

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2019

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E RESPINGIMENTO DIFFERITO: PRESUPPOSTI, TIPOLOGIE ED EFFETTI

di Roberto Cherchi

Abstract: *L'articolo analizza il respingimento dello straniero e i limiti al relativo potere. Con riferimento al respingimento alla frontiera, una speciale attenzione è stata dedicata al fenomeno dei trattenimenti de facto nei locali della polizia di frontiera degli stranieri destinatari di un provvedimento di respingimento, in attesa dell'esecuzione del decreto. Questa forma di detenzione amministrativa non è fondata su una disposizione di legge che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. e deve quindi essere reputata illegale. Tale trattenimento non è inoltre giustificato per il fatto di essere posto in essere nelle "zone internazionali" degli aeroporti, in quanto esse sono parte del territorio nazionale e non sono esenti dall'applicazione delle norme costituzionali e internazionali. Per ciò che concerne il respingimento differito, l'articolo analizza la sentenza della Corte costituzionale 275/2017, nonché il successivo d.l. n. 113/2018 (convertito con modificazioni dalla l. n. 132/2018), che a tale sentenza ha dato seguito con una normativa non priva di dubbi di legittimità costituzionale.*

Abstract: *This article analyses refoulement and the limits that constitutional and international law impose on this power. Referring to the border refoulement, this article focuses on the theme of the de facto detention of aliens at airports before they leave the country. This detention is not based on law and, therefore, must be considered illegal and in violation of article 13 of the Constitution. This article also concludes that the so called "international zones" of airports must be considered as a part of the national territory and, therefore, the application of constitutional and international law may not be excluded. This article also examines the deferred refoulement, analyzing both the decision of the constitutional Court n. 275/2017 and the following decree 113/2018 (converted into law n. 132/2018), which put in place the requested modification. However, the new rules may be in some parts unconstitutional.*

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA E RESPINGIMENTO DIFFERITO: PRESUPPOSTI, TIPOLOGIE ED EFFETTI*

di Roberto Cherchi**

SOMMARIO: 1. La circolazione delle persone, il controllo delle frontiere e i respingimenti. Il respingimento dei cittadini di altri Paesi UE e dei loro familiari. – 2. Il respingimento dei cittadini dei Paesi terzi (e degli apolidi): tipi legali di provvedimento e limiti al potere di respingimento. – 3. Il respingimento alla frontiera. Regime giuridico e criticità costituzionali derivanti dai trattenimenti *de facto* nelle zone di transito ai valichi di frontiera. – 4. Il respingimento alla frontiera e le “zone internazionali” ai valichi di frontiera: la disciplina vigente, la prassi amministrativa e i dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale. – 5. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all’art. 5 CEDU. – 6. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all’art. 13 Cost. – 7. Alcune ipotesi di tutela giurisdizionale. – 8. Una ipotesi di adeguamento della disciplina del respingimento alla frontiera alla Costituzione. – 9. Tesi secondo la quale i diritti dello straniero possono essere limitati o sacrificati nell’area internazionale degli aeroporti, che non sarebbe parte del territorio nazionale: i casi francese, australiano e ungherese. – 10. Segue: le norme italiane e internazionali e le zone di transito. – 11. La prassi del respingimento degli stranieri cui sia stato revocato o non rinnovato il permesso di soggiorno quando si trovano all’estero: criticità costituzionali. – 12. Brevi note sulla procedura accelerata per l’esercizio del diritto di asilo. – 13. I presupposti del respingimento differito e la sua riconduzione alle norme costituzionali sulla libertà personale da parte della sentenza della Corte costituzionale 275/2017. – 14. Il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2017: la nuova disciplina del respingimento differito introdotta nel Testo unico dal d.l. n. 113/2018. – 15. I dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito.

1. La circolazione delle persone, il controllo delle frontiere e i respingimenti. Il respingimento dei cittadini di altri Paesi UE e dei loro familiari

Il potere di respingimento dei non cittadini è uno dei poteri in cui si estrinseca la sovranità dello Stato¹. Se infatti al cittadino non possono essere preclusi l’ingresso, il

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

** Professore associato di diritto costituzionale, Università di Cagliari.

1. Questo assunto è quasi un postulato del diritto internazionale e costituzionale. *Ex plurimis*, si veda Lord Atkinson in *Attorney-General (Canada) v. Cain and Gilhula*, PC 27 Jul 1906: «One of the rights possessed by the supreme power in every State is the right to refuse to permit an alien to enter that State, to annex what conditions it pleases to the permission to enter it, and to expel or deport from the State, at pleasure, even a friendly alien, especially if it considers his presence in the State opposed to its peace, order, and good government, or to its social or material interests».

soggiorno, l'espatrio, l'emigrazione e l'eventuale reingresso nel territorio nazionale (artt. 13 e 35 Cost.; art. 3, protocollo n. 4 CEDU; art. 12 Patto sui diritti civili e politici²), al contrario, con riferimento al non cittadino, l'ingresso e il soggiorno non sono liberi, ma sono regolati da norme che sono differenti a seconda che venga in rilievo il cittadino di un Paese dell'Unione europea o il cittadino di un Paese terzo (o l'apolide).

Il cittadino di un Paese dell'Unione europea, in base al Trattato sull'Unione europea, al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e alla Carta dei diritti dell'Unione europea, è titolare del diritto di libera circolazione nel territorio dei Paesi dell'Unione europea (art. 9 TUE; art. 20, par. 2, lett. a, TFUE; art. 45 Carta dei diritti dell'Unione europea). A tali enunciati normativi dei Trattati si saldano le disposizioni di diritto derivato e di diritto interno che regolano le condizioni e i limiti della libera circolazione e del soggiorno, con discipline differenziate a seconda che venga in evidenza un lavoratore o un altro soggetto (ad esempio uno studente) e a seconda della durata del soggiorno (inferiore o superiore ai tre mesi, superiore ai cinque anni) (direttiva 2004/38/CE del 29.4.2004, recepita nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. n. 30/2007).

In base a quanto previsto dall'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 30/2007, «il cittadino dell'Unione in possesso di documento d'identità valido per l'espatrio, secondo la legislazione dello Stato membro, ed i suoi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, ma in possesso di un passaporto valido, sono ammessi nel territorio nazionale». Il respingimento è quindi possibile solo se il cittadino europeo (o il familiare che non sia cittadino europeo) è privo dei documenti di viaggio o del visto di ingresso (quest'ultimo evidentemente può essere prescritto solo con riferimento ai cittadini di Paesi terzi che non siano in possesso della carta di soggiorno), ma esso non è disposto se l'interessato, entro ventiquattro ore dalla richiesta, fa pervenire i documenti necessari ovvero dimostra con altra idonea documentazione la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione (art. 5, co. 5, d.lgs. n. 30/2007). Vi è tuttavia anche la possibilità di respingimento dei cittadini UE e dei loro familiari per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 30/2007 (si ricordano i respingimenti di studiosi revisionisti che si recavano a adunate razziste o naziste e i respingimenti di tifosi presunti pericolosi o violenti che volevano dirigersi verso competizioni sportive).

2. Particolarmente significativo in questo senso appare Corte cost., sent. 104/1969, punto 4 del considerato in diritto: «Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati».

Beneficia del diritto alla libera circolazione, e non può quindi essere respinto, anche il cittadino di un Paese terzo che sia titolare di un permesso di soggiorno (o di un visto per soggiorno di lunga durata), emesso da un altro Stato dell'area Schengen, affinché possa raggiungere il territorio di questo Stato, a meno che lo straniero non figuri nell'elenco nazionale delle persone segnalate dall'Italia e che tale segnalazione sia accompagnata da istruzioni di respingere o rifiutare il transito (art. 6, co. 5, lett. a, regolamento UE 399/2016/UE del 9.3.2016).

2. Il respingimento dei cittadini dei Paesi terzi (e degli apolidi): tipi legali di provvedimento e limiti al potere di respingimento

Disposizioni diverse sono vigenti con riferimento all'ingresso e al respingimento dei cittadini di Paesi terzi e degli apolidi, di seguito denominati stranieri ai sensi dell'art. 1, co. 1 d.lgs. n. 286/1998 (da questo momento TU).

L'ordinamento vigente prevede due fattispecie di respingimento: 1) il respingimento immediato ai valichi di frontiera dello straniero che non soddisfi i requisiti per l'ingresso nel territorio dello Stato; 2) il respingimento differito dello straniero che, sottraendosi ai controlli di frontiera, sia stato rintracciato all'ingresso o subito dopo l'attraversamento della frontiera o che, presentatosi ai valichi di frontiera in carenza dei requisiti legali per l'ingresso, sia stato ammesso nel territorio nazionale per esigenze di pubblico soccorso³.

Il potere sovrano dello Stato in ordine all'ammissione e all'esclusione degli stranieri non è assoluto, essendo vigenti norme costituzionali, eurounitarie e internazionali che impongono obblighi agli Stati e prevedono diritti dello straniero. I limiti costituzionali, eurounitari e internazionali al potere sovrano sono specificati dalle norme di legge che sanciscono i divieti di respingimento, che sono misure di «protezione umanitaria a carattere negativo»⁴.

A garanzia del diritto di asilo (art. 10, co. 3 Cost.; art. 18 Carta dei diritti UE), il respingimento è vietato se sono state adottate misure di protezione temporanea per rilevanti esigenze umanitarie (art. 20 TU), se lo straniero chiede asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato o l'adozione di misure di protezione temporanea per

3. L'art. 2 del regolamento 399/2016/UE del 9.3.2016 (codice delle frontiere Schengen) distingue le frontiere interne e le frontiere esterne. Le frontiere interne sono: a) le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; b) gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; c) i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti. 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. Le frontiere interne sono completamente libere, in quanto in linea di principio non sono effettuati controlli, anche se essi possono essere effettuati in modo episodico (alle frontiere terrestri o ferroviarie) o indiretto (ad esempio l'accertamento dei documenti di identità per chi viaggia in aereo).

4. Così Cass. civ., sez. I, 17.2.2011, (ud. 28.9.2010, dep. 17.2.2011), n. 3898, par. 5.1 dei motivi di diritto.

motivi umanitari (art. 10, co. 4 TU). La Corte di cassazione ha affermato che è da considerarsi illegittimo il respingimento dello straniero che sia giunto sul territorio nazionale o di un Paese dell'Unione europea senza che sia stato preventivamente adempiuto il dovere di informare lo stesso dell'esistenza del diritto di chiedere la protezione internazionale, nonché sulle procedure a tale scopo vigenti⁵. È reputato parimenti illegittimo il conseguente provvedimento di trattenimento⁶. In ultima analisi si può affermare che lo straniero deve innanzi tutto essere identificato e assistito, ma contestualmente gli si devono illustrare i suoi diritti di richiedente asilo.

A garanzia del diritto di asilo (art. 10, co. 3 Cost.; art. 18 Carta dei diritti UE) e del principio di *non-refoulement* (art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati; art. 78 TFUE; art. 18 della Carta dei diritti UE) è vietato in modo assoluto il respingimento dello straniero che sia a rischio di persecuzione, nel Paese di provenienza, a causa di razza, sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali, o se lo stesso potrebbe essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione (art. 19, co. 1 TU)⁷. In correlazione al divieto di sottoporre una persona a tortura o a pene o a trattamenti inumani e degradanti (art. 27, co. 3 Cost.; art. 3 CEDU; art. 4 Carta dei diritti UE; art. 7 del Patto sui diritti civili e politici) è sancito il divieto di respingimento, espulsione o estradizione qualora vi siano fondati motivi di ritenere che la persona potrebbe essere sottoposta a tortura nel territorio di quello Stato: nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (art. 19, co. 1.1 TU). Quelle di cui ai co. 1 e 1.1 dell'art. 19 TU sono le forme più ampie di protezione internazionale, in quanto integrano un divieto di respingimento non solo verso il Paese di origine, ma anche verso un Paese di transito. Ad esempio, un cittadino di Paese terzo potrebbe nel caso concreto non aver diritto al riconoscimento dello *status* di rifugiato o alla protezione sussidiaria ma comunque, se è giunto dalla Libia, Paese nel quale accreditate organizzazioni internazionali hanno accertato violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani, non può essere ivi respinto ai sensi dell'art. 19 TU. Inoltre, tali norme sono applicate anche se non è stata presentata una domanda di protezione internazionale, la

5. Tale dovere è previsto dall'art. 8 della direttiva 2013/32/UE del 26.6.2013, dall'art. 10-ter d.lgs. n. 286/1998, dal d.lgs. n. 25/2008 e dal d.lgs. n. 142/2015.

6. Cfr. Cass. ord. n. 5926 del 25 marzo 2015 e ord. 4.2.2017, n. 10743.

7. Su questo divieto di respingimento v. M. Benvenuti, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 31 ss., secondo il quale l'art. 19, co. 1 TU avrebbe una portata applicativa più ampia rispetto al principio di *non refoulement* elaborato nel diritto internazionale e recepito nel diritto sovranazionale, in primo luogo in quanto la norma statale integrerebbe un divieto tassativo, assoluto, laddove l'art. 33, par. 2 della Convenzione di Ginevra e l'art. 21, par. 2, della direttiva 95/2011/UE del 13.12.2011 consentirebbero deroghe; in secondo luogo poiché i motivi della persecuzione non sono identici (l'art. 1, lett. a), n. 2 della Convenzione di Ginevra fa riferimento all'appartenenza ad un *certain groupe social*, mentre nell'art. 19 TU si utilizzano le più pregnanti formule «sesso», «lingua» e «condizioni personali e sociali»).

quale determina l'insorgere in capo allo straniero di un diritto soggettivo al soggiorno fino alla decisione sulla propria istanza⁸. L'applicazione di queste norme presuppone l'accertamento individuale, caso per caso, delle situazioni personali suscettibili nella fattispecie astratta, e non può essere fondata su una generica affermazione di pericolosità del Paese di origine (o di transito)⁹. La situazione di pericolo non può quindi essere sostenuta facendo riferimento a pubblicazioni che attestino una situazione di pericolo generalizzato in un Paese a causa di una crisi politica¹⁰. L'interessato ha l'onere di allegare fatti e prove da cui si evince la propria situazione di vulnerabilità (anche se questo onere probatorio va temperato con la presunzione di buona fede prevista per i richiedenti protezione internazionale che non dispongano di prove, ma siano risultati credibili, come prevede l'art. 3, co. 5, d.lgs. n. 251/2007), mentre l'autorità giudiziaria deve porre in essere «un rigoroso esame del materiale probatorio teso al raggiungimento della piena prova in ordine alla condizione personale del soggetto»¹¹.

Sempre tra i divieti di respingimento, in correlazione al valore costituzionale della protezione dell'infanzia e della gioventù e ai diritti del minore (art. 31, co. 2 Cost.; art. 24 Carta dei diritti UE), è previsto un divieto assoluto («in nessun caso») di respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati (art. 19, co. 1-*bis*, TU). Deve altresì essere ricordato che nel 2001 è entrata in vigore una disposizione secondo la quale l'esecuzione del respingimento (e dell'espulsione) di persone appartenenti a categorie vulnerabili (persone affette da disabilità, anziani, minori, componenti di famiglie monoparentali con figli minori, ovvero vittime di gravi violenze psicologiche o sessuali) deve avere luogo «con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate» (art. 19, co. 2-*bis*, TU, aggiunto dall'art. 3, co. 1 lett. g), d.l. n. 89/2011, convertito nella legge n. 129/2011). Tuttavia, né la disposizione di legge né altre disposizioni regolamentari o circolari precisano le modalità del respingimento di queste persone e le linee guida per accertare la vulnerabilità, per cui si è in presenza di una norma di dubbia effettività¹².

8. Sul punto v. le osservazioni di M. Veglio, *Divieto di ingresso, convalida dell'accompagnamento alla frontiera, obblighi di informazione in materia di protezione internazionale, diniego, revoca e cessazione della protezione internazionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza. Commento al d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con mod. in legge 1 dicembre 2018, n. 132*, a cura di F. Curi, Pisa, Pacini Giuridica, 2019, pp. 88-89.

9. In questo senso v. Corte app. Torino, sez. II, 21.5.2018, n. 966.

10. Cfr. Cass. civ., sez. I, 6.3.2008, n. 6100 (ud. 6.11.2007, dep. 6.3.2008).

11. Cfr. Cass. civ., sez. I, 17.2.2011, n. 3898 (ud. 28.9.2010, dep. 17.2.2011); v. anche Cass. Civ., sez. I, 04.5.2004, n. 8423 (ud. 6.11.2003, dep. 4.5.2004); Cass. civ., sez. I, 3.05.2010, n. 10636 (ud. 4.2.2010, dep. 3.5.2010); Cass. civ., sez. I, 8.4.2019, (ud. 10.1.2019, dep. 8.4.2019), n. 9762.

12. Sul punto v. le osservazioni di G. Savio, *Espulsioni e respingimenti. I profili sostanziali*, in www.asgi.it, p. 12.

Premesso che alcuni stranieri non possono essere respinti, è necessario definirne lo *status*. Qualora tali stranieri abbiano presentato domanda di protezione internazionale e tale domanda sia stata accolta, gli verrà rilasciato un permesso di soggiorno corrispondente alla protezione riconosciuta secondo le norme di cui al d.lgs. n. 25/2008. Con riferimento agli stranieri insuscettibili di essere respinti ai sensi dell'art. 19, co. 1 e co. 1.1, fino all'entrata in vigore del d.l. 113/2018 il Testo unico prevedeva, con una formulazione a carattere generale, il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari laddove ricorressero «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, co. 6 TU). Il d.l. n. 113/2018 ha sostituito il co. 6 dell'art. 5 TU, abrogando quella parte della disposizione che consentiva il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari in base a presupposti di carattere generale, ed ha altresì espunto da altre disposizioni del Testo unico ogni riferimento al permesso di soggiorno per motivi umanitari *ex* art. 5, co. 6 nella sua previgente formulazione. Sono quindi in vigore solo norme speciali che prevedono ipotesi tipiche di permesso di soggiorno umanitario: si tratta dei permessi di soggiorno per cure mediche (art. 19, co. 2, lett. d)-*bis* TU); per calamità (art. 20-*bis* TU); per atti di particolare valore civile (art. 42-*bis* TU), cui devono essere aggiunte le ipotesi tipiche preesistenti, ossia il permesso di soggiorno «per le vittime di violenza domestica» (art. 18-*bis* TU) e quello per «ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo» (art. 22, co. 12-*quater*, TU). A questi tipi legali si deve aggiungere quello di cui all'art. 32, co. 3, d.lgs. n. 25/2008 (così come sostituito dall'art. 1, co. 2, lett. a), d.l. n. 113/2018), secondo il quale la Commissione territoriale, nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale ma ricorrano i presupposti del divieto di respingimento di cui all'articolo 19, co. 1 e 1.1, TU, «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. Il permesso di soggiorno di cui al presente comma è rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa ma non può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di lavoro»¹³.

13. Sulle nuove norme in materia di protezione umanitaria v. M. Balboni, *Abolizione della protezione umanitaria e tipizzazione dei casi di protezione: limiti e conseguenze*, D. Belluccio, *L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno* e N. Zorzella, *L'abrogazione dei permessi umanitari e la sorte di quelli già rilasciati o relativi ai procedimenti in corso*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., rispettivamente p. 20 ss., p. 31 ss., p. 47 ss. Sui dubbi di legittimità costituzionale relativi all'abrogazione della clausola generale di protezione umanitaria v., *ex plurimis*, C. Corsi, *Profili di illegittimità costituzionale*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 6 e M. Balboni, *op.cit.*, p. 28. Su tali dubbi di legittimità costituzionale v. altresì Corte cost. sent. 194/2019, in cui si evidenzia che «l'effettiva portata dei nuovi permessi speciali potrà essere valutata solo in fase applicativa, nell'ambito della prassi amministrativa e

3. Il respingimento alla frontiera. Regime giuridico e criticità costituzionali derivanti dai trattenimenti *de facto* nelle zone di transito ai valichi di frontiera

Il respingimento ai valichi di frontiera (valichi terrestri, marittimi, lacustri e aeroportuali) è regolato in parte da fonti interne (il Testo unico) e in parte da fonti europee (il codice delle frontiere Schengen), che si differenziano parzialmente per ciò che concerne l'ambito oggettivo ed il contenuto.

L'ambito oggettivo coincide solo in parte: l'art. 14 del codice delle frontiere Schengen concerne il respingimento alla frontiera per i soggiorni di breve durata (non superiore a novanta giorni su un periodo di centoottanta giorni) e la sua applicazione presuppone la mancata soddisfazione delle condizioni di ingresso di cui all'art. 6, par. 1, del regolamento europeo; l'art. 10 TU inerisce al respingimento alla frontiera *tout court* (si applica, quindi, ai soggiorni di durata sia inferiore che superiore a tre mesi) e si collega alle condizioni per l'ingresso di cui all'art. 4 TU, che sono parzialmente coincidenti con quelle previste dall'art. 6, par. 1 del regolamento europeo.

Differenze vengono in evidenza anche per ciò che concerne il contenuto delle disposizioni in esame.

L'autorità competente è sempre la polizia di frontiera. Lo prevede l'art. 10, co. 1, TU, mentre l'art. 14 del codice delle frontiere Schengen dispone che il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale. Il respingimento alla frontiera deve essere *immediato*. Con una formula non priva di ambiguità, il Testo unico prevede che il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti ... o che deve essere comunque respinto ... è tenuto a prenderlo *immediatamente* a carico ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero (art. 10, co. 3, TU). L'immediatezza è quindi riferita alla «presa in carico», anche se la successiva congiunzione («e a ricondurlo») consente di ascriverla anche all'esecuzione del provvedimento. Con maggior precisione, il codice delle frontiere Schengen riferisce l'immediatezza all'esecuzione del decreto di respingimento (art. 14, par. 2, del codice delle frontiere Schengen: «il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è *d'applicazione immediata*»). Il codice delle frontiere Schengen prevede altresì, con formule non tassative,

giurisprudenziale che andrà formandosi», e che «l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi istituti, in sede sia amministrativa che giudiziale, sono necessariamente tenute al rigoroso rispetto della Costituzione e dei vincoli internazionali, nonostante l'avvenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli «obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» precedentemente contenuto nell'art. 5, co. 6, del TU immigrazione», e che quindi «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili».

poteri della polizia di frontiera funzionali a impedire l'ingresso illegale: secondo l'art. 14, par. 4, del medesimo codice «le guardie di frontiera *vigilano* affinché un cittadino di Paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento *non entri* nel territorio dello Stato membro interessato»; in base all'art. 7, par. 1 dello stesso codice, «le guardie di frontiera esercitano le loro funzioni nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili. Tutte le misure adottate nell'esercizio delle loro funzioni sono *proporzionate* agli obiettivi perseguiti con tali misure»; secondo l'allegato V, parte A, co. 2, lett. b), l'autorità di frontiera «fino al momento della riconduzione, adotta le misure necessarie, *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali, allo scopo di impedire l'ingresso illecito dei cittadini di Paesi terzi respinti».

Come si è detto, in questa fattispecie il respingimento ha luogo alla frontiera: tuttavia lo straniero, quando è situato nella cosiddetta zona di transito, si trova già nel territorio nazionale, per cui gli sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti, ai sensi dell'art. 2 TU.

Le condizioni positive e negative di ingresso sono stabilite, per i soggiorni di breve durata (non superiore a novanta giorni su un periodo di centoottanta giorni), dall'art. 6, par. 1, del regolamento 399/2016/UE¹⁴. Analogamente l'art. 4 TU disciplina le condizioni positive e negative di ingresso per soggiorni inferiori o superiori a tre mesi¹⁵.

14. Le condizioni positive sono: a) l'essere provvisto di un titolo di ingresso nel territorio nazionale, corredato di un visto valido, se richiesto dal regolamento 539/2001/CE del 15.3.2001; b) l'essere in grado di giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto; c) il disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e per il rientro. Le condizioni negative sono: a) il non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica, le relazioni internazionali di uno degli Stati membri; b) il non essere stato segnalato al Sistema di informazione Schengen (SIS) ai fini della non ammissione. Deve tuttavia essere evidenziato che pur non soddisfacendo queste condizioni i cittadini di Paesi terzi e gli apolidi sono ammessi ad entrare nel territorio degli Stati membri, per il solo transito, se sono in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto di soggiorno di lunga durata, affinché possano raggiungere il territorio dello Stato membro che ha emesso il titolo, o altresì se è stato loro rilasciato un visto alla frontiera a norma degli articoli 35 e 36 del regolamento 810/2009/CE del 2.4.2009.

15. Secondo quanto prevede l'art. 4 TU tra le condizioni per l'ingresso vi è: a) il possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno; b) la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza (tali mezzi sono definiti con la direttiva del Ministro dell'interno dell'1.3.2000); c) il non essere lo straniero una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone; d) l'essere stato condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti (ai sensi dell'art. 444 c.p.p.), per reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (ai sensi dell'art. 380, co. 1 e 2, c.p.p.) ovvero per reati inerenti gli stupefacenti (ossia i reati previsti dal Testo unico stupefacenti di cui al d.p.r. 309/1990), la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati (di cui all'art. 12 TU), o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; e) l'essere stato condannato, con sentenza irrevocabile, per violazione della normativa sulla tutela dei diritti d'autore di cui alla legge n. 633/1941, e degli artt. 473 c.p. (contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni

L'art. 10 TU disciplina il respingimento ai valichi di frontiera, salvi i casi di forza maggiore, dello straniero che non soddisfi le condizioni di ingresso.

L'accertamento della sussistenza di talune di queste condizioni è elementare e comporta un'attività amministrativa vincolata (ad esempio, la ricognizione dell'eventuale presenza di condanne per determinati reati o dell'eventuale segnalazione dello straniero nel SIS). Il riscontro di altre condizioni è complesso e può implicare margini di discrezionalità. Si pensi alla verifica approfondita delle condizioni d'ingresso (tra cui la giustificazione dello scopo e delle condizioni del soggiorno), in relazione a cui, se del caso, la polizia di frontiera può chiedere l'esibizione dei documenti giustificativi che autorizzano il soggiorno e l'esercizio di un'attività professionale (art. 8, par. 3, e all. 1 codice delle frontiere Schengen)¹⁶. Si pensi altresì alla condizione negativa del non essere lo straniero un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale o le relazioni internazionali di uno degli Stati contraenti: questi presupposti non sono tassativamente determinati, per cui

distintivi) e 474 c.p. (introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi). Lo straniero per il quale è richiesto il ricongiungimento familiare, ai sensi dell'articolo 29 TU, non è ammesso in Italia quando rappresenti una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato italiano o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone. Inoltre non possono entrare nel territorio nazionale e sono respinti alla frontiera: 1) gli stranieri espulsi o respinti con decreto questorile *ex art. 10, co. 2 TU*, a meno che non abbiano ottenuto una speciale autorizzazione al reingresso o che sia trascorso il periodo di divieto di ingresso (determinato caso per caso tra un minimo di tre anni ed un massimo di cinque); 2) gli stranieri che debbono essere espulsi; 3) gli stranieri segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini del respingimento o della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali.

16. A norma dell'art. 8, par. 3, del codice delle frontiere Schengen, la verifica all'ingresso comprende un esame dettagliato di questi elementi: i) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo sia in possesso di un documento non scaduto valido per l'attraversamento della frontiera e, all'occorrenza, che il documento sia provvisto del visto o del permesso di soggiorno richiesto; ii) la disamina approfondita del documento di viaggio per accertare la presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione; iii) la disamina dei timbri d'ingresso e di uscita sul documento di viaggio del cittadino di Paese terzo interessato al fine di accertare, raffrontando le date d'ingresso e di uscita, se tale persona non abbia già oltrepassato la durata massima di soggiorno autorizzata nel territorio degli Stati membri; iv) gli accertamenti relativi al luogo di partenza e di destinazione del cittadino di Paese terzo interessato nonché lo scopo del soggiorno previsto e, se necessario, la verifica dei documenti giustificativi corrispondenti; v) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo interessato disponga di mezzi di sussistenza sufficienti sia per la durata e lo scopo del soggiorno previsto, sia per il ritorno nel Paese di origine o per il transito verso un Paese terzo nel quale è sicuro di essere ammesso, ovvero che sia in grado di acquisire legalmente detti mezzi; vi) l'accertamento che il cittadino di Paese terzo interessato, i suoi mezzi di trasporto e gli oggetti da esso trasportati non costituiscano un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri. Tale accertamento comporta la consultazione diretta dei dati e delle segnalazioni relativi alle persone e, se necessario, agli oggetti inclusi nel SIS e negli archivi nazionali di ricerca nonché, se del caso, l'attuazione della condotta da adottare per effetto della segnalazione in questione. Se il cittadino di Paese terzo è in possesso di un visto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), il controllo approfondito all'ingresso comprende anche l'accertamento dell'identità del titolare del visto e dell'autenticità del visto tramite consultazione del sistema di informazione visti (VIS), conformemente all'articolo 18 del regolamento 767/2008/CE del 9.7.2008. In circostanze eccezionali e imprevedute, tuttavia, le verifiche di frontiera possono essere snellite, ai sensi dell'art. 8, par. 3, lett. c/d, del codice frontiere Schengen. Sull'accertamento delle condizioni per l'ingresso v. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento, Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova, Cedam, 2004, p. 271.

l'asserito accertamento degli stessi talvolta diviene il mezzo per il respingimento di persone semplicemente "indesiderabili"¹⁷. Questi margini di discrezionalità contribuiscono a spiegare l'esistenza, non solo in Italia, di diverse percentuali di respingimento ai valichi di frontiera in rapporto al totale degli arrivi¹⁸.

Il respingimento, secondo un'opinione generalmente condivisa, è posto in essere in esecuzione di un provvedimento amministrativo e non si sostanzia in una mera attività materiale. Il dubbio si è posto in quanto mentre l'art. 3, co. 5, l. n. 39/1990 prevedeva espressamente l'adozione di un atto scritto e motivato, di contro l'art. 10, co. 6 TU dispone che «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti ... per l'ingresso nel territorio dello Stato», mentre si precisa che il respingimento differito è «disposto» dal questore (art. 10, co. 2 TU). Inoltre l'art. 10, co. 6, TU statuisce che «i respingimenti di cui al presente articolo sono *registrati* dall'autorità di pubblica sicurezza». In base alla lettera di tali disposizioni si era da alcune parti inizialmente sostenuto che il respingimento immediato dovesse essere qualificato come un atto materiale, un mero comportamento della polizia di frontiera caratterizzato dalla «totale indeterminatezza delle modalità di esecuzione»¹⁹. Altre disposizioni hanno tuttavia offerto argomenti a sostegno della tesi provvedimentale: il codice frontiere Schengen prevede che «il respingimento può essere disposto solo con provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise», e che avverso tale provvedimento è possibile proporre ricorso (art. 14, co. 2 e 3, regolamento 399/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio: allo stesso regolamento UE è allegato il modello uniforme di respingimento)²⁰; l'art. 3 del regolamento di attuazione del Testo unico (d.p.r. 394/1999) fa riferimento al «provvedimento che dispone il respingimento»²¹; infine una circolare dispone che «al provvedimento di respingimento si applicano le garanzie di cui all'art. 2,

17. In questo senso v. G. Sirianni, *La polizia degli stranieri*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 58 e P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 204.

18. Significativa è, ad esempio, la diversa percentuale di respingimenti ai valichi di frontiera nel Regno Unito: è stato rilevato che il 32 % dei cittadini di Paesi terzi giunti al terminal 2 dell'aeroporto di Manchester erano trattenuti per la notte e poi respinti, laddove invece solo l'1,5 % degli stessi stranieri erano trattenuti per la notte e poi respinti al terminal 1 dell'aeroporto di Heathrow: diverse percentuali che evocano un eccesso di discrezionalità che sembra sconfinare nell'arbitrio, in contrasto con il principio di non arbitrarietà della detenzione dello straniero elaborato nella sentenza Corte EDU, *Saadi v. Uk*, ricorso n. 13229/03, 29.1.2008: cfr. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, Oxford, Oxford University press, 2012, p. 543.

19. In questo senso v. M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 822.

20. Cfr. A. Pugiotta, «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Associazione italiana costituzionalisti. Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale. Cagliari, 16-17 ottobre 2009*, Napoli, Jovene, 2010, p. 352 e G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 9.

21. Cfr. P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit. p. 289; L. D'Ascia, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 116.

co. 6, del TU»²². Queste ultime disposizioni sono coerenti con il principio costituzionale di legalità/tipicità dei provvedimenti amministrativi e assicurano l'effettività del diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.), il cui esercizio si traduce in un giudizio di carattere caducatorio. Date queste premesse, è generalmente condiviso l'assunto secondo cui il respingimento alla frontiera è posto in essere con un provvedimento motivato e la sua esecuzione consiste in un'attività materiale.

4. Il respingimento alla frontiera e le “zone internazionali” ai valichi di frontiera: la disciplina vigente, la prassi amministrativa e i dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale

Il regime giuridico del respingimento alla frontiera, nella più recente prassi applicativa, è di dubbia conformità alla Costituzione e alla CEDU.

Come si è evidenziato, il respingimento alla frontiera è comunemente definito come respingimento immediato: secondo l'art. 10, co. 3 TU «il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti ... o che deve essere comunque respinto ..., è tenuto a prenderlo *immediatamente a carico* ed a ricondurlo nello Stato di provenienza, o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in possesso dello straniero». Parimenti l'art. 14, par. 2 del codice delle frontiere Schengen prevede che «il provvedimento è adottato da un'autorità competente secondo la legislazione nazionale ed è *d'applicazione immediata*». Occorre quindi attribuire un significato alle parole «immediatamente» e «applicazione immediata». Premesso che tra il diniego dell'ingresso e la partenza del vettore un certo lasso di tempo deve necessariamente passare, occorre chiedersi quanto tempo possa ragionevolmente decorrere tra i due momenti. La tesi più garantista è nel senso che l'esecuzione del provvedimento deve esaurirsi nell'ambito di pochi minuti o poche ore. Ciò è possibile, di regola, soltanto quando il vettore compie una mera sosta tecnica, in attesa del viaggio di ritorno verso il luogo di provenienza. È altresì vero, tuttavia, che la genericità delle formule utilizzate non consente di tracciare in modo tassativo una linea di confine temporale entro la quale il decreto di respingimento “immediato” deve essere eseguito.

Alcune incertezze esistono inoltre con riferimento ai poteri della polizia di frontiera. Il Testo unico non prevede alcun potere di trattenimento in capo alla stessa. Pertanto allo straniero destinatario del decreto di respingimento dovrebbe poter essere inibito solo il superamento della zona di transito, assicurandone la comunicazione con l'esterno e la libertà di movimento (tale regime, per la sua minore capacità di restringere l'autonomia

22. Cfr. circolare 559/443/227729/12/207/1' Div. (n. 11 del '98), in www.asgi.it.

dell'individuo, se si esaurisce nell'arco di poche ore potrebbe essere reputato incisivo della libertà di circolazione), ma sicuramente non gli può essere imposta – come avviene di regola – la sosta in locali della polizia di frontiera, corredata di sorveglianza armata (che incide sulla libertà personale). Inoltre il Testo unico non prevede alcun potere di accompagnamento coattivo, per cui lo straniero ha l'obbligo di seguire il personale del vettore ma, se si rifiuta di salire a bordo del mezzo, non vi può essere accompagnato coattivamente. Anche il codice delle frontiere Schengen non prevede espressamente né il potere di trattenimento né l'accompagnamento coattivo a bordo del vettore. Esso prevede, come si è anticipato, che tra le funzioni della polizia di frontiera vi è la vigilanza affinché un cittadino di un Paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento *non entri* nel territorio dello Stato membro interessato (art. 14, co. 4, codice delle frontiere Schengen); che le guardie di frontiera esercitano le loro funzioni nel pieno rispetto della dignità umana, in particolare nei casi concernenti persone vulnerabili; che tutte le misure adottate nell'esercizio delle loro funzioni sono *proporzionate* agli obiettivi perseguiti con tali misure (art. 7, par. 1 del codice); che le misure funzionali al respingimento sono adottate *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali (allegato V, parte A, par. 2, lett. b del codice).

Il tema è di particolare attualità perché in numerosi casi, in talune zone dei porti e degli aeroporti, definite dalla polizia di frontiera zone internazionali o di transito (o anche zone amministrative o zone d'attesa)²³, l'esecuzione del decreto di respingimento ha avuto luogo dopo numerosi giorni, e *medio tempore* la polizia di frontiera ha alternativamente disposto, in base a una valutazione caso per caso, la permanenza nei locali di attesa nella

23. Si noti che il decreto del Ministero dell'interno del 5.8.2019, adottato in attuazione dell'art. 28-*bis* d.lgs. 25/2008, ha individuato zone di frontiera e di transito senza fare riferimento agli aeroporti di Malpensa e Fiumicino. L'art. 2 del decreto del Ministro dell'interno del 5.8.2019 individua le zone di frontiera o di transito in quelle esistenti nelle seguenti Province: Trieste, Gorizia; Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; Trapani, Agrigento; Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna. In base all'art. 3, co. 2 del decreto, l'esame delle domande di protezione internazionale presentate nelle zone di frontiera o di transito è effettuato da parte delle Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale o dalle relative sezioni, competenti sulla base della circoscrizione territoriale del luogo in cui è stata presentata la domanda, specificamente individuate nell'allegato A del decreto. L'art. 3, co. 1 del decreto istituisce due nuove sezioni delle Commissioni territoriali: Matera, insediata presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo di Matera, che opera nell'ambito della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Bari, per la zona di frontiera di Matera; Ragusa, insediata presso la prefettura-ufficio territoriale del Governo di Ragusa, che opera nell'ambito della Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Siracusa, per la zona di frontiera di Ragusa. Sulla dubbia legittimità di tali disposizioni, che facendo riferimento a intere Province potrebbero essere interpretate nel senso che la procedura accelerata di esame della domanda di protezione internazionale debba essere applicata anche quando le domande sono presentate nelle questure di tali Province, in violazione dell'art. 43, par. 1 della direttiva 2013/32/UE, secondo il quale gli Stati membri possono applicare la procedura accelerata in luoghi diversi dalla zona di frontiera o di transito solo in casi di eccezionale afflusso di stranieri, v. Asgi, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 210)*, in www.asgi.it, p. 6 e ss.

disponibilità della polizia di frontiera (è ciò che accade di regola), oppure la permanenza nell'area transiti, in cui gli stranieri godono di una più ampia libertà di movimento (misura applicata solitamente ai nuclei familiari)²⁴.

Come evidenziato dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale nel *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, e dall'Asgi nell'ambito del progetto *In Limine*, con riferimento agli aeroporti di Roma Fiumicino e di Milano Malpensa, lo straniero è trattenuto nei locali della polizia sotto videosorveglianza ed è soggetto al controllo da parte di agenti armati, privo di assistenza legale (anche quando essa è stata espressamente richiesta²⁵), con restrizioni nella comunicazione con l'esterno²⁶ e nell'accesso alle valigie, in carenza di prestazioni sanitarie (anche quando necessarie e richieste)²⁷, in condizioni materiali precarie²⁸. Forti restrizioni *de facto* sono state riscontrate anche nell'esercizio del diritto di asilo. Negli aeroporti di Malpensa e Fiumicino i servizi di informazione e accoglienza in ordine alla possibilità di presentare domanda di asilo sono erogati da due cooperative convenzionate, ma all'aeroporto di Malpensa l'individuazione dell'ufficio non è agevole,

24. Si veda il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, 27.6.2019, p. 4, in cui si evidenzia che allo scalo di Roma Fiumicino il trattenimento di durata pari o superiore alle tre giornate è stato di 135 soggetti su un totale di 2368 persone respinte nel 2017, e di 260 soggetti su un totale di 2415 persone respinte nel 2018, con una durata variabile, a seconda dei casi, da tre a otto giorni. Analogamente, all'aeroporto di Milano Malpensa, 2211 persone sono state respinte nel 2017 e 2111 nel 2018; di queste ultime, 333 persone sono state trattenute per un periodo pari o superiore a tre giorni, sempre con una durata variabile da tre a otto giorni. Con specifico riferimento all'aeroporto di Milano Malpensa v. altresì i dati di tenore analogo riportati in Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, in www.asgi.it, p. 1 e in Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, in www.asgi.it, p. 3.

25. Il diniego di comunicazione con un avvocato, nonostante la richiesta sia stata inoltrata attraverso la pec, è stato motivato sostenendo che la zona di transito sarebbe una zona "extraterritoriale": cfr. *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 10 e Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 2.

26. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 5.

27. In particolare, è stato segnalato che all'aeroporto Malpensa una donna incinta al terzo mese di gravidanza e un uomo che soffriva di pressione alta, entrambi trattenuti, pur avendo chiesto di poter essere assistiti da personale medico o paramedico, non sono stati visitati. Sul punto v. Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 1 e Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 4.

28. La sala nella quale sono condotti tali stranieri all'aeroporto di Milano Malpensa è piccola, considerato il numero degli stranieri presenti (si parla di una sala della grandezza di otto per sei metri). L'illuminazione è solo elettrica e viene tenuta permanentemente accesa. Le brandine sono prive di materasso, viene assegnato un cuscino da aereo e una coperta insufficiente a proteggere dal freddo durante la notte. La sala con le brande è della grandezza di quattro per quattro metri, con una suddivisione tra uomini e donne ma senza porte, ed è permanentemente sorvegliata. Il vitto e l'acqua forniti sono carenti, non è permesso l'accesso alla valigia ma solo al bagaglio a mano. La comunicazione con l'esterno ha luogo esclusivamente attraverso il telefono a gettoni in quanto il telefono portatile è sequestrato. Non esiste alcuna forma di intrattenimento (neanche la televisione). Le persone sono sotto la sorveglianza di agenti armati. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 4.

tanto che lo stesso personale della cooperativa evidenzia che gli stranieri che ivi si recano hanno tutti avuto una previa indicazione da parte della polizia di frontiera. Tali cooperative, inoltre, non dispongono di interpreti e mediatori culturali, e di conseguenza l'informazione in ordine alla facoltà di presentare domanda di asilo è carente²⁹. Vi sono inoltre stati casi nei quali la stessa polizia di frontiera ha rifiutato di ricevere la domanda di asilo da parte dello straniero, nonostante questi avesse manifestato l'intenzione di presentarla anche per il tramite del suo avvocato³⁰.

Due sono quindi le principali criticità costituzionali che vengono in evidenza in relazione a questa prassi: il prolungato trattenimento dello straniero nelle "zone di transito"; le difficoltà esistenti nell'esercizio del diritto di asilo.

La legittimità del trattenimento e delle limitazioni all'esercizio del diritto di difesa e del diritto di asilo sono state giustificate, non soltanto in Italia, da Governi così come da funzionari della polizia di frontiera, in base a questi paradigmi argomentativi: 1) la restrizione della libertà dello straniero da parte dell'autorità amministrativa non è di per sé illegittima, pur in carenza di una disciplina legislativa, in quanto il trattenimento inciderebbe non sulla libertà personale ma sulla libertà di circolazione (quest'ultimo diritto è proprio solo del cittadino e dello straniero regolarmente soggiornante); 2) la restrizione della libertà dell'individuo e il diniego di esercizio dei diritti fondamentali (quindi anche del diritto di asilo) trovano la propria ragione giustificativa nel fatto che la zona di transito, in quanto zona internazionale, sarebbe una porzione di territorio in cui non sono efficaci gli obblighi costituzionali e internazionali.

5. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 5 CEDU

Il primo tema oggetto di riflessione è quindi se il temporaneo trattenimento dello straniero, che come si è visto può durare poche ore come diversi giorni, incida sulla libertà di circolazione o sulla libertà personale. Le conclusioni cui si può giungere possono essere diverse a seconda che si assuma come parametro la CEDU o la Costituzione.

La linea di confine tra libertà personale e libertà di circolazione non è tracciata in maniera inequivoca dalla CEDU. Il tema, con specifico riferimento al trattenimento nelle zone di transito aeroportuale, è stato affrontato nella nota sentenza Corte EDU, *Amuur v. France*, ricorso n. 19776/92, 25 giugno 1996. Nelle decisioni antecedenti a questa sentenza la Corte di Strasburgo aveva accolto la tesi secondo cui tale trattenimento

29. Sul punto v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 7.

30. Sul punto, sempre con riferimento all'aeroporto Malpensa, v. Asgi e LasciateCIEntrare (nota a cura di), *Respingimenti alla frontiera e zona di transito internazionale: il caso delle due donne trattenute a Malpensa*, cit., p. 2.

inciderebbe sulla libertà di circolazione, in quanto l'impedimento sarebbe stato solo in entrata e non anche in uscita, potendo lo straniero riacquistare la propria libertà facendo rientro nel proprio Paese o raggiungendone un altro. Nella sentenza *Amuur* si è invece assistito a un *revirement*. Per la Corte di Strasburgo non rileva il fatto che, in linea teorica, la prigione di cui si discorre sia “a tre muri”, potendo sempre lo straniero riacquistare la propria libertà lasciando il Paese; si afferma piuttosto che si deve tener conto delle circostanze concrete, dalle quali potrebbe evincersi che la libertà di lasciare l'aeroporto sia solo teorica³¹. La Corte si è altresì chiesta se ad essere incisa sia la libertà di circolazione o la libertà personale: in questa come in altre decisioni essa ha affermato che il criterio per delimitare l'ambito di applicazione delle due libertà è di carattere quantitativo, piuttosto che qualitativo: viene in evidenza il *quantum* di restrizione della libertà dell'individuo, che deve essere misurato avendo riguardo alla situazione concreta, sulla base di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità della restrizione³².

Nella sentenza *Amuur* la Corte EDU ha in linea di principio negato che il «confinamento» nelle zone di transito sia equiparabile al trattenimento nei Centri di detenzione per stranieri. Ha altresì evidenziato che il «confinamento» negli aeroporti è accettabile al fine di prevenire l'ingresso irregolare mentre lo Stato si occupa di organizzare il rimpatrio o adempie ai propri obblighi internazionali (in particolare se è stata presentata una domanda di asilo). Infine ha sostenuto che, a seconda delle circostanze del singolo caso concreto, se sono rispettate determinate garanzie, il «confinamento» può tradursi in una mera *restrizione* della libertà di circolazione, piuttosto che in una *deprivazione* della libertà personale, e può quindi non ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 5 CEDU (che garantisce la libertà fisica dell'individuo)³³. La Corte si è quindi chiesta quando il «confinamento» nella zona di transito integri una mera *restrizione* della libertà di circolazione e quando invece si traduca in una *deprivazione* della libertà fisica. Nel caso di specie si è ritenuto che, data la sua lunga durata (venti giorni

31. Cfr. par. 48 della sentenza *Amuur*: «The mere fact that it is possible for asylum-seekers to leave voluntarily the country where they wish to take refuge cannot exclude a restriction on liberty [...] this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in».

32. Per appurare se ha avuto luogo una restrizione della libertà fisica, l'interprete deve valutare «his or her concrete situation, and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question» (sent. *Amuur*, par. 42).

33. Cfr. par. 43 della sentenza *Amuur*: «Holding aliens in the international zone does indeed involve a restriction upon liberty, but one which is not in every respect comparable to that which obtains in centers for the detention of aliens pending deportation. Such confinement, accompanied by suitable safeguards for the persons concerned, is acceptable only in order to enable States to prevent unlawful immigration while complying with their international obligations, particularly under the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights».

senza che abbia avuto luogo un controllo giudiziale sulla lunghezza e necessità della misura) e le sue modalità (stretta e costante sorveglianza di polizia, carenza di assistenza sociale e legale, in particolare in funzione della presentazione della domanda di asilo), ad essere incisa sia stata la libertà fisica *ex art. 5 CEDU*³⁴. La Corte EDU ha quindi ribadito che, in applicazione dell'art. 5 CEDU, la limitazione della libertà fisica deve essere prevista da una legge, e le norme che la prevedono devono rispettare un certo standard qualitativo, ossia devono essere chiare, conoscibili, accessibili e idonee a proteggere l'individuo da decisioni arbitrarie (sent. *Amuur*, par. 50)³⁵. Inoltre, se è ragionevole che la misura restrittiva, date le circostanze, sia assunta dalla polizia di frontiera, *il suo prolungamento* deve essere oggetto di una *speedy review* da parte delle Corti, definite «*the traditional guardians of personal liberties*», e non deve inibire la presentazione della domanda di asilo (sent. *Amuur*, par. 43).

Il *focus* su durata e condizioni del trattenimento ha trovato una recente conferma nella sentenza Corte EDU *Khlaifia v. Italy*, ricorso n. 16483/12, 15.12.2016, in cui è stato affrontato il tema del confine tra libertà personale e libertà di circolazione in relazione al trattenimento *de facto* nei punti di crisi. In questa sentenza si è confermato che, quando si parla di libertà di cui all'art. 5 CEDU, si fa riferimento alla «libertà fisica», e che «tra privazione della libertà e restrizioni alla libertà di circolazione che sono soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza» (par. 64 della sentenza). La Corte ha quindi ritenuto che le caratteristiche della limitazione della libertà in quella vicenda («trattenimento prolungato», «impossibilità di comunicare con l'esterno» e «mancanza di libertà di movimento») siano

34. Cfr. par. 45 della sentenza *Amuur*: «The Court notes that for the greater part of the above period the applicants, who claimed to be refugees, were left to their own devices. They were placed under strict and constant police surveillance and had no legal and social assistance – particularly with a view to completing the formalities relating to an application for political refugee status – until 24 March, when a humanitarian association, which had in the meantime been informed of their presence in the international zone, put them in contact with a lawyer. Moreover, until 26 March neither the length nor the necessity of their confinement were reviewed by a court (see paragraph 10 above)».

35. Su queste caratteristiche del principio di legalità nella giurisprudenza CEDU e in particolare nella sentenza *Amuur*, v. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, cit., pp. 532-533; C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law*, in *Indiana Journal of global legal studies*, 2012, p. 278; C. Smyth, *Is the Right of the Child to Liberty Safeguarded in the Common European Asylum System*, in *European journal of migration and law*, 2013, p. 115; V. Vittorino, *Libertà e sicurezza personale*, in *I Diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Bologna, Zanichelli, 2013, p. 1480 ss.; D. Wilsher, *Article 6 – Right to liberty and security*, in *The EU Charter of fundamental rights. A Commentary*, a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford, Hart publishing, 2014, p. 133; C. Costello, *The Human rights of migrants and refugees in European law*, Oxford, Oxford University press, 2016, p. 285 ss.; P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1.2018, p. 7.

state tali da indurre a qualificare la stessa come di non lieve entità e, quindi, ascrivibile alla libertà personale³⁶.

In ultima analisi un trattenimento “breve” (ragionevolmente della durata di minuti o di ore), con relativa libertà di movimento, facoltà di comunicare con l'esterno e assistenza sociale e legale non incide sulla libertà personale, mentre un trattenimento “prolungato” (e in condizioni “rigide”) comporta una deprivazione della stessa. Dalla giurisprudenza della Corte EDU non è tuttavia dato evincere una linea di demarcazione temporale tassativa.

6. Il trattenimento dello straniero nelle zone di transito e la libertà personale di cui all'art. 13 Cost.

Nella sentenza *Amuur* abbiamo incontrato il principio per cui solo un trattenimento “quantitativamente” rilevante (per durata e modalità dello stesso) incide sulla libertà personale. Questo assunto non sembra coerente con la giurisprudenza costituzionale sull'art. 13 Cost. La Corte costituzionale nella sentenza 105/2001, con specifico riferimento al trattenimento nei Centri di permanenza per i rimpatri (al tempo denominati «centri di permanenza temporanea e assistenza»), ha in modo chiaro e inequivoco ascritto l'atto che lo dispone all'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost. Per la Corte «il trattenimento dello straniero presso i Centri di permanenza temporanea e assistenza è *misura incidente sulla libertà personale*, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione. [...] Si determina ... nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, 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» (punto 4 del considerato in diritto). Inoltre, sempre nella stessa decisione, la Corte costituzionale ha affermato il primato del diritto di libertà personale in

36. Su questa decisione v. M. Savino, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4 2015, p. 50 ss. È degno di nota che, anche quando l'atto incide sulla libertà fisica ex art. 5 CEDU, la Corte EDU ne ha valutato la conformità alla Convenzione sulla base degli stessi criteri (durata e modalità della restrizione subita). Così la Corte di Strasburgo nella già citata sentenza *Saadi v. Uk* ha ritenuto che la detenzione amministrativa dei richiedenti asilo, che incide sulla libertà fisica ex art. 5 CEDU, sia ammissibile se non è arbitraria. Nel caso di specie un trattenimento della durata di sette giorni, in condizioni non rigide (ossia con una relativa libertà di movimento all'interno del perimetro dell'edificio e con la possibilità di comunicare con avvocati ed interpreti), è stato ritenuto non arbitrario. Per la Corte perché la detenzione non sia considerata arbitraria essa «must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorized entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate ... and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued». Su questa decisione, in senso critico, in quanto equipara il richiedente asilo a un qualunque altro straniero irregolarmente presente e sottopone il trattenimento allo scrutinio debole della «non arbitrarietà», piuttosto che a quello più rigoroso della «necessità», v., *ex plurimis*, H. O'niions, *Exposing flaws in the detention of asylum seekers: a critique of Saadi*, in *Nottingham Law Journal*, 2008, p. 34 ss.

quanto diritto inviolabile, negando che le garanzie che ne disegnano il contenuto possano essere oggetto di un bilanciamento con ogni altro interesse di rilievo costituzionale che possa venire in evidenza nella regolazione e controllo dei flussi migratori³⁷. La sentenza 105/2001 è coerente con la giurisprudenza precedente e successiva, in base alla quale in linea di principio gli atti coercitivi sono ascritti all'art. 13 Cost. e gli atti obbligatori agli artt. 16 e 23 Cost³⁸. Peraltro, anche quando in alcune sentenze il giudice delle leggi ha utilizzato un criterio "quantitativo", lo ha fatto sempre con riferimento ad alcuni atti *atipici* che sono stati ritenuti idonei a determinare un'incisione solo minima e "superficiale"³⁹, oppure «del tutto temporanea»⁴⁰, della libertà personale. Nella sentenza

37. Si veda il punto 4 del considerato in diritto: «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 risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani». Si vedano altresì le osservazioni di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, Cedam, 2003, p. 318, secondo il quale questa perentoria affermazione è temperata dal fatto che la Corte, in tale giudizio, ha comunque respinto la questione di legittimità «sulla base sia di una interpretazione restrittiva delle garanzie costituzionali in tema di riserva di legge e di riserva di giurisdizione dettate dall'art. 13 Cost., sia di una "benevola" interpretazione delle norme sottoposte al suo giudizio».

38. In questo senso v. Corte cost. sentt. 2/1956, 72/1963, 74/1968, 210/1975, 62/1994, 194/1996, 105/2001, 275/2017. Sulla distinzione tra obbligo, che incide sulle libertà individuali di cui agli artt. 16 e 23 Cost., e coercizione, che incide sulla libertà personale di cui all'art. 13 Cost., cfr. G. Vassalli, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V, Padova, Cedam, 1958, p. 377 ss.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1992, pp. 174-175. Deve tuttavia essere ricordato che la Corte costituzionale ha in più decisioni sostenuto che un atto obbligatorio o comunque non coercitivo (come l'ammonizione) incide sulla libertà personale se implica una «degradazione giuridica» dell'individuo, ossia una «menomazione della libertà morale» e «l'assoggettamento totale della persona al potere altrui». In questo senso si vedano le sentt. Corte cost. 11/56 e 68/1964, 23/1975 (punto 3 *cons. dir.*), 99/1980 (punto 5 *cons. dir.*), 419/1994 (punto 3.2 *cons. dir.*), 210/1995 (punto 2 *cons. dir.*), e l'ord. 384/1987. Sulla libertà personale come strumento di protezione della dignità della persona v. A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 52 ss.; sulla libertà personale come inclusiva della libertà morale v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 111 ss. Nel senso che la sola degradazione giuridica, pur in assenza di una *diminutio* della libertà fisica, sia indice di una riduzione della libertà personale, v. P. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1972, pp. 174-175; T. Martines, *Diritto costituzionale* (a cura di Gaetano Silvestri), Milano, Giuffrè, 2002, p. 361; M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale. Parte II. La Costituzione italiana. Precedenti storici. Principi fondamentali e rapporti civili*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 197; A. Barbera, F. Coccozza, G. Corso, *Le situazioni soggettive. Le libertà dei singoli e delle formazioni sociali. Il principio di uguaglianza*, in *Manuale di diritto pubblico. I. Diritto pubblico generale*, a cura di G. Amato, A. Barbera, Bologna, il Mulino, 1997, p. 244. In senso critico v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., pp. 179, 185 ss., che ritiene rilevante solo la restrizione della libertà fisica dell'individuo, quale che ne sia l'entità, mentre reputa inconsistente il requisito della degradazione giuridica dell'individuo; nello stesso senso v. G. Filippetta, *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in *I diritti costituzionali. Volume II*, a cura di R. Nania, P. Ridola, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 560-561; C. De Fiore, *Libertà personale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3525.

39. Così nella sentenza 30/1962 la Corte costituzionale, chiamata a decidere in ordine all'ascrivibilità alla libertà personale dei rilievi segnaletici di cui all'art. 4 t.u.l.p.s., ha ritenuto che solo i rilievi segnaletici che importino ispezioni personali ai sensi dell'art. 13 Cost. incidono su tale libertà, mentre i rilievi fotodattiloscopici non comportano una

105/2001 la Corte costituzionale non ha chiarito se il trattenimento sia da considerarsi una misura tipica (una forma di detenzione) o atipica, anche perché, ha rilevato la Corte, il legislatore «ha avuto cura di evitare, anche sul piano terminologico, l'identificazione con istituti familiari al diritto penale, assegnando al trattenimento anche finalità di assistenza e prevedendo per esso un regime diverso da quello penitenziario»; certamente, tuttavia, essa ha evidenziato che il trattenimento è un atto che incide in modo né lieve ed esteriore, né momentaneo o del tutto temporaneo sulla libertà personale, e in modo perentorio ne ha affermato l'ascrivibilità all'art. 13 Cost.

Queste conclusioni sono confermate da quanto previsto nell'art. 13, co. 5-*bis*, TU, così come modificato dal d.l. n. 113/2018, secondo il quale, qualora non vi sia disponibilità di posti nei CPR dopo l'udienza di convalida, 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. La disposizione – la cui legittimità è peraltro discussa in quanto non pare rispettare il principio di tassatività nella determinazione dei modi di restrizione della libertà personale – rivela che il legislatore, quando ha voluto prevedere forme di trattenimento in luoghi diversi rispetto ai CPR (nella fattispecie, proprio i locali dell'ufficio

restrizione della stessa, e questo non tanto per la «momentaneità» o «levità» della misura, quanto per il loro incidere esclusivamente «sull'aspetto esteriore della persona». La Consulta in questa decisione ha altresì evidenziato come la soluzione adottata nella sentenza «non è – e non potrebbe essere – una soluzione definitiva», in quanto questa «spetta unicamente al legislatore, il quale, avendo di mira, nel rispetto della Costituzione, la tutela della libertà dei singoli e la tutela della sicurezza dei singoli e della collettività, potrà 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 e, dall'altra, i casi e modi nei quali i rilievi segnaletici, che importino ispezione personale, ai sensi dello stesso articolo, possano essere compiuti a norma del secondo e del terzo comma del medesimo art. 13». Su questa sentenza v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., pp. 179 e 203, nota 17, che critica sia il riferimento al *quantum* di lesione della libertà fisica che l'utilizzo del criterio della degradazione giuridica.

40. Nella sentenza Corte cost. 13/1972 la Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 15, co. 2, t.u.l.p.s. – in base al quale l'autorità di pubblica sicurezza può disporre l'accompagnamento coattivo per mezzo della forza pubblica nei propri uffici della persona che già era stata invitata a comparire e non si era presentata – ha escluso che un atto coercitivo come questo, che per ammissione della stessa Consulta incide sulla libertà personale, debba essere oggetto di un procedimento di convalida *ex art.* 13, co. 3 Cost., in quanto «il provvedimento incide in modo del tutto temporaneo» sulla libertà personale. La Corte costituzionale ha quindi distinto le misure *durature*, che *privano* della libertà personale, da quelle *temporanee*, che *limitano*: non vi è dubbio che ogni forma di detenzione rientra nella prima categoria mentre altri atti tipici (come le ispezioni e le perquisizioni) e atipici (ad esempio i rilievi segnaletici) rientrano nella seconda. La sentenza *de qua*, pur criticabile per aver ammesso che un atto che incide in modo «del tutto temporaneo» sulla libertà personale non è soggetto al rispetto delle garanzie e dei limiti di cui all'art. 13 Cost., conferma l'ineludibilità di tali garanzie e limiti con riferimento a misure che privano della libertà personale in modo non «del tutto temporaneo».

di frontiera), ha comunque sentito l'esigenza costituzionale di istituire un procedimento di convalida sul modello dell'art. 13, co. 3 Cost.⁴¹.

In ultima analisi è da ritenersi che il trattenimento nei locali della polizia di frontiera incida sempre sulla libertà personale e sia sempre illegale, in quanto non è fondato su una disposizione di legge che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. L'unica ipotesi di trattenimento legale dello straniero fermato ai valichi di frontiera è quella prevista dall'art. 14, co. 1 TU, che consente il trattenimento nei CPR quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, fermo restando che se tale trattenimento in un Centro non è possibile, il questore (evidentemente, dopo l'avvenuto ingresso) ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di sette giorni (art. 14 co. 5-*bis* TU).

7. Alcune ipotesi di tutela giurisdizionale

Date queste premesse, possiamo formulare alcune ipotesi di tutela giurisdizionale.

Come si è detto il regime giuridico del respingimento è il frutto di un'integrazione tra norme europee e norme interne. In linea di principio, qualora fosse posto in essere un respingimento in occasione di un ingresso di breve durata a causa della mancata soddisfazione di una condizione di ingresso prevista dal codice delle frontiere Schengen (ad esempio, lo straniero era stato previamente segnalato al SIS), la polizia di frontiera applica le norme del regolamento europeo. Si è già posto in evidenza che il codice delle frontiere Schengen non prevede espressamente il potere di trattenimento da parte della polizia di frontiera. È vero che il codice, prevedendo tra le funzioni della polizia di frontiera la vigilanza affinché lo straniero respinto non entri nel territorio dello Stato (art. 14, co. 4 del codice) e affermando che le misure adottate nell'esercizio di tali funzioni devono rispettare il principio di proporzionalità (art. 7, par. 1 del codice), è stato da taluni interpretato come facoltizzante la detenzione amministrativa⁴². Queste disposizioni dovrebbero però essere lette in combinato disposto con l'allegato V, parte A, par. 2, lett. b) del codice, secondo il quale le misure volte a impedire l'ingresso prima del respingimento sono adottate dalla polizia di frontiera *nel rispetto del diritto nazionale* e tenendo conto delle circostanze locali. Tra le norme interne che devono essere rispettate vi è l'art. 13 Cost., per cui la misura del trattenimento dovrebbe essere prevista dalla legge e

41. Sui dubbi di legittimità costituzionale relativi a questa disposizione v. E. Valentini, L. Gennari, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 80.

42. In questo senso v. D. Wilsher, *op.cit.*, p. 142.

adottata o convalidata dall'autorità giudiziaria. Da ciò discende che, in base al diritto vigente, il giudice adito può dichiarare il trattenimento illegittimo.

Qualora poi il giudice non ritenesse la disciplina europea vigente chiara e con significato univoco, questi nel giudizio sulla legittimità del decreto di respingimento adottato *ex art. 14* del codice delle frontiere Schengen e del trattenimento (posto in essere *ex art. 7* del medesimo codice) potrebbe adire in via pregiudiziale la Corte europea di giustizia per conoscere l'interpretazione dell'*art. 7, par. 1* e dell'*art. 14, parr. 2 e 4* del regolamento europeo alla luce dell'*art. 6* della Carta dei diritti (diritto alla libertà e alla sicurezza). Il significato e la portata dell'*art. 6* della Carta dei diritti è equivalente a quello proprio del corrispondente *art. 5 CEDU*, secondo quanto previsto dall'*art. 52, par. 3* della Carta dei diritti. In base al criterio "quantitativo" elaborato dalla Corte di Strasburgo, verosimilmente verrebbe ritenuta non incisiva della libertà fisica la detenzione nelle zone di transito aeroportuale per un periodo di tempo ragionevolmente breve e con certe modalità detentive (tali cioè da assicurare la comunicazione con l'esterno, l'assistenza legale e la libertà di movimento). La Corte di Lussemburgo a nostro avviso dovrebbe rilevare l'invalidità dell'*art. 14* del codice delle frontiere Schengen nella parte in cui non prevede un termine preciso entro il quale il decreto di respingimento deve essere eseguito, e dichiarare altresì che l'*art. 7* del codice, per la sua genericità, non è una norma idonea a fondare un potere di trattenimento che restringa la libertà personale (ossia, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, un trattenimento "lungo" e in appositi locali della polizia di frontiera, con conseguenti limitazioni nella comunicazione con l'esterno, nell'assistenza legale e nella libertà di movimento): tale restrizione dovrebbe essere regolata nel rispetto del principio di legalità sostanziale e delle garanzie di cui all'*art. 5 CEDU*⁴³.

Parimenti nel caso in cui fosse oggetto di impugnazione un decreto di respingimento alla frontiera adottato in applicazione dell'*art. 10, co. 1, TU*, il giudice adito potrebbe ritenere che il trattenimento per qualunque durata sia illegale in quanto disposto in carenza di una norma di legge che sia conforme all'*art. 13 Cost.* Qualora poi fosse adita in via incidentale la Corte costituzionale per un giudizio relativo alla legittimità dell'*art. 10, co. 3 TU*, in cui si lamentasse che la formula «immediatamente» riferita alla «presa in carico» dello straniero da parte del vettore e all'esecuzione del respingimento violi il principio di tassatività, la Corte con una sentenza monito potrebbe evidenziare la carenza di un termine definito per l'esecuzione del decreto di respingimento e, altresì, rilevare

43. La detenzione funzionale a evitare un ingresso illegale nell'Unione europea è facoltizzata dall'*art. 5, par. 1, lett. f)*, CEDU. L'*art. 5, par. 1* CEDU prevede però che la limitazione della libertà può aver luogo solo nei modi previsti dalla legge, mentre l'*art. 5, par. 3* CEDU prescrive che la persona «deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura».

l'illegalità del trattenimento nei locali della polizia di frontiera in carenza di una norma di legge attributiva del potere che rispetti le garanzie dell'art. 13 Cost.

Se infine fosse posto in essere un respingimento ascrivibile sia alla norma interna, che alla norma europea (nell'ipotesi di un ingresso per un soggiorno di breve periodo, cui segua il respingimento per carenza di una delle condizioni di ingresso previste sia dal codice frontiere Schengen che dal Testo unico), in linea di principio il giudice comune dovrebbe poter adire una delle due Corti *ad libitum*, a seconda che invochi l'applicazione della norma europea o della norma interna, anche se dalla sentenza Corte cost. 269/2017 potrebbe evincersi un *favor* per la priorità del giudizio di legittimità costituzionale sulla norma interna, cui successivamente potrebbe far seguito un rinvio pregiudiziale – eventualmente anche da parte della stessa Corte costituzionale – alla Corte europea di giustizia⁴⁴.

8. Una ipotesi di adeguamento della disciplina del respingimento alla frontiera alla Costituzione

Ipotizziamo che il legislatore modifichi l'art. 10 TU, attribuendo alla polizia di frontiera il potere di trattenere lo straniero nei locali della stessa o nella zona di transito. Se come si è sostenuto tale decreto, alla luce di Corte cost. 105/2001, incide sulla libertà personale, allora dovrebbe essere introdotto un giudizio di convalida del decreto di trattenimento conforme a quello attualmente vigente con riferimento al decreto di respingimento differito e al decreto di accompagnamento alla frontiera, che prevedono la sospensione dell'esecuzione fino al compimento del giudizio di convalida (art. 10, co. 2-*bis*, TU e art. 13 co. 5-*bis* TU)⁴⁵. Nel giudizio di convalida dovrebbe trovare applicazione quell'indirizzo giurisprudenziale in base a cui è da ritenersi nullo l'atto oggetto del giudizio se non sono state comunicate le modalità con cui presentare la domanda di protezione internazionale, o se è stata omessa la traduzione dell'atto in una lingua conosciuta dallo straniero⁴⁶.

44. La sentenza 269/2017 afferma la priorità del giudizio di legittimità costituzionale nell'ipotesi di “doppia pregiudizialità” relativamente alla medesima disposizione di legge o di atto avente forza di legge, laddove invece nell'ipotesi in esame il giudice potrebbe adire alternativamente due Corti diverse con riferimento a due disposizioni diverse, una di diritto eurounitario e una di diritto interno.

45. Questa soluzione garantista dovrebbe tuttavia lasciare salva la possibilità per lo straniero di anticipare l'esecuzione del respingimento. Se infatti per assurdo la legge ritenesse obbligatorio per lo straniero attendere il giudizio di convalida, si assisterebbe al paradosso per cui, con l'intento di assicurare una garanzia granitica della libertà personale (consentendo la presenza del soggetto in udienza), si imporrebbe allo straniero di subirne una compressione per un tempo più lungo rispetto a quello che subirebbe attraverso l'adesione a un rimpatrio volontario, magari eseguito in poche ore.

46. V. in questo senso Cass. civ., sez. VI, 14.12.2016, n. 25767/2016, est. Bisogni. In senso contrario, però, con specifico riferimento alla rilevanza dell'omessa traduzione, v. Cass. civ., sez. I, n. 17144 del 17.8.2016.

Ipotizziamo invece che la disposizione di legge preveda che l'esecuzione del decreto non sia sospesa fino al compimento del giudizio di convalida e che tale giudizio sia *eventuale*, da tenersi nel solo caso in cui il decreto di respingimento non sia stato eseguito entro il termine di quarantotto ore dalla sua adozione (o anche entro un termine inferiore stabilito dalla legge). Questa ipotetica disposizione dovrebbe essere ritenuta illegittima sia nell'ipotesi di condizioni di trattenimento "rigide" (ossia con obbligo di soggiornare nei locali della polizia di frontiera, sorveglianza armata, limitazioni nella comunicazione con l'esterno e nell'accesso all'assistenza legale), che di condizioni di soggiorno non rigide (con accesso all'assistenza legale e libertà di comunicazione e di movimento nella zona transiti), in quanto – ad avviso di chi scrive – il trattenimento *soft* è sempre una forma di detenzione amministrativa che incide sulla libertà personale, in forza dei principi di cui a Corte cost. 105/2001. D'altro canto abbiamo già evidenziato che, in un ipotetico rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per conoscere l'interpretazione dell'art. 14, parr. 2 e 4, e dell'art. 7, par. 1 del codice delle frontiere Schengen, la Corte di giustizia potrebbe fare applicazione del criterio "quantitativo", che collega la *durata* del trattenimento ai *modi* della restrizione, e potrebbe affermare che un trattenimento relativamente breve (in particolare se di durata inferiore alle quarantotto ore previste dall'art. 13, co. 3 Cost.) e con modalità detentive non rigide (facoltà di comunicare con l'esterno, assistenza legale e relativa libertà di movimento) incida sulla libertà di circolazione e non sulla libertà fisica *ex art. 6* della Carta dei diritti.

L'imperativo di uguaglianza non consente di ipotizzare due diversi regimi giuridici. In un giudizio avente ad oggetto un istituto "di confine" tra gli ordinamenti come il respingimento alla frontiera, si rende necessaria una lettura integrata, sistemica e non frazionata del contenuto del diritto di libertà personale, al fine di «assicurare la massima espansione delle garanzie esistenti di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati» (Corte cost. sent. 202/2013). In questa prospettiva, due sono le soluzioni ipotizzabili.

La prima, coerente con l'esigenza di «espansione delle garanzie» e con il principio del primato della Costituzione sulla CEDU nel giudizio di legittimità costituzionale (Corte cost. sentt. 348/2007 e 349/2007), è nel senso della prevalenza dello standard costituzionale interno, che non sembra ammettere forme di trattenimento che non incidano sulla libertà personale, da cui discenderebbe l'esigenza di una norma che rispetti le garanzie di cui all'art. 13 Cost. nella regolazione del trattenimento ai valichi di frontiera. Tale prevalenza può essere assicurata non solo nel giudizio di legittimità costituzionale della norma interna (l'art. 10, co. 2-*bis* TU), ma anche in un ipotetico giudizio di legittimità costituzionale della norma europea, oggetto del giudizio per il tramite della legge di esecuzione del trattato, invocando la teoria del «controlimiti», a cui è sicuramente

da iscriversi la libertà personale. Ci sarebbe tuttavia da chiedersi se vi siano i presupposti per una simile pronuncia, che implicherebbe l'utilizzo di uno strumento fortemente invasivo (l'applicazione dei «controlimiti») in presenza di una compressione lieve e limitata nel tempo del diritto di libertà personale.

La seconda soluzione ipotizzabile è invece che la Corte costituzionale aderisca al criterio “quantitativo” elaborato dalla Corte EDU, in particolare differenziando il trattenimento nei locali della polizia di frontiera, che sicuramente incide sulla libertà personale, dal «confinamento» nelle zone di transito: quest'ultimo, se la legge prevede un termine di breve periodo e assicura la facoltà di comunicare con l'esterno, l'assistenza legale e una relativa libertà di movimento, sarebbe considerato restrittivo della libertà di circolazione. La Corte in tal modo innoverebbe la propria giurisprudenza, in particolare rispetto alla sentenza Corte cost. 105/2001, facendo applicazione della tecnica del *distinguishing*. La premessa sarebbe che la restrizione della libertà di circolazione sembra implicare un *non facere*, più che un *patis*⁴⁷; essa pare incidere sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso)⁴⁸, più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo: sulla base di questi assunti, la Consulta potrebbe affermare che mentre allo straniero trattenuto sul territorio nazionale viene imposto un *patis*, di contro allo straniero che sia stato fermato ai valichi di frontiera e “confinato” nella zona di transito viene imposto soprattutto un *non facere*. Il *patis* diventerebbe dominante, e convertirebbe il «confinamento» in trattenimento (con conseguente applicazione dell'art. 13 Cost.), solo se è non di breve durata e se ha luogo in condizioni rigide. Tale ipotetica decisione sarebbe coerente con la giurisprudenza della Corte EDU e si collegherebbe non alla giurisprudenza costituzionale consolidata che assicura una garanzia granitica del corpo dell'individuo rispetto agli atti coercitivi, ma alle controverse decisioni (Corte cost. 30/1962; Corte cost. 13/1972) in cui si esclude che vi fosse una lesione della libertà personale per il carattere lieve, esteriore, momentaneo o «del tutto temporaneo» della restrizione.

Fermo restando che l'eventuale determinazione del termine di trattenimento “breve” entro cui si esclude la necessità della convalida giurisdizionale sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore, è comunque possibile elaborare alcuni criteri.

Sicuramente non sarebbe pensabile un trattenimento – quali che ne siano le modalità – di durata superiore a quarantotto ore che non sia soggetto a controllo giurisdizionale. Infatti l'art. 13, co. 3, Cost. individua uno iato di massimo quarantotto ore tra il momento

47. Su questa distinzione come criterio per circoscrivere gli ambiti di applicazione degli artt. 13 e 16 Cost. cfr. E. Aliotta, *In tema di costituzionalità dei provvedimenti emessi dalle commissioni per l'ammonizione ai sensi degli articoli 164 e segg. del T.U. delle leggi di P.S. (artt. 13 e 16 della Costituzione)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, II, p. 406 ss.

48. Così, con specifico riferimento al respingimento alla frontiera, M. Cuniberti, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, cit., p. 822.

in cui l'autorità di pubblica sicurezza adotta il provvedimento limitativo della libertà personale e il momento in cui esso è comunicato all'autorità giudiziaria ai fini della convalida: la sanzione per il mancato rispetto del termine è che il provvedimento si intende revocato e privo di ogni effetto. A questo modello è conforme l'art. 14, co. 5 TU, che disciplina la convalida del decreto questorile di trattenimento in un CPR. Degno di nota è inoltre, tra le fonti internazionali, l'art. 7 dei principi di base sul ruolo degli ordini forensi, adottati dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei colpevoli (Avana, Cuba, 27 agosto - 7 settembre 1990), con cui si prevede che l'intervallo tra l'inizio della privazione della libertà personale e l'accesso ad un avvocato deve essere breve, e in ogni caso deve avere luogo entro quarantotto ore dal momento in cui è iniziata la privazione della libertà personale⁴⁹. Ciò è coerente anche con la prassi, secondo la quale di regola il trattenimento nelle zone di transito ai valichi di frontiera aeroportuale ha, in Italia come in altri Paesi, una durata non superiore ad uno o due giorni⁵⁰.

Vi sono tuttavia altri indici – alcuni di *soft law* – dai quali sembra potersi evincere il termine inferiore di ventiquattro ore. Ancor più garantista rispetto all'art. 13, co. 3, Cost. è infatti il codice di procedura penale, in base al quale il soggetto arrestato o fermato deve essere messo a disposizione del Pubblico ministero entro ventiquattro ore (diversamente il provvedimento diviene inefficace: art. 386, co. 3 c.p.p.), anche se la convalida dell'atto da parte del GIP deve sempre aver luogo entro quarantotto ore dall'adozione del provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza. Parimenti l'art. 11 d.l. n. 89/1978, convertito nella legge n. 191/1978, prevede che è nel potere dell'autorità di pubblica sicurezza accompagnare negli uffici di polizia la persona che si rifiuti di declinare le proprie generalità o con riferimento alla quale vi sia il fondato sospetto che abbia fornito false generalità. Il soggetto può essere trattenuto per il tempo necessario per l'identificazione e, comunque, per non più di ventiquattro ore. Dell'accompagnamento è data comunicazione al Pubblico ministero, che può disporre l'immediato rilascio qualora ravvisi l'insussistenza dei presupposti. Tra le regole informali viene in evidenza la circolare del Ministero dell'interno con la quale si è previsto che, in base al metodo *hotspot*, tutti i migranti devono sbarcare in uno dei punti di crisi affinché possano essere garantite nell'arco di 24/48 ore

49. L'art. 7 dei *Basic Principles on the Role of Lawyers* prevede che «Governments shall further ensure that all persons arrested or detained, with or without criminal charge, shall have prompt access to a lawyer, and in any case not later than forty-eight hours from the time of arrest or detention».

50. Con specifico riferimento al Regno Unito v. G. Clayton, *Immigration and asylum law*, cit., p. 536, che evidenzia come il trattenimento di regola non dura più di una notte. Per ciò che concerne il caso italiano, il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 4, rivela che solo in una minoranza di casi il trattenimento ha una durata uguale o superiore alle tre giornate: v. *supra*, nota 24.

le operazioni di *screening* sanitario, pre-identificazione (con accertamento di eventuali vulnerabilità), registrazione e fotosegnalamento per ingresso illegale (categoria Eurodac 2)⁵¹. *Last but not least*, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura ha affermato che il soggiorno temporaneo (e forzato) dello straniero nelle aree di transito deve avere una durata ragionevole e proporzionata e, comunque, non deve superare le ventiquattro ore⁵².

Qualora il legislatore decidesse di introdurre il trattenimento ai valichi di frontiera, dovrebbe prevederne anche i modi, nel rispetto degli standard costituzionali e internazionali vigenti con riferimento ai soggetti trattenuti. Giova ricordare che la pena – e peraltro si deve ricordare che lo straniero non è un criminale – non può essere contraria al senso di umanità (art. 27, co. 3 Cost.); che la Corte EDU ha precisato che la detenzione amministrativa deve aver corso in luoghi e condizioni adeguati (Corte EDU, *Hokic e Hrustic v. Italy*, ric., n. 3449/05, 1.12.2009, punto 22); che, secondo gli standard adottati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, dovrebbero essere forniti allo straniero mezzi adeguati al riposo notturno, dovrebbe essere garantito l'accesso alle valigie e a servizi sanitari e igienici attrezzati, e lo stesso dovrebbe esser messo in condizione di fare esercizio fisico all'aria aperta su base giornaliera (standard CPT, par. 26).

Rimane quindi da esaminare il tema dell'accompagnamento coattivo dello straniero a bordo del vettore. Come si è evidenziato, il decreto di respingimento ha effetto obbligatorio e non può essere eseguito con accompagnamento da parte della forza pubblica. Un'eventuale norma di legge che prevedesse l'accompagnamento coattivo dovrebbe quindi, secondo la giurisprudenza costituzionale già richiamata, prevedere la convalida giurisdizionale del decreto che lo dispone, secondo quanto previsto dall'art. 13, co. 3 Cost.

9. Tesi secondo la quale i diritti dello straniero possono essere limitati o sacrificati nell'area internazionale degli aeroporti, che non sarebbe parte del territorio nazionale: i casi francese, australiano e ungherese

Il secondo paradigma argomentativo utilizzato per sostenere che la restrizione (o privazione) dei diritti fondamentali non viola norme costituzionali e internazionali è quello

51. Si veda la circolare del Ministero dell'interno diramata il 6.10.2015 (prot. n. 14106); sul punto v. anche G. Savio, *Il trattamento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, in www.asgi.it, p. 3.

52. Si veda il «Rapport au Gouvernement de la Belgique relatif à la visite effectuée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) en Belgique du 31 août au 12 septembre 1997», par. 45; sul punto v. anche le osservazioni contenute in Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, in www.asgi.it, p. 2.

secondo cui tali norme non sarebbero efficaci nell'area internazionale o di transito dell'aeroporto, che non sarebbe parte del territorio nazionale⁵³. La tesi non è nuova, essendo stata sostenuta dal Governo francese proprio nel giudizio della sentenza *Amuur*. Al fine di inibire la presentazione e l'esame delle domande di asilo le frontiere sono sovente, a seconda della scelta politica, ampliate o ristrette. L'ampliamento si ha con i respingimenti in alto mare o negli aeroporti stranieri (attraverso l'invio di funzionari nazionali per coadiuvare l'opera di quelli dell'aeroporto straniero da cui partono i voli)⁵⁴; la contrazione, invece, si realizza con la tecnica dell'*escissione* di una parte del territorio nazionale⁵⁵. L'escissione delle "zone internazionali" aeroportuali, così come di isole e di porzioni di territorio di confine, divenuti luoghi di raccolta degli stranieri irregolarmente presenti, è divenuta di attualità in tempi recenti a causa delle politiche migratorie dell'Australia, dell'Ungheria e, limitatamente ai valichi aeroportuali, dell'Italia.

La prima esperienza che viene in evidenza è quella francese, da cui ha tratto origine il fatto della sentenza *Amuur*. In quella vicenda i richiedenti asilo erano giunti dalla Siria all'aeroporto di Orly il 9 marzo 1992, ed erano rimasti detenuti per venti giorni nell'Hotel Arcade, vicino ad Orly. Gli stranieri, che avevano adito il giudice competente presso il Tribunale di Creteil il 26 marzo, censurando la restrizione della propria libertà personale e il diniego dell'esercizio del diritto di asilo, furono allontanati il 29 marzo, dopo venti giorni di trattenimento. Due giorni dopo l'allontanamento, il 31 marzo, il presidente del Tribunale di Creteil con un provvedimento provvisorio dichiarò illegittima la detenzione e ordinò il loro rilascio. Di fronte alla Corte di Strasburgo il Governo francese sostenne che il fatto si era verificato nella zona internazionale o di transito, in cui lo Stato francese non sarebbe stato soggetto al rispetto degli obblighi internazionali. La Corte EDU nella sentenza *Amuur* ha avuto modo di evidenziare che il definire una parte dell'aeroporto, del confine, o del territorio come "zona internazionale" non comporta l'espunzione dello stesso

53. La tesi è stata sostenuta da ufficiali della polizia di frontiera come motivazione del diniego di ingresso nella zona di transito ai fini del colloquio con il proprio assistito: sul punto v. Aghi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., p. 7.

54. Si pensi in particolare all'Australia, che invia specialisti nell'esame dei documenti di viaggio (*Australian airline Liaison officers*) nei principali aeroporti dell'Asia e del Medio Oriente da cui trae origine un rilevante flusso migratorio: sul punto v. S. Taylor, *Offshore Barriers to asylum seeker movement: the exercise of power without responsibility?*, in J. McAdam (ed.), *Forced migration, Human rights and security*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2008, p. 93 ss.

55. Sull'utilizzo di questa duplice tecnica v. A. Ataner, *Refugee Interdiction and the Outer Limits of Sovereignty*, in *Journal of law and equality*, 2004, p. 26.

dal territorio nazionale, e che di conseguenza anche in quei luoghi trova applicazione la CEDU⁵⁶.

Vi sono anche modelli ed esperienze di escissione più recenti e attuali. Si pensi al caso australiano. Nel 2001, con l'entrata in vigore dell'*Excision Act*, numerose isole all'interno del mare territoriale sono state qualificate come esterne alla *migration zone* – prevista dalla legge australiana sull'immigrazione del 1954 – con la finalità di arginare il fenomeno degli arrivi “irregolari” di richiedenti asilo⁵⁷. La legge del 1954 integra obblighi dello Stato nei confronti dei migranti ed è altresì l'atto normativo con cui si è data esecuzione alla Convenzione di Ginevra. Così gli stranieri in arrivo via mare, privi della regolare documentazione per l'ingresso, sono condotti verso queste isole: ciò consente allo Stato australiano di eludere gli obblighi internazionali tra i quali viene in evidenza, *in primis*, il principio di *non refoulement*. I migranti sono interrogati da funzionari australiani o dell'UNHCR in ordine alle ragioni della loro fuga e sono poi incanalati verso un sistema di asilo deficitario, in carenza di assistenza legale e di Centri di informazione governativi. Nel 2006 il modello australiano di escissione è stato ulteriormente perfezionato. Il “successo” della politica di escissione ha portato il partito laburista, ostile a un'iniziativa legislativa di analogo contenuto quando era all'opposizione, a perseguire e conseguire l'approvazione di una legge in base a cui tutto il territorio australiano è stato escisso. Ciò consente la deportazione nelle isole anche di chi arriva nell'Australia continentale e manifesta la volontà di presentare una domanda di protezione internazionale. Il territorio nazionale è rimasto invariato: si tratta quindi di una *fictio iuris* volta ad eludere il rispetto degli obblighi internazionali, costituzionali e legislativi, con particolare riferimento all'accesso alle procedure legali di asilo e agli istituti di revisione giudiziale delle decisioni amministrative sull'asilo. Nonostante alcune decisioni dell'Alta Corte abbiano inteso limitare queste pratiche amministrative eccezionali, l'accesso alle procedure legali di asilo e alla revisione giudiziale delle decisioni continua a essere l'esito di una decisione discrezionale del Ministro dell'immigrazione⁵⁸.

Un modello analogo è quello ungherese. La barriera all'accesso all'asilo è in questo caso sia fisica che giuridica. L'Ungheria ha costruito, nell'estate del 2015, due recinzioni

56. Cfr. par. 52 della sentenza *Amuur*: «the Court notes that even though the applicants were not in France within the meaning of the Ordinance of 2 November 1945, holding them in the international zone of Paris-Orly Airport made them subject to French law. Despite its name, the international zone does not have extraterritorial status».

57. Si veda il *Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provision) Act 2001*, No. 127/2001.

58. Sul modello australiano, *ex plurimis*, v. A. Fischer-Lescano, T. Lohr, T. Todhidipur, *Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2009, p. 256 ss., in part. p. 262 ss.; A. Vogl, *Over the Borderline: A Critical Inquiry into the Geography of Territorial Excision and the Securitisation of the Australian Border*, in *University of South Wales Law Journal*, 2015, p. 121 ss.

lungo il confine con la Serbia della lunghezza di 175 km (e del costo di 100 milioni di euro). Gli stranieri sono fermati a due posti di controllo, collocati lungo la barriera al confine con la Serbia, e in seguito sono fatti entrare in una zona di transito (un villaggio chiuso di contenimento), situata nei sessanta metri tra i posti di blocco e la barriera “interna”. L’Ungheria consente l’ingresso a un solo straniero al giorno nella zona di transito. La barriera legale discende dal fatto che la recinzione e le zone di transito sono qualificate come “terra di nessuno”, e da ciò discenderebbe, secondo lo Stato ungherese, l’inefficacia delle norme europee e internazionali in tema di protezione internazionale. Fino al 28 marzo 2017 è stata in vigore una procedura accelerata di asilo, in base alla quale i funzionari avevano otto giorni di tempo per decidere sull’ammissibilità della domanda (anche se spesso le decisioni erano prese in meno di un’ora, dopo un’audizione di pochi minuti)⁵⁹. Lo straniero si trovava fisicamente impossibilitato ad entrare in Ungheria, trattenuto nella “terra di nessuno” anche per sei mesi e legalmente menomato nell’esercizio dei diritti derivanti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, *in primis* del diritto di asilo.

La Corte EDU ha ritenuto che la detenzione di alcuni migranti per ventitré giorni nella “terra di nessuno” sia stata in violazione dell’art. 5 CEDU. Anche in questo caso non ha aderito alla tesi secondo la quale ad essere compressa sarebbe stata la libertà di circolazione, respingendo l’argomento per cui sarebbe stato precluso solo l’ingresso in Ungheria e non l’uscita dalla “terra di nessuno” in altre direzioni. La Corte di Strasburgo ha inoltre sostenuto che la detenzione sia stata priva di base legale. Essa ha altresì rilevato la violazione dell’art. 3 CEDU, in combinato disposto con l’art. 13 CEDU, in quanto vi sarebbe stata una sostanziale impossibilità di ottenere tutela giudiziale avverso un (inesistente) provvedimento di detenzione. Essa ha infine accertato la violazione dell’art. 3 CEDU: il rischio di un trattamento inumano e degradante sarebbe derivato sia dalla qualificazione della Serbia come Paese sicuro (in base a un decreto del 2015), in contrasto con i rapporti di accreditate organizzazioni internazionali, e sia dal fatto che in quella vicenda si profilava un probabile rinvio a catena degli stranieri dall’Ungheria alla Serbia e dalla Serbia alla Grecia (Corte EDU, fourth section, *Ilias and Ahmed v. Hungary* ricorso n. 47287/15, 14.3.2017).

La procedura “iperaccelerata”, in vigore dal settembre 2015, è stata temporaneamente sospesa il 28 marzo 2017 ed è stata sostituita da una nuova procedura “ordinaria”, la cui idoneità ad assicurare l’effettività del diritto di asilo rimane comunque dubbia, essendo rimasti in piedi i capisaldi della politica di contenimento: le barriere, le

59. Cfr. A. Binetti Armstrong, *Chutes and Ladders: Nonrefoulement and the Sisyphean Challenge of Seeking Asylum in Hungary*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2019, p. 64.

zone di transito, il ridottissimo accesso alle stesse, la qualificazione della Serbia come terzo Paese sicuro. In base a questa nuova procedura, i funzionari competenti verificano in primo luogo l'applicabilità del regolamento di Dublino. Qualora il regolamento non sia applicabile, e non sia quindi possibile trasferire lo straniero in un altro Paese europeo, i funzionari devono decidere entro quindici giorni sull'ammissibilità, che dipende da vari fattori, incluso l'eventuale passaggio in un Paese terzo sicuro (come la Serbia). Se lo straniero non ha presentato domanda immediatamente all'ingresso della zona di transito, viene respinto dall'altra parte della recinzione; inoltre, in base alle nuove norme, la domanda non è accolta se lo straniero non presenta immediatamente la documentazione richiesta. Infine, lo straniero ha a disposizione appena tre giorni per impugnare la decisione di inammissibilità. Questa nuova legge impone peraltro di rimanere nelle zone di transito fino all'espletamento della procedura, che può durare da tre a sei mesi⁶⁰. Date queste premesse, non stupisce che le domande di asilo accolte siano poche centinaia all'anno. Come è stato evidenziato, le più recenti leggi e politiche dell'Ungheria violano le norme internazionali ed eurounitarie sulla protezione internazionale e il divieto di *refoulement*, e così facendo hanno trasformato la richiesta di asilo in un «gioco di scivoli e scale», in cui lo straniero, semplicemente, «non può vincere»⁶¹.

10. Segue: le norme italiane e internazionali e le zone di transito

In ultima analisi le zone di transito alla frontiera, così come gli *hotspot* al tempo dei trattenimenti *de facto*, sono il luogo (o non luogo) in cui, attraverso una *fictio iuris*, si evita l'applicazione del diritto costituzionale e internazionale. Con specifico riferimento all'Italia tale tesi si pone in conflitto in primo luogo con il diritto positivo nazionale: secondo l'art. 2 Cost., la Repubblica *ricosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo; in base all'art. 2, co. 1, TU, «allo straniero *comunque presente alla frontiera* o nel territorio dello Stato sono *ricosciuti* i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle Convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti»⁶². In questo senso si è pronunciata anche la Corte d'appello di Milano (sentenza n. 1292/2018), secondo la quale quando lo straniero si trova nell'area di transito è già nel territorio nazionale, con tutto ciò che ne deriva in ordine al rispetto degli obblighi costituzionali e internazionali⁶³.

60. Cfr. A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 66.

61. Cfr. A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 48.

62. Sull'incompatibilità della *fictio iuris* prospettata in relazione alle zone di transito con l'art. 2 TU v. le osservazioni di P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., pp. 284-285.

63. Su questa sentenza v. Asgi, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit.

Ad analoghe conclusioni si giunge in base alle fonti internazionali. In questo senso depone la lettera della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, la quale chiarisce che gli obblighi internazionali si applicano su tutto il territorio nazionale, se non è specificato diversamente⁶⁴. Con riferimento alle zone aeroportuali l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, nel rapporto del 12 settembre 1991 sull'arrivo dei richiedenti asilo negli aeroporti europei, ha posto in evidenza come le cosiddette zone internazionali sono parte del territorio nazionale, nelle quali lo Stato, esercitando poteri sovrani, è soggetto ad obblighi costituzionali e internazionali⁶⁵. *Last but not least*, argomenti inequivoci sono prospettati nella sentenza *Amuur*, in cui sono stati accolti gli assunti del citato rapporto del Consiglio d'Europa, e si è quindi negata l'ammissibilità di tale *fictio iuris*.

In ogni caso, ragionando per assurdo, se anche muovessimo dalla premessa secondo cui le "zone internazionali" non sarebbero parte del territorio nazionale, giova ricordare che per la Corte EDU, in base all'art. 1 CEDU, secondo il quale gli Stati contraenti «riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro *giurisdizione* i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo» della Convenzione, lo Stato può essere reputato responsabile per gli atti adottati anche al di fuori del territorio nazionale. Questo principio è chiaramente affermato nella sentenza Corte EDU, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, ric. n. 27765/09, 23.2.2012, sui respingimenti in mare, in cui la Corte ha ricordato che, secondo giurisprudenza consolidata⁶⁶, si presume che la giurisdizione incontri il limite del territorio nazionale, ma che in casi eccezionali gli atti posti in essere – o produttivi di effetti – al di fuori di tale territorio, possono costituire esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (parr. 71 e 72 sent. *Hirsi*). Ogni qual volta uno Stato eserciti «controllo e autorità» su un individuo, esercita giurisdizione (par. 74 sent. *Hirsi*)⁶⁷.

64. Sul punto v. le osservazioni di A. Edwards, *The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees*, in *International and comparative law quarterly*, 2008, p. 808.

65. Cfr. Sent. *Amuur*, par. 26: «Asylum-seekers are detained in a so-called international zone at the airport, which means that they are not yet on French territory and the French authorities are therefore not under a legal obligation to examine the request as they would be if a request was made by someone already on French territory. The international zone has no legal background and must be considered as a device to avoid obligations».

66. Si veda, con riferimento al caso Ocalan, la sentenza Corte EDU *Ocalan v. Turkey*, ric. n. 46221/99, 12.5.2005; con riferimento agli atti adottati nei confronti di attivisti turchi in Kenya, si veda la sentenza Corte EDU *Issa v. Turkey*, ric. n. 31821/96, 16.11.2004. Anche nella sentenza Corte EDU *Xhavara e altri v. Italy and Albania*, ric. n. 39473/98, 11.1.2001, originata da una collisione in mare tra una nave della marina militare italiana e una cosiddetta "carretta del mare" trasportante migranti, in seguito a cui morirono cinquantotto persone, il caso fu dichiarato inammissibile per mancato esaurimento dei rimedi interni, ma fu anche affermato che l'Italia stava esercitando la propria giurisdizione e che, se il merito fosse stato esaminato, sarebbe venuta in rilievo l'eventuale violazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU). Per una ricostruzione di questi precedenti v. B. Vandvik, *Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect: A View from ECRE*, in *Amsterdam law forum*, 2008, p. 30.

67. Sul punto v. E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in E. Feller, V. Tirk, F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on*

11. La prassi del respingimento degli stranieri cui sia stato revocato o non rinnovato il permesso di soggiorno quando si trovano all'estero: criticità costituzionali

Il permesso di soggiorno «in corso di validità» è un titolo legittimante all'ingresso secondo quanto previsto dal codice delle frontiere Schengen (art. 6, par. 1, lett. b), regolamento 399/2016/UE); parimenti il Testo unico prevede che «per lo straniero in possesso di permesso di soggiorno è sufficiente, ai fini del reingresso nel territorio dello Stato, una preventiva comunicazione all'autorità di frontiera» (art. 4, co. 2 TU). Non vi è dubbio – alla luce delle circolari del Ministero dell'interno – che anche il permesso di soggiorno scaduto unito alla ricevuta della richiesta di rinnovo è un titolo legittimante all'ingresso. La prassi della polizia di frontiera, con riferimento agli stranieri che siano stati titolari del permesso di soggiorno e se lo siano visti revocare o non rinnovare quando si trovavano temporaneamente all'estero, è nel senso di notificare nella zona di transito il provvedimento sfavorevole inerente al titolo di soggiorno e di adottare contestualmente un decreto di respingimento immediato⁶⁸. È certo singolare che la stessa polizia di frontiera consideri la zona di transito una zona “extraterritoriale”, al fine di escludere la titolarità dei diritti costituzionali, e poi ritenga ritualmente notificato il provvedimento proprio nella medesima area. Tuttavia, se si aderisce alla tesi sostenuta in questo scritto secondo cui tali zone aeroportuali sono parte del territorio nazionale, il provvedimento dovrebbe essere ritenuto ritualmente notificato⁶⁹.

Eppure, vi sono altri argomenti in virtù dei quali è da ritenersi che lo straniero regolarmente soggiornante che abbia perduto il diritto al soggiorno abbia comunque, in

International Protection, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 110, secondo i quali «the responsibility of the Contracting State for its own conduct and that of those acting under its umbrella is not limited to conduct occurring within its territory. Such responsibility will ultimately hinge on whether the relevant conduct can be attributed to that State and not whether it occurs within the territory of the State or outside it». V. altresì A. Ataner, op.cit., pp. 28-29: «for the state's self-declared capacity to obstruct her passage by means of coercion is precisely what gives rise to its obligation to entertain her claim. The fact that she happens to be, as yet, outside the state's territorial boundary is, ultimately, irrelevant; what matters is that she has encountered the outer limits of its sovereign power». V. altresì S. Kneebone, *The legal and ethical implications of extraterritorial processing of asylum seekers: the “safe third country” concept*, in J. McAdam (ed.), *Forced migration, Human rights and security*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2008, p. 148, secondo cui «article 33 [non-refoulement obligation] applies to any situation where the State has “effective control” of the asylum seekers». V. infine anche A. Binetti Armstrong, op.cit., p. 88, per cui «a State's obligation to respect the non-refoulement principle is not confined to its territory; it applies wherever the State exercises control. Where a State is deemed to have control, it may only return an asylum seeker to another country if that country will also abide by the principle of *non-refoulement* and allow the individual to seek asylum in accordance with international law».

68. Su questa prassi si veda il *Rapporto sulle visite dei locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera*, a cura del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, cit., p. 16 e Asgi, *Illegittime le espulsioni notificate nelle aree di transito aeroportuali*, in www.asgi.it.

69. La tesi secondo la quale la notifica del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno non produrrebbe effetti nella zona di transito è stata invece sostenuta dalla Corte d'appello di Milano, sent. 1292/2018.

questi frangenti, diritto all'ingresso. Depongono in questo senso l'argomento letterale, l'argomento sistematico e l'interpretazione conforme a Costituzione.

In primo luogo è vero che, come si è detto, il titolo di soggiorno in corso di validità costituisce un titolo legittimante all'ingresso. Deve tuttavia essere evidenziato che in base agli artt. 4 e 10 TU i provvedimenti sfavorevoli inerenti al permesso di soggiorno, adottati in un momento di assenza dal territorio nazionale, non sono espressamente previsti come presupposto del respingimento, né è previsto espressamente il tempo e il luogo nel quale la notifica di tale provvedimento sfavorevole deve essere posta in essere. A ciò si aggiunga che l'art. 13, co. 2, lett. b), TU prevede il rifiuto del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno tra i presupposti dell'espulsione (e non del respingimento). Questo quadro normativo consente quindi l'inveramento di una diversa prassi amministrativa diretta a consentire l'ingresso dello straniero, a notificare il provvedimento inerente al permesso di soggiorno dopo il superamento del valico di frontiera e a procedere eventualmente all'espulsione. Una tale prassi amministrativa, oltre a trovare fondamento nell'interpretazione *a contrariis* delle disposizioni vigenti, appare coerente con l'esigenza di correttezza e di garanzia del reciproco affidamento nelle vicende inerenti all'ingresso e all'allontanamento, che discende da una lettura "contrattuale" dei rapporti tra lo Stato e lo straniero, affermata dalla Corte costituzionale allorché essa ha sottolineato che il principio di «stretta legalità» delle fattispecie espulsive «permea l'intera disciplina dell'immigrazione e ... costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» (Corte cost. ord. 146/2002, sent. 148/2008)⁷⁰.

Neppure può dirsi legittimo il respingimento fondato sull'art. 4, co. 6 TU, in base al quale è precluso l'ingresso agli stranieri che «devono essere espulsi». Tale disposizione legittima il respingimento dello straniero con riferimento al quale sia già stato adottato un provvedimento di espulsione, ma non dello straniero cui sia solo stato notificato il provvedimento sfavorevole inerente al permesso di soggiorno, cui non necessariamente segue l'adozione di un decreto di espulsione. Questo assunto discende in primo luogo dall'art. 12, co. 2, d.p.r. 394/1999, secondo il quale, salvo che debba disporsi il respingimento o l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera, quando il

70. Sul paradigma contrattuale nella letteratura scientifica statunitense v. P. H. Schuck, *The transformation of immigration law*, in *Columbia law review*, 1984, 1 ss., in part. 6 e 44; S. H. Legomsky, *Immigration law and the principle of plenary congressional power*, in *The Supreme Court Review*, 1984, 255 ss.; V. C. Romero, *United States immigration policy: contract or human rights law?*, in *Nova law review*, 2008, p. 309 ss.; Id., *Everyday law for immigrants*, London, Boulder, Paradigm publishers, 2009, p. 5 ss. Ci si consenta altresì di rinviare al nostro R. Cherchi, *I diritti dello straniero e la democrazia*, in *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del Convegno Annuale di Cassino. 10-11 giugno 2016*, collana del Gruppo di Pisa, a cura di V. Baldini, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 190.

permesso di soggiorno è rifiutato il questore concede «un termine, non superiore a quindici giorni lavorativi, per presentarsi al posto di polizia di frontiera indicato e lasciare volontariamente il territorio dello Stato, con l'avvertenza che, in mancanza, si procederà a norma dell'art. 13 del Testo unico». In ultima analisi, di regola, nell'ipotesi del mancato rinnovo (o della revoca) del permesso di soggiorno l'espulsione non è necessaria e inevitabile: lo straniero *può* ma non *deve* essere espulso. Anche nelle altre ipotesi di espulsione, l'adozione del provvedimento non è necessitata perché è l'esito dell'esercizio di poteri discrezionali. I provvedimenti ministeriali di espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 13, co. 1 TU) e per motivi di prevenzione del terrorismo (art. 3, co. 1, l. n. 155/2005) sono espressione di ampia discrezionalità. I provvedimenti prefettizi di espulsione nei confronti di stranieri che sono entrati nel territorio nazionale sottraendosi ai controlli di frontiera e non sono stati respinti (art. 13, co. 2, lett. a), TU), di quelli relativi a stranieri appartenenti a categorie di soggetti pericolosi (art. 13, co. 2, lett. c), TU) e di quelli che devono essere espulsi per vicende inerenti il permesso di soggiorno (e per gli altri presupposti di cui all'art. 13, co. 2, lett. b), TU), non sono più espressione di attività vincolata ma sono anch'essi espressione di una valutazione discrezionale. Il recepimento della direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (cd. direttiva rimpatri) ha infatti portato a prevedere che l'espulsione prefettizia è disposta «caso per caso» (art. 13, co. 2, TU, così modificato dal d.l. n. 89/2011)⁷¹; successivamente la Corte costituzionale con una sentenza additiva ha imposto all'amministrazione competente una valutazione discrezionale che tenga conto dei legami ascrivibili al diritto alla vita privata e familiare (Corte cost. sent. 202/2013). Se quindi l'adozione di un provvedimento di espulsione è sempre e solo eventuale, il disposto di cui all'art. 4, co. 6, TU, secondo il quale «non possono fare ingresso nel territorio dello Stato e sono respinti alla frontiera ... gli stranieri che debbono essere espulsi», deve essere interpretato nel senso che esso fa riferimento alla futura esecuzione di un decreto di espulsione già adottato, e non alla futura (e incerta) adozione di un provvedimento di espulsione non ancora venuto in essere.

Depone nel senso di consentire l'ingresso allo straniero in tali frangenti anche l'interpretazione adeguatrice. Lo straniero cui al rientro da un viaggio sia notificato il diniego di rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno non è un soggetto «estraneo». Al contrario, il titolare di un permesso di soggiorno non rinnovato o revocato è stato regolarmente soggiornante e può aver sviluppato nel territorio nazionale legami ascrivibili a diritti fondamentali, in particolare al diritto alla vita privata e familiare, che come si è anticipato possono costituire un limite al potere di espulsione (Corte cost. sent. 202/2013;

71. V. art. 13, co. 2 TU, così come modificato dall'art. 3, co. 1, lett. c), n. 1), lett. a), del d.l. n. 89/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 129/2011.

Cass., sez. VI civile, 12.7.2016, n. 14176/16, est. Bisogni). Il denegato ingresso a questo straniero, quindi, non incide solo sulla libertà di ingresso e di circolazione (che a rigore non sono diritti costituzionali dello straniero privo di titolo di soggiorno⁷²), ma anche su altri diritti, il cui esercizio deve essere bilanciato con gli altri interessi esistenti nel procedimento di espulsione.

Ad adiuvandum è utile ricordare, applicando il metodo della comparazione, alcune importanti decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti. Tale Corte aveva sviluppato negli anni Cinquanta, in alcune risalenti sentenze (*Shaughnessy v. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953); *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (1950)), la dottrina della *entry fiction*, in base a cui lo straniero alla frontiera è privo di diritti costituzionali in quanto è come se non fosse mai entrato nel territorio nazionale (si era in presenza di un'altra forma di escissione). In particolare nel caso *Mezei* lo straniero, che era regolarmente soggiornante di lungo periodo e aveva una famiglia negli Stati Uniti, dopo aver lasciato il Paese aveva cercato di entrare nuovamente nel territorio nazionale, senza riuscirci perché fermato alla frontiera in forza di una decisione dell'*Attorney general*. In quanto al di fuori dei confini, Mezei era stato considerato privo di diritti costituzionali e, quindi, passibile di detenzione amministrativa a tempo indeterminato. Questo indirizzo interpretativo, che risentiva del clima della guerra fredda, è stato successivamente corretto da una sentenza del 1982 (*Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982)), con la quale la Corte Suprema ha affermato che allo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo, anche quando si trovi alla frontiera a causa di un viaggio e sia stato coinvolto in attività che sarebbero causa di inammissibilità per uno straniero non residente (nella fattispecie, *trafficking* di stranieri in Messico), devono comunque essere riconosciuti alcuni diritti costituzionali – e in particolare il diritto al *due process of law* – se può vantare «legami» (*ties*) con il territorio maturati in virtù di un precedente ingresso e soggiorno regolare: «once an alien gains admission to our country and begins to develop the ties that go with permanent residence, his constitutional status changed accordingly»⁷³. Sulla base di questa decisione, la signora

72. Sul punto v. Corte cost., sent. 148/2008, punto 3 del considerato in diritto.

73. In senso analogo v. la decisione della Corte Suprema *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), in cui si evidenzia che «the distinction between an alien who has effected an entry into the United States and one who has never entered runs throughout immigration law. [...] It is well established that certain constitutional protections available to persons inside the United States are unavailable to aliens outside of our geographic borders. [...] But once an alien enters the country, the legal circumstance changes, for the due process clause applies to all “persons” within the United States, including aliens, whether their presence is lawful, unlawful, temporary, or permanent». Il principio giuridico espresso nella *Mezei* è stato invece ripreso e valorizzato nella *dissenting opinion* del *Justice* Scalia, in cui si sostenne che non vi sarebbe differenza, in base alla *Mezei* (che, evidenza il *Justice*, non è stata *overruled*), tra uno straniero oltre il confine e uno straniero che, dentro i confini, abbia visto estinguersi il proprio diritto al soggiorno in forza di un ordine di allontanamento («we are offered no justification why an alien under a valid and final order of removal – which has totally extinguished whatever right to presence in this country he possessed – has any greater due process right to be

Plasencia fu ammessa temporaneamente nel territorio nazionale (*paroled*) in attesa della decisione della Corte di merito. Il mutamento è stato quindi radicale, quasi un *overruling*: secondo *Mezei* lo straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo, una volta che oltrepassa la frontiera, è equiparato allo straniero che faccia per la prima volta domanda di ingresso sul territorio nazionale; secondo *Plasencia*, invece, il diritto al *due process* – e quindi all’equo contemperamento degli interessi in gioco nella decisione amministrativa – è stato riconosciuto a chi, in virtù di un precedente ingresso e soggiorno legale, aveva maturato legami con il territorio e poteva quindi vantare la titolarità di interessi ascrivibili alla libertà e alla proprietà. Dopo *Plasencia*, la portata applicativa della *Mezei* è rimasta circoscritta all’ipotesi di assenze particolarmente prolungate⁷⁴.

In ultima analisi, assoggettare al respingimento alla frontiera sia lo straniero “estraneo” al territorio che lo straniero cui il mancato rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno siano stati notificati nella zona di transito, oltre che essere in violazione della lettera e dello spirito delle disposizioni di legge vigenti, comporta l’assimilazione di categorie di soggetti sensibilmente differenti nella titolarità e nel godimento di diritti fondamentali e appare priva di una qualunque ragione giustificativa: essa è, pertanto, manifestamente arbitraria. Poiché la disciplina del respingimento e dell’espulsione, con la determinazione dei relativi presupposti, è rimessa alla discrezionalità del legislatore entro il limite dell’arbitrio manifesto (Corte cost. sent. n. 206/2006 e ord. n. 361/2007), deve quindi essere data un’interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 4, 10 co. 1 e 13, co. 2 lett. b) TU, nel senso che non consentono la notifica al valico di frontiera del

released into the country than an alien at the border seeking entry»). Su questa decisione e la relativa *dissenting opinion* v. R. Canty, *The new world of immigration custody determinations after Zadvydas v Davis*, in *Georgetown immigration law journal*, 2003-2004, p. 470 ss.; J. W. Gardnert, *Halfway There: Zadvydas v. Davis Reins in Indefinite Detentions, but Leaves Much Unanswered*, in *Cornell International law journal*, 2003-2004, p. 177 ss.; G. Martinez, *Indefinite detention of immigrant information: federal and State overreaching in the interpretation*, in *The Yale law journal*, 2010, p. 667 ss.; A. Bramante, *Ending indefinite detention of non-citizens*, in *Case western reserve law review*, 2011, p. 933 ss.

74. Il Congresso, nell’esercizio della propria discrezionalità, ha poi precisato che uno straniero regolarmente soggiornante di lungo periodo non è soggetto all’applicazione delle cause di inammissibilità (*inadmissibility grounds*), cui è già stato soggetto al suo primo ingresso, se la sua assenza non è stata superiore ai 180 giorni continuativi (INA § 101 (a) (13)): non è ancora chiaro, tuttavia, se il superamento di questa soglia temporale comporti, per lo straniero residente permanente che si sia allontanato dal territorio nazionale, la rescissione dei legami con il territorio e il conseguente venire meno delle garanzie del *due process of law*. Sulle decisioni *Mezei*, *Knauff* e *Plasencia* v., *ex plurimis*, D. Martin, *Due process and membership in the national community: political asylum and beyond*, in *The University of Pittsburgh Law Review*, 1983, pp. 22-23; M. Scaperlanda, *Polishing the tarnished golden door*, in *Wisconsin Law Review*, 1993, p. 7 ss.; C. D. Weisselberg, *The exclusion and detention of aliens: lessons from the lives of Ellen Knauff and Ignatz Mezei*, in *University of Pennsylvania law review*, 1995, p. 933 ss.; M. LeBuhn, *The Normalization of Immigration Law*, in *Northwestern Journal of Human Rights*, 2017, pp. 120-121.

provvedimento sfavorevole del permesso di soggiorno e il contestuale respingimento dello straniero.

12. Brevi note sulla procedura accelerata per l'esercizio del diritto di asilo

Un'ultima notazione riguarda l'esercizio del diritto di asilo nelle zone di frontiera o di transito.

Il quadro normativo è il seguente: l'art. 11, co. 6 TU prevede che presso i valichi di frontiera sono istituiti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi. Tali servizi sono forniti, ove possibile, all'interno della zona di transito. In attuazione dell'art. 11, co. 6, TU, l'art. 24 del d.p.r. 394/1999 prevede che i servizi di accoglienza alla frontiera sono istituiti presso i valichi di frontiera nei quali è stato registrato negli ultimi tre anni il maggior numero di richieste di asilo o di ingressi sul territorio nazionale, e rinvia a un decreto del Ministro dell'interno la definizione delle modalità per l'espletamento dei servizi di assistenza, anche mediante convenzioni con organismi non governativi o associazioni di volontariato, enti o cooperative di solidarietà sociale. L'art. 3 d.m. 22.12.2000 attribuisce ai prefetti la competenza ad attivare i servizi «direttamente o attraverso la stipula di apposite convenzioni con enti, associazioni, o altri organismi del privato sociale iscritti nel registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri». L'art. 1 del d.m. 30.4.2001 dispone che «è istituito un servizio di accoglienza ... presso il valico di frontiera terrestre, portuale e aeroportuale nelle province di: Ancona, Bari, Brindisi, Bologna, Bolzano, Como, Firenze, Gorizia, Imperia, Roma, Torino, Trieste, Trapani, Varese e Venezia». La circolare del Ministero dell'interno del 2.5.2001 prevede le attività da svolgere e i modi di implementazione e di gestione. Il registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati, cui si è fatto in precedenza riferimento, include organismi privati, associazioni ed enti aventi i requisiti di cui all'art. 53, d.p.r. 31.8.1999, n. 394 (così come modificato dal d.p.r. 18.10.2004, n. 334). Tale iscrizione presuppone il rispetto dei requisiti di affidabilità ed esperienza specifica e pluriennale nel settore e implica la possibilità di accesso a finanziamenti pubblici.

A questo quadro normativo si deve aggiungere quanto prescritto da alcune disposizioni del d.lgs. n. 25/2008, introdotte dal d.l. n. 113/2018, con cui si sono previste l'individuazione di «zone di frontiera o di transito» e l'istituzione di ulteriori sezioni delle Commissioni territoriali per l'esame delle domande di protezione internazionale presentate dallo straniero «direttamente alla frontiera o nelle zone di transito ... *dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli*» (art. 28-bis, co. 1-ter e 1-

quater 25/2008). La Commissione territoriale definisce *questi casi* applicando la procedura accelerata (entro sette giorni dalla recezione della domanda la Commissione territoriale procede all'audizione dello straniero e decide nei due giorni successivi: art. 28-bis, co. 1, d.lgs. n. 25/2008).

Considerato che le zone di frontiera o di transito individuate sono collocate all'interno delle isole maggiori, della Puglia e dei territori frontalieri del Nord-est, la procedura accelerata di esame della domanda di asilo può trovare applicazione sia in alcuni valichi di frontiera (ad esempio, i porti e aeroporti di Trapani e Cagliari) sia in talune zone di transito, allorquando lo straniero sia stato rintracciato «*dopo essere stato fermato per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli*» (art. 28-bis, d.lgs. n. 25/2008).

Alcune notazioni devono essere formulate.

La prima è che tale procedura accelerata non è applicabile nei valichi di frontiera degli aeroporti di Malpensa e Fiumicino (e del porto di Civitavecchia). Il Ministro dell'interno con decreto del 5.8.2019 ha infatti individuato zone di frontiera e di transito senza includere questi siti, in cui in cui si deve quindi applicare la procedura ordinaria, anche quando lo straniero sia stato fermato per aver eluso o tentato di eludere i controlli⁷⁵: è questo sicuramente il caso di coloro che si trovino in un aeroporto italiano in transito verso un'altra destinazione e che, usciti dall'aereo, si diano alla fuga e siano poi successivamente rintracciati, così come degli stranieri che abbiano cercato di indurre in errore la polizia di frontiera, producendo documenti falsi o contraffatti, e solo dopo abbiano fatto richiesta di asilo.

La seconda notazione attiene al fatto che la determinazione legislativa dei presupposti della procedura accelerata è imprecisa, e potrebbe quindi prestarsi a un'interpretazione in termini non restrittivi, tale da far divenire la procedura medesima una regola generale con riferimento a coloro che siano stati rintracciati fuori dai valichi di frontiera e siano stati ammessi nel territorio nazionale per esigenze di pubblico soccorso⁷⁶.

75. V. *supra*, nota 23.

76. Cfr. G. Crescini, F. Ferri, L. Gennari, *Le nuove disposizioni in materia di domanda reiterata, procedure accelerate e di frontiera*, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, a cura di F. Curi, cit., p. 124 s., secondo i quali il presupposto dell'applicazione della norma – aver eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera – è «una situazione definita in modo molto vago, una fattispecie che si presta quindi ad interpretazioni difformi, che lascia un ampio margine di discrezionalità in capo all'amministrazione e che potrebbe trovare potenzialmente un'applicazione sistematica, addirittura determinando un ribaltamento del rapporto regola-eccezione che dovrebbe caratterizzare l'utilizzo delle procedure accelerate rispetto a quella ordinaria». V. altresì Asgi, *Le zone di transito e di frontiera. Commento al decreto del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 210)*, cit., p. 8 ss., in cui si evidenzia che l'art. 31, par. 8, lett. g), della direttiva 2013/32/UE consente agli Stati membri di prevedere una procedura accelerata ma «esclude ogni automatismo rispetto al mero fatto dell'essere stato fermato all'atto dell'attraversamento della frontiera, che di per sé non esclude l'intenzione dello straniero di presentarsi quanto prima alle autorità per chiedere protezione».

Deve essere altresì rilevato che il d.lgs. n. 25/2008 prevede una procedura meno favorevole per l'esame della domanda di protezione internazionale se lo straniero proviene da un «Paese sicuro». L'applicazione della procedura accelerata e la previsione dei «Paesi sicuri» potrebbero avere, in ultima analisi, l'effetto di disincentivare la presentazione delle domande di protezione internazionale e di porre le basi per l'adozione di provvedimenti di respingimento⁷⁷.

13. I presupposti del respingimento differito e la sua riconduzione alle norme costituzionali sulla libertà personale da parte della sentenza della Corte costituzionale 275/2017

Il respingimento differito è disposto con un decreto del questore, motivato in fatto e in diritto (art. 3 l. n. 241/1990), ed è un atto recettizio che produce effetti dopo la sua notificazione all'interessato. Come si è anticipato, la sua esecuzione comporta l'accompagnamento alla frontiera dello straniero che, sottraendosi ai controlli ivi istituiti, sia stato rintracciato all'ingresso o «subito dopo» o che, presentatosi ai valichi di frontiera senza avere i requisiti legali, sia stato temporaneamente ammesso sul territorio nazionale per necessità di pubblico soccorso (art. 10, co. 2, TU)⁷⁸.

Da più parti, in vigenza dell'art. 10 TU nella sua originaria formulazione, si era sostenuto che il decreto di respingimento differito, data la natura coercitiva (e non

77. Le norme sul riconoscimento della protezione internazionale sono molto meno favorevoli nell'ipotesi in cui il migrante provenga da un «terzo Paese sicuro». Se infatti la domanda è presentata da un soggetto che sia cittadino di un «terzo Paese sicuro» (o apolide che in precedenza soggiornava abitualmente in quel Paese), l'onere della prova è in capo allo straniero: la decisione è motivata esclusivamente dando atto che lo straniero non ha dimostrato la sussistenza di *gravi motivi* per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla sua situazione particolare (art. 9, co. 2-bis d.lgs. n. 25/2008). Tali domande sono esaminate in via prioritaria (art. 28, co. 1, lett. c-ter) d.lgs. n. 25/2008) e sono considerate manifestamente infondate, salvo appunto che non sia stata offerta una prova adeguata (art. 32, d.lgs. n. 25/2008). Inoltre, l'ufficio di polizia è tenuto ad informare il richiedente proveniente da un Paese di origine sicuro che la domanda può essere rigettata ai sensi dell'art. 9, co. 2-bis (ossia salvo che lo stesso straniero non allegli la prova dei gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla sua situazione particolare). Il quadro normativo è tale da costituire un forte disincentivo alla presentazione della domanda di protezione internazionale da parte di questi soggetti, e qualora la domanda non fosse presentata vi sarebbe l'adozione di decreti di respingimento. L'elenco dei Paesi sicuri è contenuto nel decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, adottato di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro della giustizia, del 4.10.2019, pubblicato su GU del 7.10.2019, che all'art. 1 qualifica come sicuri i seguenti Paesi: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina. Sulla disciplina europea e interna inerente ai Paesi terzi sicuri e sulle criticità che tale istituto comporta con riferimento all'effettività del diritto di asilo v. F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della L. 132/2018 di conversione del C.D. «decreto sicurezza» (D.L. 113/2018)*, in questa *Rivista*, p. 147 ss., spec. p. 167 ss.

78. Il questore è l'organo competente a firmare il decreto di respingimento differito. I decreti riportanti la sola formula «d'ordine del questore», con un timbro dell'ufficio immigrazione, sono stati da alcune ordinanze dichiarati nulli. Inoltre il decreto notificato senza la certificazione di conformità all'originale è stato dichiarato nullo: cfr. Trib. Catania, sez. I civ., ord. 30.1.2016, est. Casentino; Trib. Catania, sez. I civ., est. Castorina (sul punto v. E. Rigo, G. Savio, *Rassegna di giurisprudenza italiana: allontanamento e trattenimento*, in questa *Rivista*, 1.2017).

meramente obbligatoria) dell'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica, sarebbe stato idoneo a determinare una restrizione della libertà fisica di non lieve entità e avrebbe quindi inciso sulla libertà personale. Si era quindi evidenziata l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, co. 2 TU, in quanto esso non prevedeva né la competenza dell'autorità giudiziaria, né il procedimento di convalida giurisdizionale *ex post* del decreto questorile, a differenza di quanto disposto con riferimento al decreto questorile di trattenimento nel CIE (art. 14, co. 4 TU) e al decreto di accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero espulso (art. 13, co. 5-*bis* TU)⁷⁹.

Questa conclusione ha poi trovato un'inequivoca conferma nella sentenza Corte cost. 275/2017 in cui la Consulta, dopo aver ricordato i suoi precedenti in cui aveva sostenuto che l'accompagnamento coattivo dello straniero rimpatriando incide sulla libertà personale (Corte cost. sentt. 2/1956, 105/2001, 224/2004), ha ascrivito alla libertà personale la traduzione alla frontiera da parte della forza pubblica dello straniero respinto⁸⁰. Nella stessa decisione viene altresì ribadito che l'ordine del questore di lasciare il territorio nazionale entro sette giorni⁸¹, producendo un effetto «obbligatorio» e non «coercitivo», non incide sulla libertà personale e non deve quindi essere oggetto di convalida giurisdizionale (nello stesso senso Corte cost. sentt. 210/1995). Sempre nella sentenza 275/2017 la Corte costituzionale ha precisato che l'adozione dell'ordine di lasciare il territorio nazionale fa venir meno gli effetti del decreto di respingimento differito («questo provvedimento non affianca il precedente ... ma lo supera»), laddove invece, secondo la precedente prassi amministrativa, il decreto questorile di respingimento avrebbe visto temporaneamente sospesi i propri effetti, «per riprendere poi vigore ed essere eseguito a

79. Il Testo unico nella sua originaria formulazione non prevedeva un procedimento di convalida, ma siccome la sentenza della Corte costituzionale 105/2001 ha lasciato intendere l'illegittimità della disciplina originaria, con decreto-legge si è previsto il procedimento di convalida del decreto questorile nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, co. 3 Cost. (art. 13, co. 5-*bis* TU, introdotto dall'art. 2, d.l. 51/2002, convertito con modificazioni nella l. 106/2002 e poi modificato dal d.l. 241/2004).

80. Si veda in particolare la sentenza 105/2001 in cui la Corte costituzionale, dopo aver richiamato alcuni antichi precedenti (Corte cost. sentt. 2/1956 e 62/1994), ha affermato che «l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione». Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di atti limitativi della libertà personale v. P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 256-257.

81. Secondo l'art. 14, co. 5-*bis* TU tale decreto è adottato successivamente all'adozione di un decreto di espulsione o di respingimento, laddove non sia stato possibile il trattenimento in un Centro di permanenza per i rimpatri, oppure se la permanenza presso uno di questi Centri non ha poi consentito l'allontanamento dal territorio nazionale, o se dalle circostanze concrete non emerge più alcuna prospettiva ragionevole che l'allontanamento possa essere eseguito e che lo straniero possa essere riaccolto nello Stato di origine o di provenienza.

discrezione dell'autorità di polizia» (punto 3 del considerato in diritto)⁸². Al termine del considerato in diritto la Corte costituzionale ha esortato il legislatore a modificare l'art. 10, co. 2 TU, richiedendo che la modalità esecutiva del respingimento con accompagnamento alla frontiera sia disciplinata «in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.».

14. Il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 275/2017: la nuova disciplina del respingimento differito introdotta nel Testo unico dal d.l. n. 113/2018

In seguito alla sentenza della Corte cost. n. 275/2017, il d.l. n. 113/2018, convertito dalla l. n. 132/2018, ha modificato la disciplina vigente adeguando il regime giuridico del respingimento differito a quello dell'espulsione (art. 10, co. 2-*bis* TU, che rinvia all'art. 13, co. 5-*bis*, 5-*ter*, 7 e 8 TU).

In base alle nuove disposizioni il decreto di respingimento differito, analogamente al decreto di espulsione, è comunicato allo straniero assieme all'indicazione delle modalità di impugnazione e a una traduzione in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia possibile, in una delle lingue internazionali (inglese, francese, o spagnolo: art. 13, co. 7 TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU)⁸³.

Come il decreto di espulsione, anche il decreto di respingimento differito può essere impugnato mediante la proposizione di un ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, nelle stesse forme e termini previsti con riferimento al decreto di espulsione (art. 13, co. 8, TU, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU).

Il decreto di respingimento è immediatamente esecutivo anche se sottoposto a impugnativa da parte dell'interessato. Anche se la disposizione che prevede l'immediata esecutività del decreto di espulsione, pur se sottoposto a gravame o impugnativa (art. 13, co. 3, TU), non è richiamata dall'art. 10, co. 2 TU (che disciplina il respingimento differito), tale conclusione discende dall'interpretazione *a contrariis* dell'art. 13, co. 5-*bis*

82. Sul punto v. le osservazioni di P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 11 ss.

83. È quindi da ritenersi applicabile la giurisprudenza sulla traduzione del decreto di espulsione, con riferimento alla quale la Cassazione, dopo il *revirement* del 2012, preso atto dell'esistenza di flussi migratori stabili per nazionalità ed etnie e del fatto che non è necessaria una traduzione «personalizzata», in quanto i testi dei decreti «erano e sono standard», ha dichiarato la nullità del decreto non tradotto nella lingua dello straniero, a meno che l'amministrazione non dimostri la sostanziale impossibilità di disporre di un modulo standardizzato e l'irreperibilità di un traduttore (Cass. civ., sez. VI, sent. 8.3.2012, n. 3678/12). La giurisprudenza più risalente riteneva sufficiente motivare la mancata traduzione nella lingua dello straniero con l'esistenza di difficoltà tecnico-organizzative (Cass. civ., sez. I, n. 25362/2006; Cass. civ., sez. VI, n. 24170/2010; 17572/2010). La nullità del decreto di espulsione (e di respingimento) per carenza traduzione può essere fatta valere anche in sede di opposizione tardiva (Cass. civ., sez. I, 179/2008), avendo il giudice di ultima istanza precisato che «nell'ipotesi di ignoranza senza colpa del provvedimento di espulsione – in particolare per l'inosservanza dell'obbligo di traduzione dell'atto – debba ritenersi non decorso il termine per proporre impugnazione». Su questi indirizzi giurisprudenziali v. G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 20 e ss.

TU (cui fa rinvio l'art. 10, co. 2 TU), secondo il quale «l'esecuzione del provvedimento del questore di allontanamento dal territorio nazionale è sospesa fino alla decisione sulla convalida».

La giurisprudenza in ordine alla sospensione del decreto di espulsione e – se si aderisce alla prospettiva ricostruttiva che vede il provvedimento di respingimento differito come *species* del provvedimento di espulsione⁸⁴, del decreto di respingimento – non è univoca. La competenza giurisdizionale in ordine a tali ricorsi è del Giudice di pace, che giudica secondo il rito sommario di cognizione. L'art. 5 del d.lgs. n. 150/2011 ammette la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti oggetto di giudizio solo nei casi in cui il potere è espressamente previsto dallo stesso decreto, e l'art. 18 del d.lgs. n. 150/2011 non lo prevede. In senso contrario, però, la sospensione cautelare può trovare fondamento nel principio affermato dalla sentenza Corte cost. 161/2000⁸⁵.

84. Numerose decisioni di giudici ordinari e amministrativi di primo grado avevano rilevato un'omogeneità «contenutistica e funzionale» tra decreto di respingimento e provvedimento di espulsione, evidenziando l'esistenza di un rapporto da *species* a *genus* tra decreto di respingimento e decreto di espulsione, da cui sarebbe discesa l'applicabilità in via analogica al respingimento dell'art. 13 TU (in questo senso v., per la giurisprudenza amministrativa, Tar Sicilia, 9.9.2010 n. 1036 e 17.3.2009, n. 510; Tar Campania, 3.7.2007, n. 6441; Tar Calabria, 23.2.2007, nn. 112 e 113; Tar Sicilia, 7.11.2006, n. 2706; Tar Calabria, 26.4.2006, n. 432; per la giurisprudenza ordinaria v. Giud. pace Agrigento 8.7.2011, n. 478 e 26.9.2008, n. 555). La Corte di Cassazione a sezioni unite, sent. 26.2./17.6.2013, n. 15115, ha dimostrato di non condividere questa tesi, sostenendo che non potrebbe farsi applicazione analogica dell'art. 13, co. 8, d.lgs. n. 286 del 1998, «trattandosi di norma speciale che ha abrogato la previsione contenuta nell'art. 5, co. 3, d.l. n. 416 del 1989, conv. in l. n. 39 del 1990», e ha quindi radicato la giurisdizione nel plesso giurisdizionale ordinario sulla base di un altro argomento, ossia che il decreto di respingimento inciderebbe su diritti soggettivi «indegradabili» (il diritto di libertà personale e il diritto di asilo). La tesi che nega il rapporto da *genus* a *species* tra espulsione e respingimento non è tuttavia condivisibile. Se è vero infatti che la legge n. 40/1998 conteneva disposizioni di abrogazione espressa, e che tali disposizioni sono confermate all'art. 47 TU, è altresì vero che l'entrata in vigore del Testo unico integra un'abrogazione implicita della disciplina previgente, non potendosi ritenere ancora in vigore la norma che radicava la giurisdizione nel plesso giurisdizionale amministrativo. Inoltre, con l'ausilio della comparazione si può mettere in evidenza l'anomalia, nel contesto europeo, di un ordinamento che contempla un *tertium genus* tra respingimento immediato ed espulsione (v. B. Nascimbene, *Intervento*, in *Associazione italiana costituzionalisti. Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., p. 456). Parimenti, con un argomento sistematico, si può porre in evidenza la almeno parziale identità dei presupposti e degli effetti dei due provvedimenti, che si evince dal fatto che lo stesso presupposto – l'ingresso nel territorio sottraendosi ai controlli di frontiera – è previsto dall'art. 10, co. 2 per il respingimento differito e dall'art. 13, co. 2, lett. a), per l'espulsione (sull'identità di tali presupposti v. P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 6) e dal fatto che sono entrambi atti idonei a incidere su diritti umani. Alla tendenziale omogeneità strutturale e funzionale delle due fattispecie deve essere ascritto il monito contenuto nella sentenza Corte cost. 275/2017 affinché la disciplina del respingimento differito di cui all'art. 10, co. 2.2 TU sia resa conforme all'art. 13, co. 3 Cost. Infine, sempre nel solco della ricostruzione sistematica dell'ordinamento, deve essere evidenziato che il seguito dato dal legislatore alla sentenza 275/2017 ha tracciato il solco di una tendenziale uniformazione del regime giuridico del respingimento differito e dell'espulsione, sia pure nel quadro di alcune differenze residue che forse si spiegano in ragione della specificità del respingimento differito, deciso nella sostanziale immediatezza dell'ingresso, senza che un rapporto con il territorio abbia avuto modo di svilupparsi.

85. Si tenga inoltre in considerazione il fatto che, secondo la sentenza Corte cost. 190/1985, in mancanza di una disposizione attributiva del potere di sospensione del provvedimento impugnato (che non è rinvenibile nell'art. 5, d.lgs. n. 150/2011), il potere stesso può essere esercitato in via cautelare d'urgenza. Questo principio è stato affermato dalla Consulta con riferimento a un regime normativo che non riconosceva al giudice amministrativo la possibilità di

La principale novità normativa del d.l. n. 113/2018 in tema di respingimento differito è stata l'introduzione di un procedimento di convalida giurisdizionale del decreto questorile, sul modello di quello già vigente con riferimento al decreto di accompagnamento alla frontiera in esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione e al decreto di trattenimento nel CPR. Il decreto deve essere comunicato al Giudice di pace territorialmente competente entro quarantotto ore e deve essere convalidato dallo stesso nelle quarantotto ore successive alla sua comunicazione (il relativo termine decorre dal momento della comunicazione del provvedimento alla cancelleria). Se la convalida non è concessa o non sono osservati i termini, il provvedimento del questore perde ogni effetto. L'esecuzione del decreto è sospesa fino alla decisione sulla convalida. Avverso la decisione di convalida del Giudice di pace è proponibile ricorso per Cassazione, ma il relativo ricorso non sospende l'esecuzione del decreto di respingimento⁸⁶.

Così come allo straniero espulso, anche allo straniero destinatario del decreto di respingimento differito è vietato un nuovo ingresso nel territorio italiano per non meno di tre e non più di cinque anni (la durata è definita in concreto, nel decreto questorile, tenuto conto di tutte le circostanze: art. 10, co. 2-*sexies* TU). Lo straniero può rientrare nel territorio nazionale solo in forza di una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. Qualora faccia reingresso nel territorio nazionale in violazione del divieto, è destinatario delle sanzioni penali vigenti per il reingresso dello straniero espulso: è punito con la pena da uno a quattro anni di reclusione ed è espulso con accompagnamento immediato alla

sospendere i provvedimenti impugnati innanzi a sé. Il tema si intreccia peraltro con quello della compatibilità della tutela cautelare con il rito sommario di cognizione che, sia pur in una forma ibrida, continua a regolare il procedimento di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 150/2011. La tesi della non incompatibilità si è affermata in giurisprudenza: *ex plurimis* cfr. Cass. civ., sez. II, sent., 15.1.2015, n. 592; Tribunale Torino, sez. III, ord., 29.8.2014. Nel senso della compatibilità della tutela cautelare con il rito sommario di cognizione v. S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *Diritto e giurisprudenza*, 3/2011, p. 463 ss.

86. La convalida ha luogo nel rispetto del principio del contraddittorio nell'udienza. L'udienza si svolge in Camera di Consiglio, con la partecipazione necessaria di un difensore tempestivamente avvertito. Il questore che ha adottato il provvedimento può stare in giudizio personalmente o avvalendosi di funzionari appositamente delegati. Lo straniero è tempestivamente informato e condotto nel luogo in cui il giudice tiene l'udienza, ed è ammesso sia all'assistenza legale da parte di un difensore di fiducia munito di procura speciale, che al gratuito patrocinio a spese dello Stato. Qualora l'interessato sia privo di un difensore, è assistito da un difensore designato dal giudice tra gli avvocati iscritti alle liste dei difensori d'ufficio, nonché, se necessario, da un interprete. Il giudice provvede alla convalida con decreto motivato, verificata l'osservanza dei termini, la sussistenza dei requisiti previsti e sentito l'interessato, se comparso. La convalida del decreto di respingimento – come già la convalida del decreto di esecuzione dell'espulsione e del decreto di trattenimento in un CPR – è posta in essere nei locali e con le risorse forniti al Giudice di pace dalle questure, nei limiti delle risorse disponibili (art. 13, co. 5-*ter*, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU). Dubbi di legittimità costituzionale possono essere formulati con riferimento a questa norma. Le questure sono organi periferici del Ministero dell'interno, mentre l'art. 110 Cost. prevede che «spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia». Peraltro, i locali sono messi a disposizione da una delle parti in causa che ha adottato il provvedimento, con evidente pregiudizio della terzietà del giudice e del principio di «parità delle armi» di cui all'art. 111 Cost.

frontiera (art. 10, co. 2-ter TU). Qualora poi lo straniero sia già stato denunciato per il reato di reingresso illegale, sia stato espulso e abbia fatto nuovamente reingresso nel territorio nazionale, è punito con la reclusione da uno a cinque anni (art. 10, co. 2-quater TU). È previsto l'arresto obbligatorio dello straniero (anche fuori dai casi di flagranza) e il giudizio con rito direttissimo qualora uno di questi due reati sia stato commesso (art. 10, co. 2-quinquies TU). Infine, in analogia con quanto era già previsto con riferimento allo straniero espulso, anche lo straniero respinto viene inserito, a cura dell'autorità di pubblica sicurezza, nel sistema di informazione Schengen (SIS). Tale inserimento implica il divieto di ingresso e soggiorno anche nel territorio degli altri Stati membri dell'Unione europea e degli Stati non membri cui si applica l'*acquis* di Schengen (art. 10, co. 6-bis, TU).

15. I dubbi di legittimità costituzionale relativi alla nuova disciplina del respingimento differito

Nonostante la novella del 2018, sulla normativa vigente aleggiano alcuni dubbi di legittimità costituzionale.

Continua ad essere controversa la legittimità di norme che, prevedendo un procedimento di convalida *ex post* del decreto questorile, sono conformi al modello di cui all'art. 13, co. 3 Cost. e non a quello di cui all'art. 13, co. 2 Cost. Non ci si può esimere dal considerare che meglio sarebbe stato se la sentenza Corte cost. n. 275/2017 avesse contenuto un monito a conformare il regime giuridico del respingimento all'art. 13 Cost., anziché all'art. 13, co. 3 Cost., perché l'indicazione di questo comma può aver alimentato la convinzione dell'adeguatezza di un procedimento di convalida *ex post*⁸⁷. Non si può che ribadire in questa sede quanto da più parti sostenuto in sede scientifica, ossia che l'art. 13, co. 3 Cost. consente alla legge di devolvere l'adozione degli atti limitativi della libertà personale alla competenza dell'autorità di pubblica sicurezza solo in casi eccezionali di necessità e urgenza, tassativamente previsti dalla legge, e che nella fattispecie del respingimento differito tali presupposti sono carenti.

In primo luogo, il regime giuridico di convalida del decreto di respingimento differito – come quello relativo al decreto di esecuzione dell'espulsione e al decreto di trattenimento in un CPR – non rispetta il principio di eccezionalità. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost. sent. 64/1977), l'eccezionalità implica la previsione di una

87. Sul punto v. però le osservazioni di P. Bonetti, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 16, secondo il quale il riferimento all'art. 13, co. 3 Cost., congiuntamente all'interpretazione del respingimento differito contenuta nella sentenza, non esime il legislatore dal differenziare la regola generale, in cui la competenza deve essere dell'autorità giudiziaria, dai casi eccezionali di necessità e urgenza, nei quali è ammessa la devoluzione della competenza all'autorità di pubblica sicurezza.

deroga alla regola generale, in quanto il termine «eccezionale» non è legato «alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria»⁸⁸. Nella fattispecie del respingimento differito il decreto è adottato secondo regola generale (e non in via di eccezione) da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, invece che dall'autorità giudiziaria. In questa sede abbiamo qualificato il respingimento differito come una *species* dell'espulsione (v. *supra*, nota 84), e la tesi appare confermata dalla recente tendenza ad uniformare il regime giuridico dei due istituti. Ci potremmo quindi chiedere se, *de iure condendo*, si possa ipotizzare un procedimento di esecuzione dell'espulsione conforme all'art. 13 co. 2 Cost. e un procedimento di respingimento differito, in via di eccezione a questa regola, conforme all'art. 13, co. 3 Cost. La risposta è almeno parzialmente negativa. Perché vi possa essere un'eccezione alla regola generale è necessaria una *ratio* giustificativa, che sarebbe da individuarsi nell'eventuale esistenza, nell'ipotesi del respingimento differito (e a differenza dell'esecuzione dell'espulsione), dei presupposti della necessità ed urgenza. È stato evidenziato che la sussistenza di tali presupposti può essere riscontrata con riferimento allo straniero fermato in occasione o subito dopo l'ingresso nel territorio nazionale, ma non in relazione allo straniero che sia stato ivi ammesso per esigenze di pubblico soccorso, in quanto il soggetto in questa ipotesi «non è o non è stato nelle condizioni fisiche tipiche di una persona capace di rendersi irreperibile o comunque di sottrarsi all'esecuzione di provvedimento di allontanamento dal territorio italiano»⁸⁹. Allo stato attuale, *de iure condito*, i principi di eccezionalità, necessità e urgenza di cui all'art. 13, co. 3 Cost. non appaiono rispettati. Date queste premesse – *de iure condendo* – il regime giuridico del respingimento differito dello straniero ammesso per ragioni di pubblico soccorso (come quello dell'esecuzione dell'espulsione) dovrebbe essere conformato al modello dell'art. 13, co. 2 Cost.; il regime giuridico del respingimento differito dello straniero rintracciato nell'atto di sottrarsi ai controlli di frontiera (o subito dopo) potrebbe, invece, essere eccezione alla regola generale e prevedere il procedimento di convalida.

I dubbi di legittimità costituzionale discendono anche dalla sospetta violazione del principio di tassatività (art. 13, co. 2 e 3 Cost. e art. 5 CEDU), in quanto i presupposti dell'atto sono definiti in termini generici e sostanzialmente indeterminati. Non è infatti

88. Sul punto v. le osservazioni di P. Bonetti, *Il Respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 25/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 5 e G. Savio, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, in www.asgi.it, p. 12.

89. Così P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., p. 287. Sui presupposti della necessità e urgenza come requisiti che possono trovare applicazione «solo quando vi sia un effettivo pericolo di fuga o di inquinamento delle prove» v. altresì A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., p. 205.

certo cosa significhino le parole «pubblico soccorso», la cui specificazione in concreto è rimessa alla discrezionalità amministrativa. Parimenti polisemica è la formula «subito dopo»: non è chiaro se la stessa abbia una valenza spaziale (nel qual caso il “rintraccio” dovrebbe avvenire poco dopo l’attraversamento della frontiera, ma non è precisato entro quale distanza dal confine) o temporale (il decreto dovrebbe essere adottato poco tempo dopo l’attraversamento della frontiera, ma non è stabilito entro quale termine)⁹⁰. In questa zona grigia in numerosi casi si potrebbe alternativamente adottare, a discrezione delle amministrazioni competenti, un decreto di espulsione o un decreto di respingimento differito.

L’esigenza di una dettagliata disciplina dei presupposti del respingimento differito potrebbe apparire oggi meno rilevante in quanto espulsione e respingimento differito presentano, per effetto della recente novella all’art. 10 TU, una disciplina tendenzialmente comune. Rimangono tuttavia alcuni elementi differenti che rendono il mancato rispetto del principio di tassatività non privo di conseguenze giuridiche.

In primo luogo, è diversa l’autorità competente ad adottare il provvedimento (al prefetto è devoluta l’adozione del decreto di espulsione; il questore è competente all’adozione del decreto di respingimento differito).

In secondo luogo, ai respingimenti non si applica la direttiva 2008/115/CE del 16.12.2008 (cd. direttiva rimpatri). L’art. 2 della direttiva europea consente infatti agli Stati di non applicarne le norme alle fattispecie del respingimento alla frontiera e del respingimento differito, e lo Stato italiano si è avvalso di tale facoltà nel recepimento della direttiva con il d.l. n. 89/2011, convertito nella legge n. 121/2011. A garanzia degli stranieri respinti, tuttavia, l’art. 4, par. 4 della direttiva rimpatri stabilisce che gli Stati membri rispettano il principio di *non refoulement* e provvedono affinché siano loro riservati un trattamento e un livello di protezione non meno favorevoli di quanto previsto dall’articolo 8, paragrafi 4 e 5 della direttiva (che prevedono limiti all’uso di misure coercitive per il rimpatrio, le quali devono essere proporzionate, non eccedere un uso ragionevole della forza e devono essere attuate conformemente a quanto previsto dalla

90. Sulla dubbia legittimità costituzionale di questa disciplina v. C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, Cedam, 2001, pp. 158-159; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, cit., pp. 287 e 530; S. Romanotto, P. Bonetti, *Respingimenti*, in www.asgi.it, p. 5; F. Vassallo Paleologo, *Il Respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*, n. 2.2009, p. 17 ss.; A. Pugiotta, *op. cit.*, p. 353; C. Favilli, *L’attuazione in Italia della direttiva rimpatri: dall’inerzia all’urgenza con scarsa cooperazione*, in *Riv. dir. intern.*, 3/2011, pp. 15-29; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, Jovene, 2012, p. 148 ss.; M. Savino, *Le libertà degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 260 ss.; G. Savio, *Espulsioni e respingimenti*, cit., p. 17; P. Bonetti, *Il Respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 25/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 2 ss.; S. Rossi, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista Aic*, 1/2019, www.rivistaaic.it, pp. 149-150.

legislazione nazionale in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica dello straniero); dall'art. 9, par. 2, lett. a), per il quale gli Stati membri possono rinviare l'allontanamento per un congruo periodo, tenuto conto, in particolare, delle condizioni fisiche o mentali dello straniero; dall'art. 14, par. 1, lett. b) e d), per le quali devono essere assicurate anche allo straniero respinto le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie, e si deve tener conto delle esigenze particolari delle persone vulnerabili; dagli artt. 16 e 17, che disciplinano le condizioni di trattenimento.

Come conseguenza dell'*opt out* esercitato dall'Italia, alcuni istituti regolati dalla legge di recepimento della direttiva con riferimento all'espulsione non sono previsti in relazione al respingimento. Facciamo riferimento alla facoltà per lo straniero di chiedere e ottenere la fissazione di un termine per la partenza volontaria, prevista solo con riferimento all'espulsione (art. 13, co. 5, TU, che recepisce l'art. 7, co. 4 della direttiva rimpatri), mentre secondo l'art. 10 TU il respingimento differito ha luogo sempre mediante accompagnamento coattivo alla frontiera; alla mancata previsione delle misure alternative al trattenimento a favore dello straniero destinatario del provvedimento di respingimento, che invece possono essere disposte nei confronti dello straniero espulso se questi è in possesso di un passaporto o di un altro documento equipollente in corso di validità⁹¹. Si pensi, altresì, alla facoltà di chiedere e ottenere la revoca del divieto di reingresso, riconosciuta solo allo straniero che abbia ottenuto la fissazione di un termine per la partenza volontaria a condizione che fornisca la prova di aver lasciato il territorio nazionale entro il termine (art. 13, co. 14 TU). Si pensi anche alla disposizione secondo la quale l'espulsione è disposta dal prefetto «caso per caso» (art. 13, co. 2 TU e considerando n. 6 della direttiva), mentre un'analoga valutazione non è prevista in relazione all'adozione del decreto di respingimento differito (anche se essa è obbligatoria con riferimento al riscontro in concreto dei divieti di respingimento).

In terzo luogo, è da evidenziare che esistono fatti che integrano divieti di espulsione ma non di respingimento, a garanzia di situazioni di particolare vulnerabilità: si pensi all'ipotesi delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono (art. 19, co. 2, lett. b), TU) e agli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità (art. 19, co. 2, lett. d)-*bis*, TU), nonostante entrambe le norme siano riconducibili a diritti inviolabili o fondamentali dell'uomo *ex art. 2 Cost.*

91. A norma dell'art. 13, co. 5.2 TU, tali misure sono: la consegna del passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; l'obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; l'obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Ulteriori differenze possono essere rilevate in ordine al regime della tutela processuale⁹².

All'ambiguità dei presupposti si aggiunge la scarsa tempestività nell'esercizio delle funzioni amministrative. È infatti accaduto che solo diversi giorni dopo il «rintraccio» dello straniero sia stato adottato il decreto di respingimento differito e il decreto di trattenimento in un Centro di permanenza per i rimpatri, per cui lo straniero ha subito una restrizione *de facto* della libertà personale (giustificata come funzionale al «pubblico soccorso»⁹³). In questi casi si verifica un'elusione dei termini del procedimento di convalida di cui all'art. 13, co. 3 Cost. e una violazione dell'art 5 CEDU, così come anche recentemente interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Khlaifia*. Alcune decisioni di Giudici di pace hanno affermato che il tempo che intercorre tra il «rintraccio» dello straniero e l'adozione del decreto questorile di respingimento deve essere «ragionevolmente breve», e non può protrarsi per numerosi giorni⁹⁴; in una decisione il decreto questorile adottato svariati giorni dopo il «rintraccio» dello straniero è stato ritenuto illegittimo per eccesso di potere⁹⁵.

In conclusione, così come la disciplina del respingimento alla frontiera, anche il regime giuridico del respingimento differito rivela lacune e criticità costituzionali. Si rende quindi necessario un nuovo atto normativo, eventualmente sollecitato da una nuova sentenza monito

92. Si pensi al fatto che nella fattispecie del respingimento differito vi è un solo decreto, che è oggetto del giudizio di convalida giurisdizionale (*ex art. 13, co. 5-bis, TU*, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU) e che può essere oggetto di impugnazione da parte dell'interessato (*ex art. 13, co. 8 TU*, cui fa rinvio l'art. 10, co. 2-*bis* TU), mentre l'espulsione comporta l'adozione di due decreti, per cui l'impugnazione ha ad oggetto il decreto prefettizio di espulsione, mentre il giudizio di convalida ha ad oggetto il decreto questorile di accompagnamento alla frontiera. Si pensi altresì al fatto che, stando alla lettera dell'art. 14, co. 4, TU, nel giudizio di convalida del decreto di trattenimento dello straniero in un CPR il giudice estende il proprio sindacato al decreto di espulsione e ai suoi requisiti, e non al decreto di respingimento differito. Il *favor libertatis* dovrebbe indurre a interpretare tale disposizione in via analogica (e non *a contrariis*), ma la prassi giurisprudenziale non sembra orientata in questo senso: sul punto v. G. Savio, *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi di allontanamento*, cit., p. 14. Inoltre, secondo la lettera della disposizione, si applica solo allo straniero espellendo la disposizione secondo la quale il questore, «quando lo straniero è sottoposto a procedimento penale e non si trova in stato di custodia cautelare in carcere ... prima di eseguire l'espulsione, richiede il nulla osta all'autorità giudiziaria, che può negarlo solo in presenza di inderogabili esigenze processuali valutate in relazione all'accertamento della responsabilità di eventuali concorrenti nel reato o imputati in procedimenti per reati connessi, e all'interesse della persona offesa. In tal caso l'esecuzione del provvedimento è sospesa fino a quando l'autorità giudiziaria comunica la cessazione delle esigenze processuali» (art. 13, co. 3 TU): solo l'applicazione analogica può comportare l'estensione dell'istituto del nulla osta all'ipotesi del respingimento differito. Infine, l'art. 142 d.p.r. 115/2002 prevede il diritto al gratuito patrocinio a spese dello Stato a favore dello straniero che impugni il decreto di espulsione (e non quello di respingimento): solo l'interpretazione analogica di tale disposizione può indurre a ritenere esistente il diritto al patrocinio a spese dello Stato in capo allo straniero che sia destinatario di un decreto di respingimento.

93. Sulla scorretta applicazione dell'art. 10 TU in occasione dell'arrivo di stranieri dal Nord Africa nel corso della «primavera araba», v. E. Fornale, *The European returns policy and the re-shaping of the national: reflections on the role of domestic courts*, in *Refugee Survey Quarterly*, dicembre 2012, p. 12 ss.

94. Cfr. Giudice di pace di Torino, decreto n. 15637/2011; Giudice di pace di Agrigento, decreto n. 10910 del 12.7.2011.

95. Cfr. Giudice di pace Agrigento, decreto 8.11.2011, n. 15470.

della Corte costituzionale, che ridetermini l'autorità competente, il procedimento di adozione, i presupposti dell'atto di respingimento differito (così come dell'atto di esecuzione dell'espulsione e dell'atto di trattenimento nei CPR), in conformità all'art. 13, co. 2 e 3 Cost.