persona*, Giappichelli, p. 393.

<sup>690</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, XV ed., Utet, 1983, p. 72.

<sup>691</sup> C. Cost. sent. del 17 aprile 1957, n. 58.

<sup>692</sup> D. PARIS, *Requiescant in pace. Amen?*, cit., p. 3.

<sup>693</sup> Il testo della relazione della Commissione Pagliaro, istituita nel 1988, è stato presentato il 25 ottobre 1991, pubblicata su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>694</sup> F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, 1974, p. 340. Nello stesso senso A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Giuffrè, 1982, p. 188 ss.; ID., *Cadavere (diritto sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Giappichelli, 1988, p. 190 ss.

<sup>695</sup> Così lo studio già citato di M. BELLOCCI – P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale* *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese Roma, Palazzo della Consulta, 30 settembre – 1° ottobre 2007*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 4.

Vi sono, dunque, alcuni riferimenti normativi e giurisprudenziali che mostrano come nel nostro ordinamento sia prevista una tutela ampia della dignità, non sempre legata alla titolarità di diritti fondamentali della persona. Per rafforzare tale affermazione, tornano alla mente due pronunce della Corte costituzionale, la n. 84 del 2016<sup>696</sup> e 229 del 2015<sup>697</sup> – riguardanti, rispettivamente, i divieti di ricerca scientifica sulle cellule embrionali e di soppressione degli embrioni soprannumerari previsti dalla l. n. 40 del 2004 – in cui è riconosciuto valore costituzionale alla “*dignità dell’embrione*” (definita anche “*dignità antropologica*”)<sup>698</sup>. In queste pronunce, la dignità non viene richiamata a sostegno di altri diritti, ma sembra avere “in sé” valore costituzionale, spettando all’embrione antropologicamente.

Si è ben consapevoli che le differenze con il caso in esame appaiono evidenti a partire dalle parole della stessa Corte: a differenza dei defunti, l’embrione “*ha in sé il principio della vita*” ed è titolare di un “*più o meno ampio ... grado di soggettività*” “*non essendo certamente riducibile a mero materiale biologico*”<sup>699</sup>. Tuttavia, si ritiene che una concezione di dignità così ampia e apparentemente slegata dalla titolarità di altri diritti offra certamente spunti di rilievo per affrontare il tema del rispetto della dignità dei morti, anche dal punto di vista del diritto costituzionale. Infatti, se la dignità spetta “*a chi persona deve ancora diventare*”, spetterà anche a chi persona è già stato.

##### **5. Quali diritti possono vantare i familiari dei migranti scomparsi? Il c.d. “*right to know the truth*”.**

La mancata identificazione dei corpi dei migranti scomparsi rischia di avere un forte impatto negativo sulla vita dei familiari degli stessi. Ciò è messo chiaramente in luce da uno studio recente “*Mediterranean Missing project*”, che mostra come l’incertezza del destino riguardo alla sorte di un familiare possa incidere sulla salute psico-fisica, provocando gravissimi stati di ansia e angoscia<sup>700</sup>.

---

<sup>696</sup> C. cost., sent. del 30 aprile 2016, n. 84; tra i vari commenti si veda in particolare M. D’AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell’embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2016, p. 171 ss..

<sup>697</sup> C. cost., sent. dell’11 novembre 2015, n. 229.

<sup>698</sup> Sulla dignità dell’embrione B. LIBERALI, *Scelte definitorie tra scienza e diritto: una questione non solo terminologia*, in M. D’AMICO – F. BIONDI (a cura di) *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Collana del Gruppo di Pisa, Editoriale Scientifica, 2018, p. 242 ss.; ID., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, 2017, pp. 332 ss.

<sup>699</sup> Sulla soggettività dell’embrione cfr. G. GRASSO, *Sulla soggettività del concepito e dell’embrione prodotto in vitro*, in *Diritto e giurisprudenza.*, 1997, III, 316 ss.

<sup>700</sup> University of York, the City University of London, International Organization for Migration, *Mediterranean Missing Project, “Like a part of a puzzle which is missing”: The impact on families of a relative missing in migration across the Mediterranean, Report on the situation of families*, 2016.

Dal punto di vista giuridico, numerosi rapporti e documenti di organizzazioni internazionali evidenziano come l'assenza di informazioni riguardo alla sorte dello scomparso possa compromettere il godimento di diversi diritti dei familiari<sup>701</sup>.

Alcuni di questi denunciano, ad esempio, come il non espletamento di corrette procedure di identificazione precluda ai familiari dei migranti l'accesso alla giustizia, ledendo lo stesso diritto di difesa<sup>702</sup>. Questo problema si pone con forza nel caso qui analizzato, dato che la possibilità per i familiari di costituirsi parte civile nei giudizi sui naufragi dipende dalla facoltà rimessa alle procure di procedere o meno all'identificazione dei corpi.

Un interessante studio condotto, nel 2015, dal *Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances* delle Nazioni Unite<sup>703</sup> valuta, invece, le conseguenze negative che l'assenza di notizie riguardo ad una persona scomparsa può comportare sui diritti sociali ed economici delle famiglie.

Soprattutto in paesi caratterizzata da situazioni economico-sociali complesse, da dove spesso provengono i migranti, la scomparsa delle persone dal contesto familiare può compromettere il godimento di alcuni diritti, quali il diritto alla salute, all'educazione, il diritto a prendere parte alla vita culturale e sociale della comunità, il diritto alla sicurezza, alla proprietà e il diritto alla casa. Impatto che sarà ancor più dannoso quando a partire per l'Europa sono gli uomini, che nella maggior parte dei casi rappresentano la principale fonte di sostegno economico della famiglia.

Non si tratta solo di un danno economico, ma la scomparsa stravolge la vita dei componenti della famiglia, e soprattutto dei componenti più "deboli", come donne e bambini. Ad esempio, capita spesso che le donne, finché non hanno certezza della morte del marito, rifiutino di comportarsi come "vedove", perdendo in tal modo, ogni ruolo nella comunità e rischiando così di essere emarginate.

Molte volte, l'incertezza sulla sorte del familiare impedisce alle famiglie di poter accedere al patrimonio di quest'ultimo e alle misure di assistenza sociale. A titolo esemplificativo, la mancanza di un certificato di morte potrebbe precludere il diritto all'eredità, mettendo a rischio lo stesso diritto alla casa.

L'assenza del certificato di morte rischia, infine, di compromettere il diritto all'unità familiare. A volte, infatti, a partire per l'Europa sono i genitori che lasciano i figli nei

---

<sup>701</sup> Da ultimo, *Unlawful Death of Refugees and Migrants: Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions* del 30 dicembre 2017. Il Report è pubblicato anche in *International Journal of Refugee Law*, Volume 29, Issue 4, 2017, pp. 668 ss. e commentato da E. DUNLOP A. NOTES, *The Longest Journey: Law and Practice around Refugee and Migrant Deaths*, ivi, pp. 662 ss.. Si veda, inoltre, S. GRANT, *Dead and Missing Migrants: the obligations of European States under International human rights law*, in <http://www.mediterraneanmissing.eu/>, 2016.

<sup>702</sup> *Unlawful Death of Refugees and Migrants: Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council*, cit., 2017 al punto 103 "States should ensure that refugees and migrants and their families have access to effective remedies, adequate, effective and prompt reparation for harm suffered and access to relevant information concerning the unlawful death and location of the remains".

<sup>703</sup> UN Commission on Human Rights, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances - Study on enforced or involuntary disappearances and economic, social and cultural rights*, 2015.



paesi di origine sperando, una volta giunti a destinazione, di effettuare la procedura per il ricongiungimento familiare. Tuttavia, se i genitori perdono la vita durante l'attraversata e non vengono identificati, nessun altro parente residente in Europa potrà provvedere al ricongiungimento dei minori rimasti orfani, spettando tale diritto solamente per i figli naturali, adottati, affidati o sottoposti a tutela. Grazie all'identificazione dei corpi di due persone morte durante il naufragio di Lampedusa del 2013, è stato possibile ricongiungere i loro due figli con gli zii regolarmente soggiornanti in Italia<sup>704</sup>.

Dai documenti internazionali appena riportati si desume come il godimento di una pluralità di diritti da parte delle famiglie, presupponga la conoscenza della sorte della persona scomparsa<sup>705</sup>.

Tutto ciò premesso, sembra necessario riflettere sulla configurabilità in capo ai familiari dei migranti scomparsi di un autonomo<sup>706</sup> diritto a ricevere notizie riguardo al destino dei loro cari, come previsto dal diritto internazionale dei diritti umani.

### **5.1. Il c.d. “right to know” nel diritto internazionale dei diritti umani**

Il diritto a conoscere il destino dei propri cari (“the right to know the truth”) rappresenta il “pilastro della protezione dovuta alle persone scomparse e ai loro familiari”<sup>707</sup>.

Tuttavia, è necessario segnalare che il diritto a conoscere la verità – c.d. *right to know the truth* – è sorto anzitutto per tutelare i familiari delle persone scomparse<sup>708</sup> in situazioni diverse da quella in esame, prevalentemente di conflitto e sparizione forzata<sup>709</sup>.

Infatti, le prime norme a sancire il “right to know” sono stati l’art. 26 della Quarta Convenzione di Ginevra, nonché gli artt. 32 e 33 del I Protocollo aggiuntivo, i quali sanciscono il diritto dei familiari di conoscere il destino delle persone scomparse durante i conflitti, e in caso di morte, di essere informati riguardo al luogo dove si

---

<sup>704</sup> L’episodio è raccontato da C. CATTANEO, *Il punto di vista del medico legale*, in *I diritti annegati*, cit., p. 25.

<sup>705</sup> UN Commission on Human Rights, *Study on the right to the truth – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 8 febbraio 2006.

<sup>706</sup> Diversi documenti internazionali configurano il diritto dei familiari delle persone scomparse come “diritto autonomo”. Fra i tanti ancora UN Commission on Human Rights, *Study on the right to the truth*, cit.

<sup>707</sup> UN Commission on Human Rights, *Study on the right to the truth – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 8 febbraio 2006.

<sup>708</sup> Così UN General Assembly, Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the right to the truth and on forensic genetics and human rights (A/HRC/15/26)*, 24 agosto 2010.

<sup>709</sup> Infatti, il “*right to know the truth*” è sorto nel diritto internazionale umanitario (art. 32 del primo protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 1949) e poi codificato nel diritto internazionale dei diritti umani, ed in particolare dalla Convenzione per la protezione di tutte le persone dalla Sparizione forzata (art. 24). Inoltre, si vedano le Risoluzioni del United Nations Human Rights Council 9/11 and 12/12 on *the right to the truth*, adottate rispettivamente il 18 settembre 2008 and il 1 ottobre 2009. In dottrina le basi normative di diritto internazionale del “*the right to truth*” sono individuate da D. GROOME, *The Right to Truth in the Fight against Impunity*, in *Berkeley Journal of International Law*, Volume 29, Issue , 2011, pp. 175 ss.

trovano i resti. Più precisamente, l'art. 26 della Quarta Convenzione di Ginevra sancisce che ciascuno Stato deve facilitare le ricerche intraprese dai membri delle famiglie disperse e favorire

l'opera degli enti che si dedicano a questo compito.

Il diritto a conoscere il destino dei propri casi, seppur nato per tutelare i familiari delle persone scomparse o decedute durante le ostilità, è stato progressivamente sancito, anche grazie all'attività delle organizzazioni internazionali, nel diritto internazionale dei diritti umani, specialmente in relazione a casi di sparizione forzata. A partire dal 1974, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha affermato, in diverse occasioni, che il diritto a conoscere il destino dei familiari rappresenta "un bisogno umano fondamentale", il quale deve essere soddisfatto "nella misura più ampia possibile"<sup>710</sup>.

Per quanto concerne la natura del "the right to know", il report del *UN Commission on Human Rights "Set of Principles for The Protection And Promotion Of Human Rights Through Action To Combat Impunity"*<sup>711</sup>, chiarisce che "the right to know" rappresenta un diritto "inalienabile di ogni persona" a conoscere la verità riguardo a violazioni dei diritti fondamentali, nonché un diritto "imprescrittibile delle famiglie" a sapere la verità riguardo alle circostanze nelle quali si sono svolte tali violazioni (principio 4). Non si tratta, quindi, di un mero diritto individuale, ma "the right to know" rappresentata, allo stesso tempo, un diritto collettivo: la verità e la memoria configurano un diritto di tutta la società, affinché determinate violazioni dei diritti umani non possano ripetersi nuovamente (principi 2 e 3).

Per quanto attiene, invece, al contenuto del "the right to know", le fonti di diritto internazionale mostrano come esso comprenda non solo il diritto al conoscere il destino dei familiari, ma anche l'obbligo imposto agli Stati di svolgere indagini adeguate, di compiere attività volte a ricercare i resti e di comunicare ogni informazione alle famiglie<sup>712</sup>.

Recentemente, "the right to know" è stato codificato all'art. 24 della Convenzione per la protezione contro ogni forma di sparizione forzata<sup>713</sup>, il quale garantisce il diritto dei familiari "a sapere la verità circa le circostanze della sparizione" e "gli sviluppi e i risultati delle indagini". Lo stesso art. 24 impone agli Stati di compiere le attività necessarie al fine di rintracciare e localizzare le persone scomparse e, in caso di morte, di individuare il luogo dove si trova la salma.

---

<sup>710</sup> UN General Assembly risoluzioni n. 3220 (XXIX), 33/173, 45/165, 47/132. Si veda anche UN. General Assembly n. 67/177 del 20 dicembre 2012.

<sup>711</sup> Commission on Human rights, *Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity – Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, 8 febbraio 2005.

<sup>712</sup> Commission on Human rights, *Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity – Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity*, 8 February 2005.

<sup>713</sup> La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con legge n. 131/15 del 29 luglio 2015, G.U. n. 192 del 20 agosto 2015.

Per quanto, dunque, il diritto a conoscere il destino delle persone scomparse sia sancito in relazioni a situazioni diverse da quella dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, non si può non notare come tale diritto stia assumendo sempre più importanza nel diritto internazionale dei diritti umani, essendo talvolta richiamato anche dalla giurisprudenza della Corti internazionali<sup>714</sup>, come anche della Corte europea dei Diritti dell’Uomo.

## **5.2. Il c.d. “right to know” nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo**

Proprio in relazione a vicende di sparizione forzata, anche la Corte EDU ha fatto riferimento all’esigenza dei familiari delle persone scomparse di essere informati riguardo ai loro parenti scomparsi, arrivando ad affermare in un caso il “*right to know the truth*”<sup>715</sup>.

Seppur si tratti di casi del tutto diversi da quello in esame, è interessante notare come in alcune pronunce – riguardanti prevalentemente sparizioni forzate avvenute durante l’invasione di Cipro nel 1974 – la Corte EDU abbia considerato che l’assenza di notizie riguardo al destino di una persona scomparsa era acuita dal silenzio o dal mancato sostegno nelle ricerche da parte delle autorità statali, quale trattamento disumano e degradante nei confronti dei familiari delle stesse persone scomparse, in violazione dell’art. 3 CEDU<sup>716</sup>.

Infatti, nel caso *Varnava c. Turchia*, la Corte afferma che “*il fenomeno delle scomparse impone un’attenzione particolare nei confronti dei familiari degli scomparsi, lasciati nell’ignoranza quanto alla sorte riservata ai loro cari, in preda all’incertezza e a forti stati di angoscia*”<sup>717</sup>. Ciò può configurare una violazione dell’art. 3 CEDU, che deve essere provata da “*fattori particolari*” concernenti la sofferenza e l’afflizione emotiva che caratterizza la situazione dei familiari di una persona vittima di gravi violazioni dei diritti umani<sup>718</sup>.

---

<sup>714</sup> *Ex multis* Int.-Am. Ct. Velasquez Rodriguez Case, 29 luglio 1988; Int.-Am. Ct Bamaca-Velasquez v. Guatemala Case, 25 novembre 2000; African Commission on Human and Peoples’ Rights, Amnesty International and Others v. Sudan, 1999

<sup>715</sup> Analizza la giurisprudenza della Corte EDU in materia A. M. PANEPINTO, *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg’s contributions*, in *Legal Studies*, Vol. 37 No. 4, 2017, pp. 739 ss.

<sup>716</sup> Si vedano, in particolare, Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Varnava and Others v. Turkey* (*Applications nos.* 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90), del 18 settembre 2009; Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Cyprus v. Turkey* (*Application no.* 25781/94) del 10 maggio 2001; Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Cyprus v. Turkey* (*Application no.* 25781/94) del 12 maggio 2014.

<sup>717</sup> Corte EDU, *Case of Varnava and Others v. Turkey*, cit., § 200.

<sup>718</sup> Corte EDU (*Grand Chamber*), *Case of Çakici v. Turkey* (*Application no.* 23657/94), del 8 luglio 1999. La Corte, pur concludendo per la non violazione dell’art. 3 CEDU, individua i fattori in grado di determinare la possibile configurazione del trattamento disumano e degradante dei familiari delle persone scomparse: il grado di parentela, dando particolare peso al rapporto genitori-figli; la misura in cui il familiare è stato testimone degli eventi; la misura in cui il familiare si è impegnato nel tentativo di ricevere informazioni; il modo in cui le autorità hanno reagito a tali sollecitazioni (cfr. § 98).

Da un lato, la Corte precisa che “*l’essenza del problema non sta tanto nella gravità delle violazioni dei diritti dell’uomo commesse nei confronti delle persone scomparse, quanto piuttosto nel comportamento delle autorità per affrontare la grave situazione delle famiglie*”.

D’altro lato, la Corte constata che “*una tale violazione non si limita ai casi in cui lo Stato è ritenuto responsabile della scomparsa, ma una violazione delle norme convenzionali può altresì configurarsi a causa dell’assenza di risposte da parte delle autorità ai familiari, costretti di conseguenza a sopportare il peso di chiarire i fatti*”<sup>719</sup>.

Ma è solo con il caso *El Masri*<sup>720</sup> che il c.d. “*the right to know*” trova riferimento esplicito nella giurisprudenza della Corte EDU. Si tratta di un caso molto complesso e del tutto particolare, riguardante la sparizione forzata di un cittadino tedesco, prelevato dai servizi segreti americani in Macedonia e trasferito poi in Afghanistan. Pur consapevoli della particolarità del caso e delle evidenti differenze con il tema qui trattato, si ritiene che alcune affermazioni della sentenza *El Masri* possano essere significative.

Più specificatamente, la Corte nota come indagini inadeguate condotte sulla scomparsa del signor *El Masri* abbiano avuto un impatto negativo sul “*right to the truth*”, che rientra nell’ambito protetto dall’art. 3 CEDU.

La Corte EDU è, dunque, molto cauta nell’affermare il “*right to truth*”, riconnettendolo esplicitamente alle particolarità del caso affrontato.

A questo proposito, l’opinione concorrente dei giudici Tulkens, Spielmann, Sicilianos e Keller critica apertamente la Corte colpevole di aver dato “*l’impressione di essere troppo cauta*” limitandosi ad una “*timida allusione*” al “*right to truth*”. Secondo i giudici firmatari l’opinione concorrente, “*the right to truth*” avrebbe potuto essere affermato con maggior forza, non rappresentando “un concetto nuovo” né “un nuovo diritto”, essendo quest’ultimo codificato in diverse norme di diritto internazionale dei diritti umani. Ancora, “*the right to truth*” avrebbe potuto trovare un fondamento più adeguato nelle norme convenzionali, ed in particolare nell’art. 13 CEDU, che potrebbe includere il diritto di accesso alle informazioni sulla scomparsa di una persona.

L’evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU in materia sembra, quindi, offrire un’ulteriore chiave di analisi del tema dei migranti scomparsi nel Mediterraneo, evidenziando come il mancato impegno delle autorità nelle indagini e nella ricerca di una persona scomparsa possa configurare in alcuni casi – seppur diversi da quello in esame – una violazione delle regole convenzionali (art. 3 CEDU o come prospettato dall’opinione concorrente art. 13 CEDU).

---

<sup>719</sup> Corte EDU, *Case of Varnava and Others v. Turkey*, cit., § 200.

<sup>720</sup> Corte EDU (Grand Chamber), *Case of El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia"* (Application no. 39630/09), del 13 dicembre 2012; commenta la sentenza con particolare attenzione all’affermazione del *the right to know the truth* A. M. PANEPINTO, *The right to the truth in international law*, cit., pp. 747 ss.

## 6. *No right without a remedy?*

All'inizio del presente capitolo si erano poste alcune domande al fine di affrontare da un punto di vista giuridico il problema del mancato recupero ed identificazione dei corpi dei migranti annegati nel Mediterraneo. Esistono degli interessi la cui tutela deve essere garantita anche dopo la morte? La garanzia della dignità umana è tale da valere anche *post-mortem*? I familiari delle persone scomparse possono vantare un diritto – se così può essere definito- a pretendere di conoscere il destino dei propri cari?

Se si risponde in modo affermativo a queste domande, ne discende l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto/dovere all'identificazione dei corpi rimasti senza nome<sup>721</sup>. Tuttavia, i riferimenti normativi e giurisprudenziali ricordati nei paragrafi precedenti, relativi tra l'altro a situazioni diverse da quelle in esame, non sembrano consentire di trarre una conclusione così netta. Piuttosto, la ricerca svolta conferma, in primo luogo, una nozione ampia di tutela della dignità – quale “*bene del naturalmente capace e dell'incapace, dell'uomo libero e del detenuto, del vivo e del morto*”<sup>722</sup> ; in secondo luogo, essa evidenzia che il mancato recupero ed identificazione dei corpi pone diversi problemi anche dal punto di vista giuridico.

Per tale ragione, pur non essendo configurabile un diritto/dovere di identificazione, sarebbe opportuno colmare il vuoto normativo in materia per superare o quanto meno attenuare le criticità descritte. In particolare, sarebbe auspicabile l'introduzione di *standard* e regole comuni in materia a livello internazionale ed europeo, anche non vincolanti, volte all'introduzione di protocolli generalizzati e al potenziamento di un'efficiente azione di cooperazione internazionale dedicata alla raccolta dei dati *ante e post mortem*<sup>723</sup>.

Non si può non notare, tuttavia, come - pur ammettendo che la situazione appena descritta possa avere delle conseguenze anche dal punto di vista giuridico - non è affatto scontato individuare i soggetti/Stati competenti a farsi carico della situazione. Non solo, gli ostacoli di ordine pratico descritti, attinenti alle operazioni di recupero e al complesso incrocio dei dati *ante e post mortem*, renderebbero comunque difficilmente possibile offrire garanzia effettiva al diritto stesso.

Un simile ragionamento apre questioni profonde attenenti, nuovamente, alla sfera della teoria generale: un diritto è tale se non può essere garantito? Al contrario, l'esistenza di un diritto può dipendere esclusivamente dalla presenza di garanzie adeguate e soggetti disposti a farsene carico?

---

<sup>721</sup> In questo senso S. GRANT, *Dead and Missing*, cit.

<sup>722</sup> Cfr. A. PACE, *Sub. Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA – A. PIZZORUSSO, Zanichelli, 2003, p. 113.

<sup>723</sup> Una proposta in questo senso è stata elaborata nell'ambito del già citato “*Mediterranean missing project*”, *The Dead, the Missing and the Bereaved at Europe's International Borders Proposal for a Statement of the International legal obligations of States*, in <http://www.mediterraneanmissing.eu/>, 2017. Si vedano anche *Key findings. Outline for future action, Second Conference on the management and identification of unidentified decedents, with an emphasis on dead migrants: the experience of European Mediterranean countries*, Barcelona, 29 e 30 ottobre 2015.

Secondo Hans Kelsen, in effetti, un diritto soggettivo non è altro che “*un riflesso di un dovere giuridico*”<sup>724</sup>. Un diritto quindi si identifica con la sua stessa garanzia e azionabilità in giudizio<sup>725</sup>.

Volendo adottare un approccio Keleseniano, dunque, si potrebbe giungere alla pacifica conclusione che non essendo individuabili rimedi giuridici concreti al problema della mancata identificazione dei corpi dei migranti, non è di conseguenza configurabile alcun diritto all’identificazione.

Tuttavia, come è stato osservato la sovrapposizione dei diritti con le loro garanzie rischia di vanificare la più grande conquista del costituzionalismo novecentesco, “l’universalismo dei diritti umani”, avvenuto con l’approvazione delle dichiarazioni dei diritti ed la creazione dei sistemi di giustizia internazionale<sup>726</sup>.

Ed, in effetti, il dramma umanitario appena descritto, i 14.000 morti nel Mediterraneo, impongono una riflessione sull’effettività della tutela dei diritti “oltre” la frontiera, rendendo drammaticamente attuale il pensiero di Hannah Arent, che individuava nei profughi il “simbolo del fallimento” del sistema dei diritti umani, proprio a causa dell’assenza di un’entità statale disposta a farsene carico<sup>727</sup>.

---

<sup>724</sup> H.KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1996, p. 150.

<sup>725</sup> Critica questa tesi L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma, p. 26 ss.

<sup>726</sup> Idem, p. 27.

<sup>727</sup> H. ARENDT, *The origins of totalitarianism*, cit.



## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In questo lavoro si è tentato di affrontare il tema delle migrazioni da un punto di osservazione specifico, quello della frontiera.

Un simile punto di vista ha consentito di condurre l'analisi su due principali linee di ricerca: la prima, riguarda la natura stessa e la gestione delle frontiere; la seconda concerne l'impatto delle politiche di controllo dei confini sui diritti dei migranti in arrivo.

### a) *La natura "ambigua" delle frontiere esterne europee*

Si è visto come, nel corso del tempo le frontiere, quali elementi costitutivi della sovranità statale, hanno mutato "natura". E ciò è avvenuto di pari passo con l'emergere di nuove forme di sovranità.

L'esempio per eccellenza in questo senso è rappresentato dalle frontiere esterne dell'Unione europea, poste non più a tutela della mera collettività nazionale, ma del territorio unico europeo e dello spazio comune di libera circolazione.

Tuttavia, il cammino verso questa "nuova" concezione di frontiera unica europea, quale "luogo di sovranità condivisa" non può dirsi concluso. In altri termini, "*Le frontiere europee si sono limitate a sovrapporsi senza riuscire davvero a fondersi*"<sup>728</sup>, riproponendo con forza il problema di fondo che, da sempre, ha caratterizzato i confini degli Stati nazione: lo "scontro" tra libertà di migrare e universalismo dei diritti umani, da un lato, e la sicurezza e l'ordine pubblico dei singoli Stati, dall'altro. Ciò è connesso alla debolezza degli strumenti messi in atto a livello europeo per un'effettiva attuazione del principio di solidarietà nelle politiche di controllo dei confini, nonché nella gestione delle domande di protezione internazionale.

Da un lato, infatti, la clausola che tiene ferma la competenza statale "*per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*" (art. 72 TFUE), sembra oggi preponderante rispetto alla messa a punto di reali strumenti di sovranità e responsabilità condivisa nella gestione delle frontiere.

D'altro lato, un'efficace gestione delle domande di protezione internazionale è stata preclusa da forti resistenze politiche da parte degli Stati membri, incapaci di accettare e promuovere un sistema orientato al principio di solidarietà previsto dai Trattati. Ne è un esempio lampante il recente fallimento della riforma del

---

<sup>728</sup> E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati-Boringhieri, 2016, p. 84



Regolamento Dublino III<sup>729</sup>, che ancorando tutt'oggi la competenza per l'esame della domanda al "criterio di primo ingresso", provoca un'evidente squilibrio a "sfavore" dei Paesi situati sulla frontiera esterna.

Le frontiere esterne dell'Unione europea sono quindi caratterizzate da una natura "ambigua" e forse contraddittoria, descritta nel primo capitolo: sono luoghi di sovranità condivisa, la cui regolamentazione è rimessa alle competenze dell'Unione; ma continuano anche ad essere luoghi di pieno esercizio della sovranità statale per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Una simile ambiguità consente alle frontiere di "mutare" natura a seconda delle contingenze fattuali e politiche del momento, divenendo – quando serve – il luogo dove lo Stato esprime il pieno esercizio della sua sovranità, peraltro nel più classico dei suoi contenuti: il mantenimento della sicurezza e la difesa dei confini. Ciò è dimostrato dalla "chiusura" delle frontiere "interne" dell'Unione per mano di singoli Stati membri, preoccupati dagli ingenti flussi migratori in arrivo, e minando così le stesse fondamenta del sistema Schengen, pilastro della territorio unico europeo. Ancora, si pensi alla "chiusura" dei porti da parte del Governo italiano, il cui esercizio della clausola di sovranità (art. 72 TFUE) non sembra solo mirato a difendere l'ordine pubblico dall'ingresso di soggetti indesiderati, ma si pone in aperta critica con la gestione condivisa delle frontiere europee, risultata fallimentare. Le tendenze di "chiusura" descritte sembrano lontane dallo spirito della nostra Costituzione, la quale al contrario suggerirebbe di potenziare gli strumenti di sovranità condivisa in una logica di maggior tutela dei diritti e di solidarietà tra gli Stati. E ciò si desume già dalle parole dei nostri Costituenti, i quali pur non avendo ragionato a fondo sul tema del controllo dei confini, avevano chiaro "*il desiderio di reagire al chiuso nazionalismo dell'epoca fascista...cercando di contribuire in senso più democratico ed egualitario, della società degli Stati*"<sup>730</sup>.

#### b) Il "paradosso" dei diritti alla e oltre la frontiera

Per giungere a qualche riflessione conclusiva sull'impatto delle politiche di controllo delle frontiere sui diritti dei migranti, è necessario porre l'attenzione su due profili: la logica "emergenziale" e l'esigenza di "chiusura" che ha mosso le più recenti normative interne ed europee in materia.

L' "*imperativo irrealizzabile di chiusura*"<sup>731</sup> che ha guidato il governo dei flussi migratori, ripropone il tema, proprio delle teorie dell'universalismo, della tutela dei diritti umani al di fuori del territorio dello Stato.

Quanto descritto in questo lavoro, e soprattutto nel corso del quarto capitolo, induce a ritenere che le conquiste dell'universalismo dei diritti umani non si siano del tutto

---

<sup>729</sup> Sulla proposta di regolamento, approvata il 27 novembre 2017 dal Parlamento europeo, e che mirava a superare il c.d. "criterio di primo ingresso" per l'esame della domanda cfr. la nota n.3 del centro di servizio studi del Senato della Repubblica <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01067171.pdf>, 2017.

<sup>730</sup> On. Pieri, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 15 marzo 1947.

<sup>731</sup> E. BALIBAR, *Crisi e fine dell'Europa*, cit., p. 84

compiute in riferimento al fenomeno delle migrazioni. Anzi, di fronte ai flussi migratori gli Stati sono tornati a difendere i propri confini – costruendo muri e recinzioni - preoccupandosi della tutela dei diritti dei migranti solo nel momento in cui questi ultimi riescono a presentarsi alla propria frontiera. E quello che succede ai migranti in viaggio verso le loro frontiere, non li riguarda.

Lo stesso diritto alla vita, come il divieto di respingimento che – anche secondo la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo trova garanzia extra-territoriale<sup>732</sup> – si arrestano alla frontiera dello Stato: i 14.000 migranti morti nel Mediterraneo dal 2014 ne sono la più drammatica dimostrazione.

La frontiera, dunque, torna ad essere il simbolo del “limite” all’effettiva tutela dei diritti, la quale può essere garantita solo all’interno del territorio dello Stato, nonché il limite – per dirlo con le parole della filosofa Hannah Arendt – allo stesso “*diritto ad avere diritti*”<sup>733</sup>.

Il secondo aspetto sul quale è necessario concentrarsi è rappresentato dalla tendenza politica e normativa ad affrontare il fenomeno migratorio in logica emergenziale. Ciò ha ridotto il livello di tutela dei “diritti alla frontiera”, relegandoli ad uno “*Stato di eccezione permanente*”<sup>734</sup>.

La perenne “emergenza” immigrazione ha giustificato la deviazione dalle procedure legislative ordinarie, tanto a livello interno, quanto a livello europeo, traducendosi “*a discapito dei principi di legalità e di certezza del diritto, in uno stravolgimento del sistema delle fonti, dimostrato dal superamento dell’utilizzo dei tradizionali strumenti normativi in favore di un utilizzo massiccio di fonti di rango secondario e/o atipiche, nonché nel pregiudizio delle garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, proprie dello Stato di diritto*”<sup>735</sup>. Emblematico in tal senso, come ampiamente descritto nel terzo capitolo, l’istituzione degli *hotspots*.

La soluzione non può che essere quella indicata dalla Costituzione e dai principi espressi dalla Corte costituzionale, che ci ricorda ancora una volta che “*per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risultarne minimamente scalfiti altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani*” (C. cost. sent. n. 105 del 2001).

Inoltre, la logica emergenziale sembra aver avuto un particolare effetto sulla garanzia del diritto d’asilo. La mancata attuazione per via legislativa dell’art. 10, comma 3 Cost. è stata in qualche modo giustificata - oltreché dal processo di integrazione europea che ha avuto un significato impatto in materia - dalla sempre

---

<sup>732</sup> Cfr. Corte Edu, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (Appl n. 27765/09), 23 febbraio 2012.

<sup>733</sup> ARENDT H., *The origins of totalirism*, 1951, edizione italiana, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 1967;

<sup>734</sup> E. BALIBAR, *Crisi e fine dell’Europa*, cit., p. 84

<sup>735</sup> M. D’AMICO, *L’amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, cit., p. 67.

più pressante “emergenza immigrazione” che impone di individuare prioritariamente strumenti di reazione agli ingressi illegali.

Ciò ha prodotto, un’evidente inversione di logica: il legislatore invece di predisporre gli strumenti necessari per attuare e garantire un diritto, lo ha reso oggetto delle politiche di controllo dei flussi e del contrasto all’immigrazione irregolare.

La conseguenza di una simile tendenza si è prodotta in tutta la sua evidenza alle frontiere dello Stato sotto due profili.

In primo luogo, gli strumenti di controllo delle frontiere influiscono in modo del tutto analogo su coloro che sono potenzialmente titolari di un diritto costituzionale, il diritto d’asilo di cui all’art. 10, comma 3 Cost., e su coloro che invece non hanno alcun titolo di ingresso nel territorio dello Stato. Ne è una dimostrazione la proliferazione delle forme di trattenimento alla frontiera, che soprattutto a seguito delle più recenti iniziative legislative (cfr. in particolare D.l. n. 113 del 2018) rischia di trasformare la detenzione amministrativa alla frontiera quale unico destino di ogni migrante che giunge sulle coste italiane, anche eventualmente trattandosi di persone che si trovano nell’impedimento effettivo dell’esercizio delle libertà sancite dalla Costituzione italiana (art. 10, comma 3 Cost.).

In secondo luogo, l’inversione di logica che ha caratterizzato le normative in materia, ha avuto l’effetto di ridurre il diritto costituzionale d’asilo, ad un diritto che si ritiene possa essere definito “di frontiera”, in base a due ordini di ragioni.

Il diritto costituzionale d’asilo è un diritto “di frontiera” poiché la frontiera rappresenta ad oggi l’unico luogo fisico dove è possibile esercitarlo, quanto meno nel suo contenuto minimo: l’ingresso nel territorio della Repubblica, ai fini della presentazione della domanda di protezione.

In secondo luogo, non essendo prevista, come visto nel terzo capitolo, alcuna forma di protezione internazionale o interna (status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione umanitaria) assimilabile e riconducibile ai presupposti di cui all’art. 10, comma 3 Cost., se ne ricava che non è possibile godere pienamente del diritto costituzionale d’asilo una volta attraversata la frontiera.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si deduce come la gestione attuale delle frontiere rischi di mettere nuovamente in crisi i due paradigmi classici del costituzionalismo moderno: “*il principio di stretta legalità o legalità sostanziale ossia la sottomissione anche della legge ai vincoli non più formali ma sostanziali imposti dai principi e dai diritti fondamentali espressi nelle Carte costituzionali*”; la garanzia dei diritti universali della persona umana, slegata dai territori degli Stati e dalla stessa nozione di cittadinanza<sup>736</sup>.

Si riapre, quindi, in conclusione l’interrogativo posto a livello teorico all’inizio di questo lavoro: *è possibile individuare un punto di equilibrio tra difesa dei confini nazionali e libertà di migrare?*

---

<sup>736</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 34.

c) *Il diritto costituzionale d'asilo come soluzione possibile?*

La domanda pone questioni profonde che devono essere affrontate in ottica multidisciplinare, tenendo conto delle complessità che caratterizzano le migrazioni attuali, quale fenomeno globale.

Spetta alla politica, all'interno dei singoli Stati, ma anche e soprattutto all'interno della Comunità internazionale ed europea, individuare e mettere in atto le azioni necessarie per ridurre le violazioni di tutela dei diritti umani, riattivando, per esempio, vie legali di accesso ai territori degli Stati, non soltanto per motivi umanitari, ma anche per motivi economici e lavorativi.

Seppur consci della complessità dell'interrogativo posto, è possibile cercare di individuare una proposta specifica dal punto di vista del diritto costituzionale.

La risposta va certamente cercata nella Costituzione ed in particolare, nell'art. 10, comma 3 Cost.

La mancata attuazione per via legislativa dell'art. 10, comma 3 Cost., ha determinato, da un lato, il *“sussistere in capo alla pubblica amministrazione del potere di disporre, in via del tutto discrezionale, l'ingresso nel territorio della repubblicano di individui che avrebbero potuto legittimamente riconoscersi il diritto d'asilo”*<sup>737</sup>.

D'altro lato, ciò ha prodotto un forte protagonismo giudiziario in materia che non solo ha considerato *“Il diritto di asilo è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo “status” di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 6”*, ma ha di conseguenza sancito l'inammissibilità delle domande di riconoscimento di un diritto costituzionale non essendovi *“più nessun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui all'art. 10, comma 3 della Costituzione in chiave processuale o strumentale”* (Cass., Sez. VI, ord. n. 10686 del 2012).

Un simile contesto conferma l'idea del diritto d'asilo quale “diritto di frontiera”, concretamente esercitabile oggi solo nel suo contenuto minimo: il diritto di ingresso alla frontiera dello Stato.

Allo stesso tempo, quanto appena affermato, facendo passare la pericolosa idea di un diritto costituzionale quale mera “promessa” o al contrario come *“menzogna”*<sup>738</sup>, ci ricorda l'importanza di una pronuncia degli anni sessanta, che in controtendenza rispetto alla giurisprudenza di allora del Consiglio di Stato<sup>739</sup>, affermava che *“la*

---

<sup>737</sup> M. BENVENUTI, *Il diritto costituzionale d'asilo*, cit., p. 34.

<sup>738</sup> Così l'on. Tonello, Assemblea Costituente, nella seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

<sup>739</sup> Cfr. Cons. St. Sez. IV, 27 febbraio 1952, n. 208; Cons. St., Sez. IV, 2 maggio 1953, n. 374; con nota di A. CASSESE, *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, pp. 653 ss.

*passività del legislatore ordinario che sino ad oggi ha trascurato di provvedere a disciplinare nei limiti segnati dalla Costituzione il diritto d'asilo non può essere d'ostacolo alla forza cogente della norma di cui all'art. 10, comma 3 Cost..*" (C. App. Milano, sent. 27 novembre 1964)<sup>740</sup>.

Restando fermo – e dovrebbe per di più essere scontato - il carattere precettivo del diritto d'asilo che deve tornare ad essere riconosciuto e garantito per via giurisdizionale secondo i requisiti stabiliti dalla Costituzione, ciò non esime il legislatore a dare attuazione all'art. 10, comma 3 Cost., ancora oggi inattuato.

E ciò ovviamente andrebbe concepito coerentemente con il sistema europeo comune d'asilo, il quale – è bene precisarlo - consente "*agli Stati membri di riconoscere un diritto d'asilo in forza del loro diritto nazionale ad una persona esclusa dallo status di rifugiato*" (CGUE *Bundesrepublik Deutschland*, del 9 novembre 2010)<sup>741</sup>.

Si è consapevoli che si tratta di una soluzione difficilmente praticabile nella situazione socio-politico attuale, particolarmente sensibile ai continui arrivi dei migranti alle frontiere italiane, ma si è altrettanto convinti che "*il riconoscimento di un diritto fondamentale non può dipendere dal numero di soggetti cui quel diritto viene riconosciuto*" (Trib. Milano, I Sez. Civ., n. 64207 del 2015)<sup>742</sup>.

Una legge che regolamenti le "condizioni" del diritto d'asilo di cui all'art. 10, comma 3 Cost., anzi, potrebbe in parte contribuire a razionalizzare le problematiche analizzate di controllo delle frontiere, riducendo il rischio di equiparazione tra richiedenti protezione e irregolari.

Non solo, una legge di attuazione dell'art. 10, comma 3 Cost., potrebbe superare l'idea del diritto d'asilo quale "diritto di frontiera", almeno se concepita secondo un preciso accorgimento: la previsione del c.d. asilo extra-territoriale.

A tal fine ci si propone di riflettere profondamente e dare peso al pensiero di quegli autori che hanno affermato la configurabilità del diritto d'asilo extraterritoriale – inteso quale presentazione della domanda al di fuori del territorio italiano.

Il riferimento dell'art. 10, comma 3 della Costituzione al territorio della Repubblica dovrebbe intendersi quale "*luogo ove lo straniero possa effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non quale luogo dove il richiedente asilo debba previamente trovarsi al fine di richiedere asilo*"<sup>743</sup>.

Si badi che si tratta, è ben sin da subito specificarlo, di una situazione del tutto diversa da quelle descritte di c.d. esternalizzazione delle frontiere, in Libia e in Turchia, le quali hanno lo scopo di contrastare il flusso dei migranti in arrivo,

---

<sup>740</sup> C. App. Milano, sent. 27 novembre 1964 in *Il foro italiano*, 1965, pp. 126 ss.

<sup>741</sup> CGUE (grande sezione) *Bundesrepublik Deutschland* contro B (C-57/09) e D (C-101/09), del 9 novembre 2010.

<sup>742</sup> Come noto, nei fatti i numeri dei migranti ai quali viene effettivamente protezione sono del tutto esegui. Per un'analisi dei dati cfr. Rapporto della Caritas sulla protezione internazionale in Italia, 2017 [https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto\\_2017\\_web.pdf](https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/10/Rapporto_2017_web.pdf). La stessa considerazione vale per gli sbarchi F.R. GENOVIVA, *Gli sbarchi in Italia nel 2016: alcuni dati per smentire l'allarmismo* <https://www.unhcr.it/risorse/carta-di-roma/fact-checking/gli-sbarchi-italia-nel-2016-dati-smentirelallarmismo>

<sup>743</sup> On. Tonello, Assemblea Costituente, nella seduta antimeridiana, 11 aprile 1947.

riproducendo in *peius* ed altrove le stesse criticità che si producono alle frontiere europee: svilire il diritto d'asilo inglobandolo negli strumenti di controllo delle frontiere, abbassando ulteriormente gli *standard* di tutela previsti.

Al contrario, l'asilo costituzionale extraterritoriale troverebbe fondamento negli artt. 10, comma 3 e 2 Cost., sancendo “*un invito*” alle autorità italiane nei paesi di origine a dare “(secondo possibilità) aiuto e rifugio a chi sia perseguito o perseguitato nei diritti inviolabili dell'uomo”<sup>744</sup>.

Si trovano tracce dell'asilo extra-territoriale secondo anche nella giurisprudenza. Il caso più richiamato in materia è quello relativo alla domanda di asilo sottoposta, nel 1999, all'esame del Tribunale di Roma, proposta dal leader curdo Ocalan, prigioniero in quel momento in Turchia. La sentenza del Tribunale di Roma affermava che “*la presenza del richiedente il diritto d'asilo non è condizione necessaria per il riconoscimento del diritto stesso*” (Trib. Roma, sent. del 1 ottobre 1999)<sup>745</sup>.

Autorevole dottrina ritiene che la “*tale pronuncia, ormai non più recente ma comunque estremamente rilevante, merita di essere tutt'oggi positivamente salutata, poiché fa emergere in maniera tangibile l'attitudine del diritto d'asilo costituzionale (e solo di esso) a frapporsi alle recenti politiche del non arrivo*”<sup>746</sup>, messe in atto, ad esempio, con il *Memorandum* d'Intesa sul contrasto all'immigrazione irregolare firmato dalle autorità italiane e dalle autorità libiche.

E' evidente che gestire la domanda di asilo-extraterritoriale da parte di un singolo sia cosa ben diversa che garantire il medesimo diritto a masse di persone provenienti da paesi di origine diversi, talvolta caratterizzati da situazioni di povertà estrema o da grave instabilità economica.

Per affrontare tali situazioni, che spesso coinvolgono persone non rientranti nei requisiti di cui all'art. 10, comma 3 Cost., ma comunque bisognose di protezione umanitaria, sarebbe auspicabile un potenziamento di quegli strumenti di protezione temporanea previsti a livello internazionale ed europeo, fondati su requisiti diversi da quelli previsti all'art. 10, comma 3, Cost.

Ci si riferisce, ad esempio, ai c.d. “reinsediamenti” gestiti direttamente dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite<sup>747</sup>, o ai c.d. visti umanitari già previsti dal diritto europeo<sup>748</sup>.

---

<sup>744</sup> C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, cit., p. 223. Sull'asilo extra-territoriale si veda anche M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 125 ss.

<sup>745</sup> Trib. Roma, sent. del 1 ottobre 1999, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/1999, p. 112.

<sup>746</sup> M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua*, cit., p. 22.

<sup>747</sup> Cosa diversa, invece, sono i c.d. corridoi umanitari messi in atto da protocolli tra il ministero degli Affari esteri e singole associazioni umanitarie cfr. P. Morozzo della Rocca, I duce protocolli d'intesa sui corridoi umanitari tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2017.

<sup>748</sup> Cfr. art. 25 del c.d. Codici visti, Reg. n. 810/2009. E' bene specificare che la Corte di giustizia (CGUE, Sentenza X e X contro Belgio, causa C-638/16 PPU) si è espressa sui visti umanitari, ritenendo non sussistente un obbligo in capo agli Stati membri di riconoscerli. L'Avvocato Generale Mengozzi aveva sostenuto davanti alla Corte che gli Stati membri non avrebbero una semplice facoltà,

In conclusione, si ritiene fondamentale individuare per via legislativa strumenti idonei affinché il diritto costituzionale d'asilo non sia più ridotto ad un diritto "di frontiera", ritrovando la dimensione che gli è propria, di diritto umano universale, di portata extra-territoriale e quale "*nobilissima affermazione di solidarietà umana*"<sup>749</sup>.

.

.

---

ma un vero e proprio obbligo di concedere il visto umanitario, nel caso in cui il mancato riconoscimento esponga la persona al rischio di trattamenti inumani o degradanti. La medesima questione è oggi pendente davanti alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo.

<sup>749</sup> On. Mastrojanni, Assemblea Costituente, 5 marzo 1947.





## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, Giuffrè, 2014.
- ABEL J. – SANDER N., *Quantifying Global International Migration Flows*, in *Science*, 2014, pp. 1520 ss.
- ACIERNO M., *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- ALBANO S., *La protezione sussidiaria tra minaccia individuale e pericolo generalizzato*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- ALGOSTINO A., *L'espulsione fra tutela dei "casi umani più disperati" e "presidio" delle frontiere*, in *Giurisprudenza italiana*, 15/1998, p. 628 ss.
- ALGOSTINO A., *La condizione dello straniero tra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 342 ss.
- ALLAN J., *The jus cogens nature of non-refoulement*, in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.
- ALLEGRETTI U., *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in GOZZI G. (a cura di), *Democrazia, Diritti e costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1997.
- ALPA G., BESSONE M., BONESCHI L., *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padova, 1981.
- ALPA G., *Introduzione*, in ALPA G.-ANSALDO A., *Le persone fisiche*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Torino, 2013.
- ALPA G., *Manuale di Diritto privato*, Cedam, Padova, 2017.
- ALPA G., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, 1993.
- AMADEO S., *Immigrazione nel Mediterraneo: l'agenda europea*, in AA. VV., *Il libro dell'anno del diritto 2016*, Laterza, Roma, 2016, pp. 767 ss.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967.
- AMATO G., *Le identità nazionali nell'Unione Europea*, Firenze University Press, Firenze, 2018.

- AMBROSINI M., *Sociologia delle migrazioni*, il Mulino, Bologna, 2011.
- ANDERSON M., *Frontiers: Territory and State Formation in the Modern World*, Cambridge, 1996.
- ANGIOLINI V., *L'accompagnamento coattivo alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sent. n. 105 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2001.
- ANTONINI L., *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, *Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in *www.rivistaaic.it*. Trento, 2016.
- ANTONINI L., *Art. 117, Commentario alla costituzione*, Utet, 2006.
- Asgi, *Le modifiche alla disciplina del trattenimento amministrativo del cittadino straniero, del richiedente protezione internazionale e del cittadino comunitario apportate dal d.l. 113 /2018. Prime osservazioni sugli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 113 del 2018*, in *www.asgi.it*, aggiornato al 25 ottobre 2018.
- Asgi, *Le modifiche apportate in tema di permesso di soggiorno conseguenti all'abrogazione dei motivi umanitari e sull'art. 1 D.l. n. 113 del 1018*, in *www.asgi.it*, 2018.
- AZARA A., *Asilo (diritto internazionale)*, *Novissimo Digesto Italiano*, I, tomo II, pp. 1039 ss.
- BACIS D., *Khlaifia e altri c. Italia: l'accoglimento dei migranti al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017.
- BADIE B., *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1995.
- BAILO F., *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, in *Giurisprudenza italiana*, 12/2010.
- BALBONI M., DANISI C., *Rassegna di giurisprudenza*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2017.
- BALIBAR E., *At the Borders of Europe*, in ID., *We, the People of Europe?*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- BALIBAR E., *Crisi e fine dell'Europa*, Bollati-Boringhieri, 2016.
- BARBERA A., *Art. 2*, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- BARBERA A., *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in AMATO G.– BARBERA A. (a cura di) *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1994.
- BARDONNET D., *Frontières terrestres et frontières maritimes*, in *Annuaire français de droit international*, 1989.
- BARDONNET D., *Les Frontières terrestres et la relativité de leur tracé*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1976, Vol.5, Tome 153.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione*, Cedam, Padova, 1953.
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

- BASCHERINI G., *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001.
- BASCHERINI G., *Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000.
- BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene Editore, Napoli, 2007.
- BASCHERINI G., *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge Bossi-Fini*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2004.
- BAUMAN Z., *Nascono sui confini le nuove identità*, *Corriere della Sera*, Archivio Storico, 24 maggio 2009.
- BAVETTA G., *Identità (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, 1970.
- BELLOCCI M. – PASSAGLIA P., *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese Roma*, Palazzo della Consulta, 30 settembre – 1° ottobre 2007, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- BELLUCCIO D., *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio. Nota a Corte di Cassazione Civile Sez. VI, Ord. n. 10743 del 24.2/3.5.2017*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.
- BENEDETTI E., *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Milano, 2010.
- BENHABIB S., *The Rights of Others, Aliens, Residents, and Citizens*, The Seeley Lectures, Cambridge, 2004.
- BENVENUTI M., *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2010.
- BENVENUTI M., *Gli hotspots una chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2018.
- BENVENUTI M., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Cedam, Padova, 2007.
- BENVENUTI M., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- BENVENUTI M., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull'applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull'accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- BERARDO F., *La dignità umana è intangibile: il dibattito costituente sull'art. 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2006.
- BERNARDI E., *Asilo politico, Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Vol. I, Torino, 1987.
- BETTINELLI E., *I diritti essenziali (inviolabili e universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1992.
- BIANCHI P.- E.CATELANI- E. ROSSI (a cura di), *Le "nuove" fonti comunitarie*, Cedam, Padova, 2005.

- BIFULCO R., *Art. 5*, in BIFULCO R. – CELETTA A. – OLIVETTI M., in *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006.
- BILANCIA F., *Sovranità, Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.
- BILANCIA P. – PIZZETTI F.G. (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2006, p. 345 ss.
- BILANCIA P., *L'effettività nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, *Scritti in onore di G. Ferrara*, Torino, 2005, p. 351 ss.
- BILANCIA P., *La ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri*, in BILANCIA P. D'AMICO M., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 99 ss.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BIN R., *Molti dubbi, un'unica certezza*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BIN, R., *Una Costituzione applicata ma non attuata*, in BRUNELLI G. CAZZETTA G. (a cura di) *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, *Materiali dall'incontro di studio di Ferrara*, 24-25 gennaio 2013, Milano, p. 324 ss.
- BIN. R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- BIONDI DAL MONTE F., *Dai diritti sociali alla cittadinanza: La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013.
- BIONDI DAL MONTE F., *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 229 ss.
- BIONDI DAL MONTE F., *Le fonti del diritto dell'immigrazione*, in *Il diritto in migrazione*, a cura di F. CORTESE E G. PELACANI, Napoli, Editoriale scientifica, 2017.
- BIONDI DAL MONTE F., *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2011.
- BIROLINI R., *Riflessioni in merito alle procedure di riconoscimento del diritto di asilo in Italia alla luce dei più recenti interventi normative*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2016.
- BISCARETTI DI RUFFIA P., *Voce "habeas corpus"* in *Enciclopedia Giuridica*, Milano, Giuffrè, 1967.
- BISCOTTINI G., *Diritto amministrativo internazionale*, vol. II, in *La circolazione degli uomini e delle cose*, Padova, 1966, pp. 74 ss.
- BISCOTTINI G., *I diritti fondamentali dello straniero*, in *Diritto internazionale*, 1963.
- BISCOTTINI G., voce *Rifugiati*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1989.

- BISSARO S., *I tragici naufragi dei migranti e il ruolo dell'autorità giudiziaria italiana. I drammatici naufragi dell'ottobre 2013 e dell'aprile 2015*, in D'AMICO M. – CATTANEO C. (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano 2016.
- BLUMANN C., *Frontières et limites*, in *Société Française pour le droit international*, Colloque de Poitiers, La frontière, Paris, 1980.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 2005.
- BODIN J., *Les six livres de la République*, 1576, riedito Utet, Torino, 1960.
- BOLAFFI G., *Una politica per gli immigrati*, Bologna, 1996.
- BONETTI P., *Ammissione all'elettorato e acquisto della cittadinanza due vie dell'integrazione politica degli stranieri. Profili costituzionali e prospettive legislative*, in *www.federalismi.it*, n. 11/2003
- BONETTI P., *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto*, 2011.
- BONETTI P., *I profili generali sulla normativa italiana degli stranieri dal 1998*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004.
- BONETTI P., *I provvedimenti di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e soggiorno*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- BONETTI P., *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2008, pp. 13 ss.
- BONETTI P., *Il diritto d'asilo. Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo I Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli Stranieri*, Giuffrè, Milano, p. 1136 ss.
- BONETTI P., *Il respingimento differito disposto dal questo dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2018.
- BONETTI P., *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2017.
- BONETTI P., *L'uso della lingua negli atti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento degli stranieri e nell'accesso al diritto di asilo*, in P. Bonetti, *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 571 ss.
- BONETTI P., *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Maggioli, Rimini, 1993.
- BONETTI P., *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: trattenimento, identificazione e accoglienza dei richiedenti asilo*, in *Studium iuris*, 6/2016.
- BONETTI P., *Osservazioni sul decreto - legge 23 giugno 2011, n. 89: il Parlamento rimedi subito alle elusioni e violazioni della Costituzione e della direttiva UE sui rimpatri. Alcune proposte di emendamento*, in *www.asgi.it*, 2011.
- BONETTI P., *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1994, p. 34 ss.
- BONETTI P., *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui diritti del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 223 ss.

- BONETTI P., *Tra interessi dello stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla c. Costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994.
- BONOMI A., *Riserva di legge in materia penale, determinatezza delle fattispecie criminose e rinvio al diritto straniero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009.
- BORRACCETTI M., *Schengen o dell'Unione europea: rafforzamento o dissolvimento?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016.
- BREGGIA L., *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- BRUN P. - VAN DER LEEUW S. - WHITTAKER C.R. (a cura di), *Frontières d'Empire. Nature et signification des frontières romaines*, Editions de l'Association pour la promotion de la recherche archéologique en Ile-de-France, Nemours, 1993.
- BRUNELLI G., *Commento all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in BIFULCO R. CARTABIA M. CELOTTO A. (a cura di) *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 159.
- BUSCEMA L., *The hard research of a "safe place"*, in [www.rivistaaiic.it](http://www.rivistaaiic.it), 4/2018.
- BUZZI A. E CONTE F., *Ma cosa prevede davvero il "decreto Salvini" sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in [www.lacostituzioneinfo.it](http://www.lacostituzioneinfo.it), 6 gennaio 2018.
- CALCAGNO E., *I reati dello straniero espulso dopo le modifiche introdotte dalla "legge Bossi-Fini"*, in *Diritto penale e processo*, 2004.
- CAMPESI G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, Roma, Deriveapprodi, 2015.
- CANCELLARO F. - MASERA L. - ZIRULIA S., *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, [https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/Report\\_dal\\_Centro\\_di\\_Lampedusa\\_-\\_definitivo\\_1\\_.pdf](https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/Report_dal_Centro_di_Lampedusa_-_definitivo_1_.pdf), 2011.
- CAPOTORTI F., *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.
- CAPUTO A., *La condizione giuridica dei migranti dopo la legge Bossi-Fini*, in *Questione giustizia*, 2002.
- CAPUTO A., *La libertà personale è uguale per tutti. Corte costituzionale e disciplina dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 1047 ss.
- CARENS J., *Aliens and citizens: the case of open borders*, in *The Review of politics*, 1987.
- CARENS J., *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2013.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*. Torino, 2005.
- CARETTI P., *Libertà personale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, p. 233 ss.
- CARLASSARE L., *Presentazione*, in ZIOTTI P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988.
- CARLINO V., *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018.
- CARRARELLI D., *L'effettività del procedimento di convalida del decreto di espulsione al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 913 ss.

- CARRERA S. - DEN HERTOOG L., *A European Border and Coast Guard: What's in a name?*, Papers in Liberty and Security in Europe, Brussels, CEPS, 2016.
- CARRESI F., *Voce Sepolcro (diritto di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, appendice VII, 1987.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995.
- CARTABIA M., WEILER J. H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- CASALEGNO S., *Il reato di eccitamento all'emigrazione ed una declaratoria di illegittimità costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1987.
- CASSESE A., *Lo Stato e la comunità internazionale (gli ideali internazionalistici del costituente)*, Sub. Artt. 10 e 11, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1975, p. 462.
- CASSESE A., *Principio di eguaglianza e assunzione al lavoro di stranieri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970.
- CASSESE A., *Sul soggiorno del rifugiato politico in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, pp. 653 ss.
- CASSESE A., *Sulla costituzionalità di segnalare lo straniero all'autorità di pubblica sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 4/1969.
- CASSESE S., *Stato in trasformazione*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico.*, 2/2016.
- CASSESE S., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 10.
- CASTRONOVO E., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sent. n. 4455/2018*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2018.
- CATTANEO C., *Il punto di vista del medico legale*, in D'AMICO M. – CATTANEO C. (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano 2016.
- CAVASINO E., *Ius migrandi e controllo delle frontiere*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 531.
- CAVASINO E., *Le trasformazioni del diritto d'asilo*, *Nuove Autonomie*, 2-3/2013, p. 398 ss.
- CAVASINO E., *Un passo indietro nell'interpretazione dei rapporti fra diritto d'asilo e status di rifugiato nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/2007, p. 319 ss.
- CERRI A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIX, Treccani, Roma, 1990, pp. 206.
- CERRONE F., *Identità civica e diritti degli stranieri*, Cedam, Padova, 2012.
- CHABOD F., *Storia dell'idea d'Europa*, Bari, Laterza, 1962 .
- CHERCHI L., *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2012.
- CHERCHI R., *I diritti dello straniero e la democrazia*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2016.
- CHERCHI R., *Il trattenimento dello straniero nei centri di identificazione e di espulsione. Le norme vigenti, i motivi di illegittimità costituzionale e le proposte di riforma*, in *Questione Giustizia*, 3/2014.

- CHERCHI R., *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2/2013.
- CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.
- CHESSA O., *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, *Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.
- CHIAVARIO M., *Uguaglianza tra cittadini e stranieri in materia di carcerazione preventiva per i reati doganali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968.
- CIERVO A., *Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione Europea tra "sistema hotspot" e Brexit*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3/2016.
- CINANNI G., *Tre principi per una disciplina organica e coerente sull'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/1997.
- CONDINANZI M. – LANG A. – NASCIMBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006.
- CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- CONSOLI D., *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 8 gennaio 2019.
- CONTI G., *Il diritto di difesa dei richiedenti asilo: mancanza di videoregistrazione in fase amministrativa e obbligatorietà dell'udienza di comparizione delle parti in fase di ricorso giurisdizionale (nota alla Sentenza della Corte di Cassazione n. 17717/2018)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018.
- CONTINI M. C., *La riforma Minniti-Orlando a un anno dall'entrata in vigore. I molti dubbi e le poche certezze nella prassi delle sezioni specializzate*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2018
- CONWAY H., *The Law and the Dead*, Routledge, 2016.
- CORDINI G., *Il diritto d'asilo nelle Costituzioni contemporanee e nell'ordinamento dell'Unione Europea* in D. CASTELLANO (a cura di), *Il diritto d'asilo in Europa: problemi e prospettive*, Bolzano, 2008, p. 75 ss..
- CORNELISSE G., *What's wrong with Schengen? Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders*, in *CMLR*, 2014, pp. 741 ss.
- Corsi C., *Ius migrandi, sovranità statale e cittadinanza* in MILITELLO V., SPENA A. (a cura di) *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015.
- CORSI C., *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova, 2002.
- CORSO G., *La disciplina dell'immigrazione tra diritti fondamentali e discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza costituzionale. Relazione al Convegno "La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte Costituzionale"*, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/Relazione\\_al\\_seminario\\_2012.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Relazione_al_seminario_2012.pdf), 26 ottobre 2012.
- CORTESE F. - PELACANI G. (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017,
- CRISAFULLI V., *In tema di incolato*, *Foro Amministrativo*, 1957 I, 4, p. 10 ss.
- CUCCHIARA M. F., *Lampedusa, hotspot e detenzione illegittima dei migranti: Il caso Khlaifia all'esame della Grande Camera EDU*, in *Giurisprudenza penale*, 7-8/2016.
- CUNIBERTI M., *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino della Costituzione*, Cedam, Padova.



CUTTITTA P., *Segnali di confine. Il controllo dell'Immigrazione nel mondo-frontiera*, Mimesis Edizioni, Milano, 2007.

D'ALOIA A., *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014.

D'AMICO M. – BILANCIA P. (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, Torino, 2009.

D'AMICO M. – CATTANEO C. (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano 2016.

D'AMICO M., *I diritti contesi*, FrancoAngeli, Milano, 2018.

D'AMICO M., *Introduzione. Il punto di vista del giurista*, in D'AMICO M. – CATTANEO C. (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano 2016.

D'AMICO M., *L'amministrazione creatrice ed esecutrice di norme*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2018.

D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Rivista di Biodiritto*, 2/2016.

D'ELIA E., *La legittima difesa dello Stato contro l'aggressione dello straniero clandestino*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.

D'ORAZIO G., *Condizione dello straniero e società democratica*, Padova, 2004

D'ORAZIO G., *Effettività dei diritti e condizione dello straniero*, *Diritto e società*, 1973, p. 940 ss.

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo, condizione giuridica, estradizione)* Cedam, Padova, 1992.

DE ANGELIS D.- MAZZARELLI D.- OLIVIERI L.- CAPPELLA A.- MERELLI V. - AMADASI A.- PORTA D., *Cadaveri senza nome e la questione migranti: profili medico-legali*, in D'AMICO M. – CATTANEO C. (a cura di), *I diritti annegati. I morti senza nome del Mediterraneo*, FrancoAngeli, Milano 2016.

DE ANGELIS I., *In attesa di una legge organica in materia di diritto di asilo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1997, p. 930 ss.

DE CUPIS A., *Cadavere (diritto sul)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, II, Giappichelli, 1988.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, 1982.

DE FRANCO R. G., *Ancora in tema di rilievi segnaletici di ps.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Vol I, 1962, p. 242.

DE LAPRADELLE P., *La frontière. Étude de droit international*, Les Éditions Internationales, Paris, 1928.

DE SANTIS A., *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione giustizia*, 2/2018.

DE SIERVO U., *Soggiorno, circolazione, emigrazione, (libertà di)*, in *Novissimo Digesto italiano*, XII, 1980, p. 818.

DE VITORIA F., *De indis recenter relectio prior*, in ID., *De indiis et de iure belli relectione. Relectiones theologicae XII*, a cura di E. NYS, Oceana, New York, 1964.

- DEL GUERCIO A., *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto UE e in quello italiano*, in A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI, G. CATALDI (A CURA DI), *Il diritto d'asilo in Europa*, Napoli, 2014.
- DEVOTO G. – OLI G. C., *Dizionario della Lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1990.
- DI CAGNO E., *Ingresso e permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Rivista penale*, 7/2010.
- DI CESARE D., *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017.
- DI MAIO C., *La tutela del migrante economico tra gli equilibri di bilancio e le "protezioni estese". Brevi riflessioni su due recenti ordinanze del Tribunale di Milano*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 16 giugno 2016.
- DI MARTINO A., *Centri, Campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei CIE*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, Milano, 2014, pp. 36 ss.
- DI MARTINO A., *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2010.
- DI PASCALE A., *Artt. 78 e 79 TFUE*, in *Commentario al TFUE e al TUE*, A. TIZZANO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013.
- DI PASCALE A., *I rapporti tra l'Unione europea e la Svizzera nei settori dell'immigrazione e asilo*, in *Unione europea e Svizzera tra integrazione e cooperazione*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DI RUZZA C., *I minori stranieri non accompagnati*, in CARROZZA L. – DELLA MORTE M. – GIOVA S., *Fenomeno migratori ed effettività dei diritti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018.
- DI STASIO C., *Il sistema "Dublino" non è derogabile*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017.
- DUNLOP E., NOTES A., *The Longest Journey: Law and Practice around Refugee and Migrant Deaths*, in *International Journal of Refugee Law*, Volume 29, Issue 4, 2017.
- DWORKIN R., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton University Press, 2006.
- DWORKIN R., *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1983, ried. 2011.
- EHLERMANN C.D., *Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d'Amsterdam*, in *RMUE*, 1997, p. 56 ss.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, p. 938 ss.
- ESPOSITO A., *Proibizione della tortura* in BARTOLE S. - CONFORTI B. - RAIMONDI G. (A CURA DI) *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49 ss.
- FABBRICOTTI A. (a cura di), *Il diritto al cognome materno. Profili di diritto civile italiano, di diritto internazionale, dell'Unione europea, comparato ed internazionale privato*, Jovene, Napoli, 2017.
- FACCHI A., *Diritti fantasma? Considerazioni attuali sulla proliferazione dei soggetti*, in *Jura Gentium Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2009.

- FAVARA F., *Il doppio grado di giurisdizione di merito ed il processo tributario*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1982, p. 2.
- FAVILLI C., *L'attuazione della direttiva rimpatri: dall'inerzia all'urgenza con scarsa cooperazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011.
- FAVILLI C., *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2016, pp. 405 ss.;
- FAVILLI C., *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.
- FAVILLI C., *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 701 ss.
- FEBVRE L., *La terra e l'evoluzione umana*, Einaudi, 1980, p. 357.
- FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma- Bari 2018.
- FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma.
- FERRAJOLI L., *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/2009)*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 9 ss.
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRARIS V., *Eurodac e i limiti della legge*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.
- FERRARO F., *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- FIANDACA G., *Nota redazionale*, in *Il Foro italiano*, 1987.
- FLAMINI M., *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- FLORIDIA G., *L'adattamento del diritto interno alle convenzioni di estradizione. Limiti al sindacato della corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979
- FOUCHER M., *L'Obsession des frontières*, Paris, Perrin, 2007.
- FRONTONI E., *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2017.
- GAIA G., *Diritti dei rifugiati e giurisdizione ordinaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 791 ss.
- GALETTA D. U., *Il diritto d'asilo in Italia e nell'Unione Europea oggi: fra impegno a sviluppare una politica comune europea, tendenza all'"esternalizzazione" e politiche nazionali di gestione della c.d. "emergenza immigrazione"*, in *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario*, 6/2010, pp. 1464 ss.
- GALLO F., *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione territoriale*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- GATTA G. L., *Il 'reato di clandestinità' (art. 10 bis T.U.IMM.) e la 'direttiva rimpatri'*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2001.

- GENOVESE D., *Il recepimento della 'direttiva rimpatri' nell'ordinamento italiano*, in *L'altro diritto*, 2011.
- GHIRA F., *Art. 80, Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006.
- GIAMMARINARO M. G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Questione giustizia*, 2/2018.
- GIANFRANCESCO E., *Trattenimento temporaneo, accompagnamento coattivo alla frontiera ed espulsione amministrativa tra libertà personale e libertà di circolazione*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- GILARDI M., *Diniego automatico del rinnovo del permesso di soggiorno e disparità di trattamento: cade un'altra presunzione assoluta di pericolosità*, in *Legislazione penale*, 2013, pp. 1109 ss.
- GIUFFRÉ G. A., *Le nuove norme italiane sul diritto di asilo: le procedure amministrative di esame delle domande e i ricorsi giurisdizionali*, in *Studium iuris*, 7/2016.
- GIULIANO M., *Asilo (diritto di). c) diritto internazionale*", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 203 ss.
- GIULIANO M., *Asilo (diritto di). c) diritto internazionale*", in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 203 ss.
- GIUPPONI T., *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV. *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 105 ss.
- GJERGJI I., *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2006.
- GONZALEZ BARBERA A. –KROGSTAD J. M., *What we know about illegal immigration from Mexico*, Pew Research Center, 2017.
- GORNATI B., *Le nuove forme di trattenimento dello straniero irregolare in Italia: dall' 'evoluzione' dei CIE all' introduzione dei c.d. hotspot*, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2016.
- GRANT S., *Dead and Missing Migrants: the obligations of European States under International human rights law*, in [www.mediterraneanmissing.com](http://www.mediterraneanmissing.com), 2016.
- GRASSO G., *Sulla soggettività del concepito e dell'embrione prodotto in vitro*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1997.
- GRASSO L., *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012.
- GROOME D., *The Right to Truth in the Fight against Impunity*, in *Berkeley Journal of International Law*, Volume 29, Issue , 2011.
- GROSSI F., *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, 2003.
- GROSSI F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Lezioni Volterrane 2006, Editoriale Scientifica, 2008.
- GROSSO E. – GIORGIS A. –LOSANNA M., *Diritti eguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, FrancoAngeli, Milano, 2017.

- GROSSO E., "Ad impossibilia nemo tenetur": la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2004.
- GROSSO E., *I respingimenti in mare: quando i governi tentano di sottrarsi alla fatica di prendere i diritti sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2009.
- GROSSO E., *Straniero (Status costituzionale dello)*, in *Digesto IV ed.*, Vol. 15, Utet, Torino, 1999.
- GROSSO E., *Straniero*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XV, Utet, Torino, 1999.
- GROTE J. –BITTERWOLF M. – BARAULINA -T. (a cura di), Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2016.
- GROTIUS H., *The Law of War and Peace (De jure belli ac pacis)*, 1646, ried. New York, 1949, II.
- GROZIO U., *Mare Liberum*, in F. IZZO (a cura di), trad. italiana di Fabio Longobardi, *Quaderni del Dipartimento di filosofia e politica*, Università degli studi di Napoli L'Orientale, Napoli, 2007;
- GROZIO U., *The Law of War and Peace (De jure belli ac pacis)*, 1646, ried. New York, 1949.
- GUAZZAROTTI A., *Sovranità e integrazione europea, Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.
- GUILD E., - BROUWER E., GROENENDIJK K. – CARRERA S., *What is happening to the Schengen borders?*, CEPS paper n. 86, 2015.
- HABERMAS J., *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.
- HARENDT H., *Noi Profughi*, 1943, in *Ebraismo e modernità*, trad. it. a cura di G. BETTINI, Feltrinelli, Milano, 1986.
- HARENDT H., *The origins of totalirism*, 1951, edizione italiana, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 1967.
- HART H.L.A., *Are there any natural rights?*, *The Philosophical Review* , 1955.
- HEIN C., *Rifugiati, Vent'anni di storia del diritto d'asilo in Italia*, Donzelli Roma.
- HOBBS T., *Leviatano*, II, cap. XVII, 1651, riedito Laterza, Roma, 2014.
- ITZOVIC G., *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion Pratica*, 2/2013.
- KANT I., *Per la pace perpetua*, 1795, trad. it R. BORDIGA, Feltrinelli, Milano, 2003.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, trad. it di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1996.
- KHANNA P., *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, Fazi, Roma, 2016.
- KRAMER M. H., *Do Animals and Dead People Have Legal Rights?*, in *J.l. & juris*, 200.
- KRAMER M.- GRANT C.- COLBURN B. - HATZISTAVROU A., *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, OUP Oxford, 2008.
- KRAMER M.H., *Rights without trimmings*, in KRAMER M.H. - SIMMONDS N. - STEINER H., *A debate over rights*, Clarendon, 1998.

- LA ROSA M., "Clandestinità" e profili d'illegittimità costituzionale: Corte cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte cost. 8 luglio 2010 n. 250, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2011.
- LA ROSA M., "Clandestinità" e profili d'illegittimità costituzionale: Corte cost. 5 luglio 2010 n. 249 e Corte cost. 8 luglio 2010 n. 250, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 3/2011.
- LAMORGESE G., *Diritto di asilo e giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1999, p. 1173 ss.
- LANG A., *La politica comunitaria in materia di immigrazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2003, p. 698 ss.
- LAUTERPACHT E., BETHLEHM D., *The scope and the content of the principle of non refoulement*, in Feller E. - Turk V. - Nicholson F. (a cura di), *Refugee Protection in International Law*, Cambridge, 2003.
- LEONE C., *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2017.
- LIBERALI B., *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, 2017.
- LIBERALI B., *Scelte definitorie tra scienza e diritto: una questione non solo terminologia*, in D'AMICO M.– BIONDI F. (a cura di) *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Collana del Gruppo di Pisa, Editoriale Scientifica, 2018.
- LIGUORI A., *L'attuazione della direttiva rimpatri in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011.
- LOCCHI M. C., *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2010.
- LOCKE J., *Due trattati sul governo*, 1690, traduzione italiana a cura di L. PAREYSON, Utet, Torino, 2010.
- LOCKE J., *Due trattati sul governo*, 1690, traduzione italiana a cura di L. PAREYSON, Utet, Torino, 2010.
- LOLLO A., *Brevi note in tema di cittadinanza ed eguaglianza tra giurisprudenza costituzionale e atti generali della Pubblica Amministrazione*, in *www.neldiritto.it*, 2015, n. 11, pp. 2216 ss.
- LOMBARDI G., *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali tra storia e diritto*, in *Diritto e società*, 1985.
- LUCIANI M., *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali*, in *Rivista critica di diritto privato*, n.2, 1992, p. 215.
- LYONS D., *Rights, claimants and beneficiaries*, in *American Philosophical Quarterly*, 6, 1969
- MACIOTI M. A.–PUGLIESE E., *Gli immigrati in Italia*, Laterza, Roma – Bari, 1993.
- MAGNANENSI S.–PASSAGLIA P.–RISPOLI E. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25 - 26 settembre 2008.
- MANCA L., *L'immigrazione nel diritto dell'unione europea*, Milano, 2003.

- MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2011.
- MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, 1974
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, XV ed., Utet, 1983.
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994
- MARTUCCI P., *La detenzione amministrativa degli stranieri irregolari. Una questione europea, fra sicurezza, emergenza e continuità*, in AA.VV., *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, S. AMEDEO – F. SPILATERI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, p. 331 ss.;
- MASERA L.- SAVIO G. , *La "prima accoglienza"*, in M. SAVINO (a cura di) *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 35 ss.
- MASERA L., *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3/2017.
- MAZZIOTTI DI CELSO F., *Sulla soggettività e tutela dello straniero nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1964.
- MENGOZZI M., *Le recenti vicende del testo unico sull'immigrazione tra Corte Costituzionale e legislazione d'urgenza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2004.
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- MONACO G., *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 2011.
- MONACO G., *Un "monito" al legislatore sulle modalità di esecuzione del respingimento alla frontiera dello straniero*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, pp. 468 ss.
- MORANDI N., SCHIAVONE G., *Analisi delle norme in materia di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e di procedura per il riconoscimento della protezione internazionale alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 142/2015*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2015.
- MORGESE G., *La riforma del sistema europeo comune di asilo e i suoi principali riflessi nell'ordinamento italiano*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4/2013.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *I due protocolli d'intesa sui corridoi umanitari tra alcuni enti di ispirazione religiosa ed il Governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2017.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Prime note sul decreto legge 23 giugno 2011, n. 89, in Gli stranieri*, 2/2011.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Si consolida il diritto alla vita familiare dello straniero già soggiornante*, in *Il Corriere giuridico*, 2014, pp. 26 ss.
- MORRONE A., *Sovranità, Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.
- MORTATI C., *Art. 1*, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna, 1975.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Cedam, Padova, 1976.
- MORTATI C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione, nota a Corte Cost. n. 45/1960*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, pp. 689 ss.

- MUCCIONE A., *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso "Khlaifia"*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2017.
- MURPHY A.B. *The Sovereign State System as a Political-territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations*, in BIERSTECKER T. E WEBER C. (ed.) *State Sovereignty as a Social Construct*, CUP, Cambridge, 1996.
- NARDOCCI C., *Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015: quando l'integrazione degli "altri" passa dai doveri*, in *Le Regioni*, 2015, vol. 4, pp. 1003 ss.
- NASCIMBENE B. – ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.
- NASCIMBENE B. - DI PASCALE A., *The 'Arab Spring' and the Extraordinary Influx of People who Arrived in Italy from North Africa*, con B. Nascimbene, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 13, n. 3, 2011, p. 341 ss.
- NASCIMBENE B. – ZANGHI C., *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani. Profili internazionali, europei ed interni*, Teso Editore, Roma, 2009.
- NASCIMBENE B. (a cura di), *Da Schengen a Maastricht*, Giuffrè, Milano, 1995.
- NASCIMBENE B.- LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea ad una svolta?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007.
- NASCIMBENE B., *Diritto d'asilo e albanesi in Italia. Rifugiati o clandestini?*, in *Il Corriere Giuridico*, 1991.
- NASCIMBENE B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano.
- NASCIMBENE B., *La condizione giuridica dello straniero, Diritto vigente e prospettive di riforma*, Padova, 1997.
- NASCIMBENE B., *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, 1999, pubblicato anche sul sito della Camera dei Deputati.
- NASCIMBENE B., *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 2016, pp.101 ss..
- NATALE A., *La direttiva 2008/115/CE - Il decreto legge di attuazione n. 89/2011 - Prime riflessioni a caldo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011
- NEFRAMI E., *Ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e i suoi Stati membri in materia di immigrazione*, commissionato dalla Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni, Bruxelles, 2011, p. 10.
- NEVILLE D., RIGON S., - *European Parliament, Directorate general for internal policies. Policy department c: Citizens' rights and constitutional affairs. Civil liberties, Justice and Home affairs, On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, Brussels, May 2016.
- NICOTRA GUERRARA I., *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1995.
- NIDA-RUMELIN J., *Pensare oltre i confini, Un'etica della migrazione*, edizione italiana a cura di DEMARTA G. B., FrancoAngeli, 2018.
- NUZZO R., *Esiti alterni della giurisprudenza costituzionale in materia di crimini dell'immigrato clandestino*, in *La giustizia penale*, 2011.



- OLIVETTI M., *Art. 1. Dignità umana*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- ONIDA V., *Le vie del mare e le vie della legge*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2009.
- ONIDA V., *Lo statuto costituzionale del non cittadino, Relazione d'apertura del Congresso dei costituzionalisti*, Cagliari, in *Diritto e Società*, 2009.
- P. PALERMO, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Rivista penale*, 9/2010.
- PACE A., *Il Parere sul decreto legge 113/2018*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018.
- PACE A., *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 301 ss.
- PACE A., *Nome, soggettività giuridica e identità personale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003.
- PACE A., *Sub. Art. 21*, in *Commentario della Costituzione* a cura di BRANCA G.–PIZZORUSSO A., Zanichelli, Bologna, 2003.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2016 e P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Laterza, Roma, 2018.
- PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerte dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici* in CARLASSARE L. *Le Garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, p. 19 ss.
- PALERMO P., *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in *Rivista penale*, 9/2010.
- PALISI M., *L'obbligo risarcitorio in capo al fondo di garanzia nell'ipotesi di sinistri verificatisi in acque nazionali a danno dei migranti (la tragedia di Lampedusa)*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 3/2017.
- PALLADINO R., *La "derogabilità" del "sistema Dublino" dell'UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea: dalle "deficienze sistemiche" ai "seri dubbi sulle attuali capacità del sistema" italiano di accoglienza*, in *Diritti umani e diritti fondamentali*, 9/ 2015.
- PALOMBARINI G., *Diritto d'asilo e giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1999, pp. 1169 ss.
- PANEPINTO A. M., *The right to the truth in international law: The significance of Strasbourg's contributions*, in *Legal Studies*, Vol. 37 No. 4, 2017.
- PAOLI S., *The Role of Schengen in the Europeanization of the Migration Policy: The Italian Case*, in CUNHA A. SILVA - M. - FEDERICO R. (a cura di), *The Borders of Schengen*, Peter Lang Brussels, 2015.
- PAPANICOLOPULU I., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2017.
- PAPANICOLOPULU I., *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in T. SCOVAZZI – I. PAPANICOLOPULU – S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Torino, pp. 83 ss.

- PAPANICOLOPULU I., *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in T. SCOVAZZI – I. PAPANICOLOPULU – S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Torino, pp. 83 ss.
- PARIS D., *Requiescant in pace. Amen? - riflessioni sul rispetto dei morti come limite alla ricerca della paternità, a partire da una recente pronuncia del Conseil constitutionnel*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2012.
- PARTRIDGE E., *Posthumous Interests and Posthumous Respect*, in *Ethics*, 1981.
- PASSAGLIA P. – ROMBOLI R., *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e in Spagna. Il giornale Italo-spagnolo di Giustizia costituzionale*, Giuffrè, 2003
- PASTORE M., *L'immagine di Totò e la lesione dell'identità personale... a quanto ammonta il danno?* in *Diritto dell'informazione*, 2013.
- PASTORE M., *La sentenza della Corte EDU Tarakhel c. Svizzera e le sue implicazioni per l'Italia e per il controverso rapporto tra sistema Dublino e rispetto dei diritti fondamentali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 3/2014, p. 115 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *Il decreto legge sugli immigrati: contenuto e limiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996.
- PEERS S., *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, *European Journal of Migration and Law*, 2001, n. 3, p. 141 ss.
- PELACANI G., *Note su alcune (già da tempo note) deficienze del sistema di accoglienza e dell'accesso alla protezione internazionale*, in CARROZZA L. – DELLA MORTE M. – GIOVA S., *Fenomeno migratori ed effettività dei diritti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018, p. 61 ss.
- PELISSERO M., *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2/2011.
- PENASA S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2017.
- PENASA S., *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni*, in F. CORTESE E G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 410 ss.
- PENASA S., *Quando l'eccezione diventa regola(rità): garanzie costituzionali negli spazi di restrizione della libertà personale. Carceri e CIE*, in BONINI S., BUSATTA L., MARCHI I. (a cura di), *L'eccezione del diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015.
- PENASA S., *Verso una "cittadinanza costituzionale"? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2015.
- PEPINO L., *La legge Bossi-Fini. Appunti su immigrazione e democrazia*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 3/2002.
- PETRONI M., *Voce Sepolcro e sepoltura (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLII, 1990.
- PETROVIC N., *Rifugiati, Profughi e sfollati. Breve storia del diritto d'asilo in Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

Pezzini B., *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali, relazione al Convegno annuale dell'AIC*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009.

PICALARGA V., *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio - rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014.

PICCIONE D., *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2001.

PINO G., *Il diritto all'identità personale*, Bologna, 2003.

PIPPONZI M., *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in *Questione giustizia*, 5 settembre 2018.

PIRAINO LETO A., *Il diritto ad essere se stessi*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1990.

PISCITELLI V., IADICICCO A., DE ANGELIS D., PORTA D., CATTANEO C., "Italy's battle to identify dead migrants", in *Lancet Glob Health*, 4(8), 2016 .

PISELLI M., *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non si può rimettere al potere discrezionale della PA*, in *Guida al Diritto*, 41/2009, p. 93 ss.

PISILLO MAZZESCHI R., *Il caso Ocalan: profili di diritto internazionale*, in *Diritto penale e processuale*, 1999, pp. 364 ss.

PIZZETTI F. G., *Italia-immigrazione: clandestini e stranieri*, in *Il Regno*, 1997, pp.486 ss.

PIZZORUSSO A., *I profili costituzionali di un nuovo diritto della persona*, in ALPA G., BESSONE M., BONESCHI L., *Il diritto alla identità personale*, Cedam,1981.

PIZZORUSSO A., *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: le principali tappe preparatorie* in ROLLA G., *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Torino, 2001, p. 103 ss.

PRAIN S., *Asilante o rifugiato purché ospitato e...protetto*, in *Diritto di famiglia*, 1997, p. 1345 ss.

PUGIOTTO A., "Ieri e oggi": *fermo di polizia e trattenimento dello straniero*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.

PUGIOTTO A., «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., Cagliari, 16-17 ottobre 2009, in *rivisaaic.it*, 2009.

PUGIOTTO A., *Di qua dalla manica, la galera amministrativa degli stranieri in Italia*, in M. BORSWOTH, *La Galera amministrativa degli stranieri in Gran Bretagna*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, p. 370 ss

PUGIOTTO A., *La Galera amministrativa degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 587 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte speciale, Vol I, Tutela della persona*, Giappichelli.

PULITANÒ D., *Intervento*, in AA.VV., *Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

QUETEL C., *Muri, un'altra storia fatta dagli uomini*, Bollati Boringhieri, Bologna.

- RABE SMOLENSKY K., *The right of the Dead*, in *Hofstra Law Review*, 2009.
- RAINERO R. H., *Storia dell'integrazione europea*, Marzorati, Roma, 1997; in particolare si vedano vol. 1 *L'Integrazione europea dalle origini alla nascita della Cee* e il vol. 2, *L'Europa dai trattati di Roma alla caduta del muro di Berlino*.
- RANDAZZO A., *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2012.
- RANDAZZO B. (a cura di), *Lo straniero nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid, 25 - 26 settembre 2008 <http://www.asgi.it/wpcontent/uploads/public/lo.straniero.nella.giurisprudenza.della.corte.europea.dei.diritti.dell.uomo.pdf>
- RAUTI A., *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it), 4/ 2015.
- RAUTI A., *La libertà personale degli stranieri fra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'ulteriore "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2004.
- RESCIGNO F., *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e "vuoto" normativo*, *Politica del diritto*, 2004, p. 155.
- RESCIGNO U., *Note sulla giurisprudenza costituzionale del 1974*, in *Quale giustizia*, 1975.
- REUTER P., *Le Plan Shuman in Recueil des Cours de l'Académie de droit internaional de la Haye*, II, 1952.
- RICCIUTI N., SERRAPEDE D., *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, in PATRONI GRIFFI A., *Il decreto legge sugli immigrati: contenuto e limiti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996.
- RIJPMAN J., *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 119/2015*, in *Il Foro italiano*, 2015, pp. 2602 ss.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. n. 202/2013*, in *Il Foro italiano*, 2013, pp. 3376 ss.
- ROMBOLI R., *Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001.
- RONCHETTI L., *La costituzione e lo ius migrandi*, in CARROZZA L. – DELLA MORTE M. – GIOVA S., *Fenomeno migratorio ed effettività dei diritti*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2018.
- ROSSI E, BIONDI DAL MONTE F.- VRENNA M., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Il Mulino, 2013.
- RUGGERI A. *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri46.pdf>, 1/2015

RUGGERI A., *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Diritto pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2001, p. 545 ss.

RUGGERI A., SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del Diritto*, 1991.

RUGGIERO C., *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017.

RUOTOLO M., *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Osservatorio Aic*, 2/2018.

SACCUCCI, A. *I "ripensamenti" della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive "alla prova" delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2/2017, pp. 552 ss.

SALAZAR C., *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio Europeo di Tampere*, in *Cassazione penale*, II, p. 1114 ss.

SALAZAR C., *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, *Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.

SARTARELLI S., *La sentenza n. 21 del 2009 ovvero la "tendenza salvifica" della Corte costituzionale rispetto alle disposizioni del t.u. sull'immigrazione.*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2009.

SAVINO M., *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia.*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2015.

SAVINO M., *La crisi dei confini*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3/2016, pp. 739 ss.

SAVIO G., *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 2018

SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3-4/2015, p. 142 ss.

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2001.

SCACCIA G., *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, *Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it). Trento, 2016.

SCAGLIARINI S., *Dubbi e certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 2/2017.

SCELLINO D., *Corte Costituzionale e accertamenti peritali coattivi incidenti nella sfera corporale della persona*, in *Legislazione penale*, 1997.

SCHIAVONE G., *Il diritto d'asilo in Italia dopo il recepimento nell'ordinamento delle normative comunitarie. Uno sguardo d'insieme tra il de iure e il de facto*, in *Mondi Migranti*, n. 3, 2009, p. 70 ss.

SCIURBA A., *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.

- SCOPARIN L., *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedurali: governo e parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Legislazione Penale*, 2017, pp. 4 ss.
- SCOVAZZI T. – PAPANICOLOPULU I– URBINATI S. (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Torino.
- SCUTO F., *I diritti fondamentali della persona, quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Collana del Dipartimento Giuridico-politico, Università degli Studi di Milano, Giuffrè, Milano, 2012.
- SERENO G., *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Apes, 2016.
- SERENO G., *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Apes, 2016.
- SERRAPEDE D., *La detenzione amministrativa dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo in Europa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 10/2011.
- SICCARDI C., *Missing Migrants and Unidentified bodies in the Mediterranean Sea*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018.
- SICLARI M. (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003.
- SILVESTRI G., *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, tenutosi a Roma il 1o ottobre 2007, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2007.
- SIMONTI F., *L'invenzione della Frontiera. Storia dei confini materiali, politici, simbolici*, Odoja, Bologna, 2015.
- SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, pp. 71 ss.
- SOREL J. M., *La frontière comme enjeu de droit international*, Ceriscope, 2011.
- SORRENTINO U., *Identificazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, VIII, Giappichelli, Torino, 1980.
- SPADARO A., *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello stato costituzionale contemporaneo, Relazione al convegno XXXI Convegno annuale AIC*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)., Trento, 2016.
- STEFANELLI S., *Apertura della successione e delazione*, in PALAZZO A.- SASSI A., *Trattato della successione e dei negozi successori, Categorie e specie della successione*, Utet, 2012.
- STROZZI G., *Profughi albanesi e diritto d'asilo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1991.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, settima edizione, Cedam, Padova, 2012.
- TESCARO M., *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *Studi in Onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, 2014.
- TIZZANO A., *Brevi considerazioni introduttive sul Trattato di Amsterdam*, in *Com. int.*, 1997, p. 689 ss.

- TONOLETTI B., *Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. CORTESE E G. PELACANI (a cura di) *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri, Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, Trento, 2017, pp. 55 ss.
- TORRETTA P., *Il diritto alle garanzie giurisdizionali (minime) del lavoro in carcere di fronte alle esigenze dell'ordinamento penitenziario*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2006.
- TREVISANUT S., *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Jovene Editore, Napoli, 2012.
- TREVISANUT S., *Is there a right to be rescued at sea? A constructive view*, in *QIL*, 2014.
- TREVISANUT S., *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: Frontex e diritto internazionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, pp. 367 ss.
- TRUCCO L., *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, 2004.
- TRUCCO L., *Le modifiche della legge n. 189 del 2002 in tema di asilo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2002.
- TULLIO S., *Elementi di diritto internazionale del mare*, Giuffrè, Milano, 2002.
- TURNER F. J., *La frontiera nella storia americana*, il Mulino, Bologna 1959.
- VALENTINI E., *La detenzione amministrativa e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano.
- VALVO L., *Nota sulla sentenza Jaber Allen*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 1999, fasc. II, p. 190 ss.
- VANHEULE D. - VAN SELM J., BOSWELL C., *L'Application de l'article 80 TFUE sur le principe de solidarité et de partage équitable de responsabilités entre les Etats Membres y compris sur le plan financier dans le domaines de controles aux frontières, de l'asile e de l'immigration*, document a été demandé par la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen, Bruxelles, 2011.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell'ordinamento interno*, 2/2018 .
- VEGLIO M., *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *Questione Giustizia*, 2/2018.
- VIGNERA G., *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, cost. e rito camerale uniforme*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, pp. 551 ss.
- VILLA M., *Sbarchi in Italia: il costo delle politiche di deterrenza*, ISPI, 1 ottobre 2018 .
- VIOLINI L., *Il diritto dell'immigrazione nella Repubblica Federale tedesca*, in G. CORDINI, V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione*, Modena, 2010 .
- VIRZÌ F.V., *La logica dell'accoglienza: commento al d.lgs. n. 142/2015*, *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2015.
- VITIELLO D., *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista?* in *Osservatorio costituzionale*, 2015.
- VITTA E., *La dichiarazione dei diritti dell'Uomo*, in *Codice degli atti internazionali sui diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1981.

- VON PUFENDORF S., *De jure naturae et gentium*, 1672, v. II, libro terzo.
- WALDRON J., *Introduction to Theories of rights*, Jeremy Waldron , 1984
- WALZER M., *Sfere di giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1987.
- WHITTAKER C. R., *Rome and its frontiers. The dynamics of change*, Routledge, London, 2004.
- WINTER S., *Against posthumous rights*, in *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 27, 2010.
- XANHAR E., *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2014.
- ZAGATO L., *La competenza Ue in materia di asilo dopo i trattati di Amsterdam e di Nizza*, in ZINGATO L., *Verso una politica comune del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006.
- ZAGREBELSKY G., *Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968.
- ZAIOTTI R., *Cultures of Border Control: Schengen and the evolution of European frontiers*, Chicago, University of Chicago Press, 2011.
- ZILLER J., *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna.
- ZIMBELLI E., *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2005.
- ZINGATO L., *Verso una politica comune del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2006.
- ZORZELLA N., *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2018.
- ZORZI GIUSTINIANI F., *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2017.
- ZORZI GIUSTINIANI F., *La detenzione dei richiedenti asilo nell'Unione europea. Rilievi critici a margine della rifusione della direttiva*, in G. CACCIANO (a cura di) *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Torino, 2014.