



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

**Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Curriculum Ordine internazionale e diritti umani
XXXV ciclo**

Tesi di dottorato

**Le zone di transito aeroportuali e la condizione giuridica dello
straniero in stato di irregolarità nello spazio europeo e nel diritto
italiano**

Dottoranda

Francesca Rondine

Tutor

Chiar.mo prof. Luigino Manca

Chiar.mo prof. Marco Benvenuti

Coordinatore

Chiar.mo prof. Fabio Giglioni

Anno accademico 2021/2022

*A mio fratello Gianluca,
non sei più dov'eri, ma sei ovunque sono io*

Indice

Introduzione: le zone di transito aeroportuali. Inquadramento del fenomeno e nozioni preliminari.....	8
1. Premessa.....	8
2. Le zone di transito aeroportuali come oggetto di analisi.....	10
3. Struttura del lavoro.....	11
4. Metodologia e categorie di ricerca.....	13
5. Quale definizione per le zone di transito aeroportuali?	14
5.1. Le zone di transito aeroportuali e le strategie di <i>non-entrée</i>	16
6. Le zone di transito aeroportuali tra extraterritorialità e finzione di non ingresso.....	17
6.1. “Extraterritorialità” e istituzione delle zone di frontiera.....	17
6.1.1. Il caso francese: dalla extraterritorialità alla finzione di non ingresso	19
6.2. La finzione di non ingresso: la distinzione tra “ <i>ingresso fisico</i> ” e “ <i>ingresso legale</i> ”	22
6.2.1. La dottrina della “ <i>entry fiction</i> ” nella giurisprudenza statunitense.....	24
6.3. Il trattenimento degli <i>excludable aliens</i> e la teoria della prigione con tre pareti.....	28
7. Le zone di transito aeroportuali nel diritto internazionale	29
7.1. Il diritto interazionale dei trasporti: la Convenzione di Chicago del 1944.....	29
7.2. Il diritto internazionale dei diritti umani: l’ONU e le zone di transito aeroportuali.....	33
7.2.1. L’Alto commissariato per i diritti umani dell’ONU	33
7.2.2. L’UNHCR e le zone di transito aeroportuali	36
7.2.3. Il sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura	37
7.2.4. Le Regole delle Nazioni Unite sullo standard minimo per il trattamento dei prigionieri (le c.d. <i>Mandela Rules</i>)	39
8. Conclusioni.....	41
Capitolo I: le zone di transito aeroportuali e il Consiglio d’Europa.....	43
1. Introduzione.....	43
2. La questione della giurisdizione, dell’extraterritorialità e della finzione di non ingresso	45
2.1. L’articolo 1 CEDU.....	45
2.2. Le eccezioni al principio territoriale: dalla mancanza di giurisdizione sul proprio territorio all’applicazione extraterritoriale della CEDU	47
2.3. La questione della giurisdizione statale nel caso delle zone di transito aeroportuali	49
3. La privazione della libertà personale	54
3.1. L’articolo 5 CEDU.....	54
3.2. La definizione di privazione della libertà personale nella giurisprudenza della Corte EDU	55

3.3.	La legalità della privazione della libertà personale	58
3.4.	Le garanzie procedurali contro la detenzione arbitraria	60
3.5.	La detenzione nel quadro del controllo dei flussi migratori nell'ambito dell'articolo 5(1)(f)	60
3.5.1.	...segue: la detenzione in vista dell'espulsione	62
3.5.2.	...segue: la detenzione per prevenire l'ingresso non autorizzato sul territorio	63
3.6.	Il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali	65
3.6.1.	La natura detentiva del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali	66
3.6.2.	La distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale e lo status delle zone di transito aeroportuali	69
4.	L'allontanamento dello straniero e le condizioni di detenzione ai sensi dell'articolo 3 CEDU	72
4.1.	L'articolo 3 CEDU	72
4.2.	La definizione di tortura e di trattamenti inumani e degradanti	74
4.3.	L'allontanamento e il respingimento alla luce dell'articolo 3	75
4.4.	Il divieto di respingimenti collettivi	79
4.5.	Accesso al territorio e respingimento alla frontiera presso le zone di transito aeroportuali nella giurisprudenza della Corte EDU	81
4.6.	L'articolo 3 e le condizioni di detenzione, con specifico riguardo al trattenimento dei migranti	87
4.7.	Le condizioni del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali	89
5.	Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e la sua attività	92
5.1.	La Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti e l'attività del Comitato	92
5.2.	L'attività del Comitato e il suo <i>modus operandi</i>	93
5.3.	La cooperazione tra il CPT e i meccanismi nazionali di prevenzione	96
5.4.	Gli standard elaborati dal CPT	97
5.5.	Le Regole penitenziarie europee	98
5.6.	L'attività e gli standard del Comitato nell'ambito del trattenimento dei migranti	99
5.7.	L'attività e gli standard del CPT e le zone di transito degli aeroporti	102
5.8.	Il caso <i>Amuur</i> come esempio di interazione tra il CPT e la Corte EDU in tema di trattenimento presso le zone di transito aeroportuali	103
6.	Conclusioni	104
Capitolo II: le zone di transito aeroportuali nel diritto dell'Unione europea		107
1.	Introduzione	107
2.	La creazione dello spazio-frontiera esterna nel diritto dell'Unione europea: storia, basi giuridiche e evoluzione normativa	108
3.	Il Codice frontiere Schengen: per una definizione del concetto di frontiera esterna, valichi di frontiera e controlli di frontiera	114
3.1.	segue... le verifiche di frontiera e la sorveglianza di frontiera	117
3.2.	La Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001 che integra le disposizioni dell'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985	119
3.3.	Il ruolo di Frontex nella gestione delle frontiere esterne della UE	121
3.4.	I valichi di frontiera aeroportuali	124
3.5.	Le condizioni di ingresso nello spazio Schengen e l'attraversamento delle frontiere esterne per i cittadini di paesi terzi	125
3.6.	Le condizioni di ingresso per i richiedenti protezione internazionale e il loro ingresso sul territorio	130

4. Il rifiuto di ingresso e il respingimento alla frontiera ai sensi del Codice Frontiere Schengen	135
5. La domanda di protezione internazionale alla frontiera.....	139
5.1. Un inquadramento generale delle procedure relative all'istanza di protezione internazionale	139
5.2. La procedura di frontiera	142
5.2.1. L'assistenza legale e il ricorso avverso il diniego della domanda di protezione internazionale ai valichi di frontiera nell'ambito della procedura di frontiera	145
6. Il trattenimento presso le zone di transito e di frontiera.....	147
6.1. La detenzione amministrativa dei migranti nel diritto dell'Unione europea e la natura del trattenimento presso le zone di transito: inquadramento generale	147
6.2. Il trattenimento in vista dell'espulsione nel quadro del respingimento immediato disposto ex art. 14 del Codice frontiere Schengen.....	149
6.3. Il trattenimento dei richiedenti asilo alla frontiera.....	154
6.3.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale in generale	154
6.3.2. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale ai valichi di frontiera	158
7. Verso una normalizzazione delle procedure di frontiera? La nuova proposta di regolamento che introduce accertamenti nei confronti di cittadini dei paesi terzi alle frontiere esterne e il destino della procedura di frontiera nella proposta di Regolamento procedure	165
8. Conclusioni.....	170
Capitolo III: le zone di transito aeroportuali nell'ordinamento italiano.....	172
1. Introduzione.....	172
2. Evoluzione e caratteristiche della disciplina italiana in materia di controllo delle frontiere e dell'ingresso dello straniero sul territorio dello Stato.....	174
3. I valichi di frontiera in Italia.....	179
3.1. I valichi di frontiera aeroportuali e le loro caratteristiche tra norma e prassi.....	180
4. Sul diritto di ingresso nel territorio dello Stato: l'attraversamento dei valichi di frontiera in Italia e i requisiti di ingresso.....	182
5. I diritti fondamentali dello straniero alla frontiera	188
5.1. I diritti dello straniero alla frontiera: sul diritto di ingresso nel territorio dello Stato	191
5.2. Sul diritto di ammissione e permanenza sul territorio del richiedente asilo: il diritto di asilo costituzionale e il divieto di respingimento come limiti alla discrezionalità dello Stato alla frontiera	194
6. Il respingimento alla frontiera	198
6.1. Il respingimento alla frontiera nell'ordinamento italiano: il respingimento immediato e il respingimento differito.....	198
6.2. Il respingimento (immediato) presso le zone di transito aeroportuali	203
6.2.1. Il caso del respingimento alla frontiera di S.....	206
6.2.2. Il respingimento alla frontiera successivo alla notifica del diniego/revoca del permesso di soggiorno in frontiera degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia: Il caso del respingimento alla frontiera di H.....	208

7. La privazione della libertà personale nelle more del respingimento immediato presso le zone di transito aeroportuali.....	210
7.1. La tutela della libertà personale degli stranieri nell'ordinamento italiano	212
7.2. Il respingimento e le sue modalità esecutive incidenti sulla libertà personale: l'accompagnamento alla frontiera	215
7.3. La natura detentiva della permanenza presso le zone di transito aeroportuali	218
7.3.1. Le condizioni materiali del trattenimento	223
7.3.2. I rilievi del CPT sui locali dell'aeroporto di Fiumicino.....	225
8. L'accesso all'assistenza e all'accoglienza dei richiedenti asilo e degli stranieri respinti presso i valichi di frontiera aeroportuali	226
8.1. La domanda di protezione internazionale presso i valichi di frontiera.....	226
8.2. I servizi di assistenza e di accoglienza presso i valichi di frontiera in Italia	228
8.3. I servizi di assistenza e accoglienza presso i valichi di frontiera aeroportuali	231
8.3.1. I servizi di assistenza agli stranieri sottoposti a respingimento immediato.....	231
8.3.2. L'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale ai valichi di frontiera aeroportuali ...	232
9. I rimedi giurisdizionali e l'accesso alla giustizia nelle zone di transito aeroportuali.....	235
9.1. La tutela giurisdizionale dello straniero alla frontiera.....	235
9.2. La tutela giurisdizionale dei potenziali richiedenti protezione internazionale	238
9.3. La tutela dello straniero regolarmente soggiornante	241
9.4. Il risarcimento per il trattenimento <i>sine titulo</i>	243
10. Conclusioni.....	244
Conclusioni	246
Bibliografia	249

Introduzione: le zone di transito aeroportuali. Inquadramento del fenomeno e nozioni preliminari

1. Premessa

Il fenomeno delle migrazioni chiama in causa numerose questioni attinenti alle materie e agli argomenti più disparati. Tra questi, il legame tra migrazioni e controllo dei confini è senz'altro tra i più esplorati dalla letteratura accademica, specialmente dalla dottrina giuridica. Il tema coinvolge profili quali i diritti fondamentali di migranti irregolari e richiedenti asilo, il loro diritto a fare ingresso sul territorio statale, le politiche di dissuasione degli arrivi irregolari, nonché il rapporto tra le fonti e tra gli ordinamenti.

Tra le numerose questioni che emergono da tale binomio, il presente lavoro si concentra sull'analisi di un particolare tipo di confine e sulla sua architettura giuridica. Il confine in questione è quello aeroportuale, ed in particolare quello che attraversa le zone di transito aeroportuali.

A differenza di alcuni tipi di frontiera, quali quella terrestre e marittima, la frontiera aeroportuale ha sinora ricevuto poca attenzione, specialmente nel contesto italiano, dove in ragione della posizione geografica dello Stato italiano e della sua proiezione mediterranea nel quadro del controllo dei flussi migratori, la dottrina si è concentrata in prevalenza sulla frontiera marittima e su alcuni tratti della frontiera terrestre a scapito della frontiera aeroportuale.

La frontiera aeroportuale, essendo una frontiera meno spettacolarizzata¹, caratterizzata da un flusso più controllato, ma non per questo meno problematica, è stata sinora poco esplorata, sia in termini teorici e concettuali che in termini giuridici, sia dalla dottrina internazionalistica ed europeistica che dalla dottrina interna². Per tale motivo, in questa sede si intende fornire uno studio strutturato del tema, impostandolo teoricamente e giuridicamente.

Diverse sono le questioni che riguardano le zone di transito degli aeroporti e i motivi che ne giustificano un approfondimento analitico. In primo luogo, la frontiera aeroportuale e le cosiddette zone di transito degli aeroporti, sono di complessa definizione, e di fatto manca un consenso circa il significato delle locuzioni, soprattutto se si tenta di darne una categorizzazione giuridica. In secondo luogo, l'impermeabilità di tali zone, e la difficoltà di accesso ad esse, le rendono anche difficilmente osservabili in via diretta, e dunque di difficile disamina³.

Inoltre, a differenza di altri tipi di frontiera, in questo caso si assiste alla partecipazione di diversi tipi di soggetti, oltre le autorità statali. Infatti, le procedure in atto presso tali zone, in particolare quelle di allontanamento dello straniero, si caratterizzano per la compartecipazione,

¹ L'espressione si deve a P. CUTTITA, *Lo spettacolo del confine. Lampedusa tra produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, Milano, 2013, p. 1 ss.

² L'unico contesto in cui si è approfondito maggiormente il tema è quello francese. In particolare, si veda il para 6.1.2. di questa introduzione.

³ Su tali questioni, che verranno approfondite nel corso del lavoro, cfr. ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto. La disciplina giuridica e le strategie di esercizio del diritto alla luce dell'ordinamento italiano (Report Inlimine)*, gennaio 2021.

insieme alle autorità statali, anche dei vettori privati, sui quali la legislazione internazionale, europea e nazionale in materia di immigrazione fa incombere degli obblighi e delle responsabilità di controllo che normalmente sono attribuite alle autorità statali. Si parla, in particolare, del controllo dei documenti di viaggio, passaporti, visti e del correlato obbligo di impedire l'imbarco a chi ne è sprovvisto. Ancora, sui vettori privati incombe l'obbligo di ricondurre lo straniero che giunga sul territorio statale e sia sprovvisto dei necessari titoli, ove ad esso sia rifiutato l'ingresso, nel paese di origine o di provenienza. Altro elemento riguarda la mancanza di uniformità nella disciplina delle zone di transito e la carenza di una legislazione organica, tanto nel contesto nazionale quanto in quello, ad esempio, dell'Unione europea. Ciò comporta lo sviluppo di prassi amministrative, spesso informali, che sopperiscono alla mancanza di una disciplina, con conseguenze e ricadute non sempre in linea col rispetto dei diritti della persona alla frontiera.

Per tali ragioni, lo studio del tema chiama in causa numerose questioni, quali il rapporto tra gli ordinamenti internazionale, regionale e interno e l'inesistenza di una legislazione chiara che disciplini da un lato, le zone di transito in quanto tali e, dall'altro, la condizione giuridica dello straniero che vi si trovi. Tali elementi segnalano, ancora una volta, un vuoto normativo nella disciplina delle zone di transito degli aeroporti, che viene di fatto compensato da prassi applicative sinora poco esplorate.

In buona sostanza, dunque, il tema coinvolge numerosi profili di interesse, quali, *inter alia*, il rapporto tra ordinamenti, l'opacità della disciplina della fattispecie, la discrezionalità delle autorità alle frontiere statali.

Tutto ciò considerato, le domande di ricerca che guideranno l'analisi e lo sviluppo del presente lavoro sono essenzialmente tre: la prima consiste nell'individuare la normativa rilevante che disciplina le zone di transito aeroportuali nel diritto dell'immigrazione; la seconda, ad essa connessa, si occupa di delineare la condizione giuridica dello straniero che faccia ingresso nel territorio dello Stato attraverso la frontiera aeroportuale; la sintesi tra le due consiste nel comprendere come la particolare configurazione giuridica delle zone di transito degli aeroporti influenzi la condizione giuridica dello straniero alla frontiera aeroportuale, individuando le sue caratteristiche in relazione proprio al momento dell'attraversamento della frontiera e alle fasi che lo caratterizzano.

L'obiettivo è dunque quello di delineare ed analizzare la disciplina giuridica delle zone di transito aeroportuali e la condizione giuridica dello straniero che vi si trova, attraverso l'esame della disciplina dell'ingresso, della richiesta di protezione internazionale, del trattenimento e del rifiuto di ingresso in frontiera (quella aeroportuale in particolare).

Lo si farà prendendo in considerazione tre principali livelli di analisi: il contesto regionale europeo (Consiglio d'Europa), quello del diritto dell'Unione europea e, infine, quello italiano. La ragione per cui questo lavoro si focalizza primariamente sul livello regionale e interno risiede nella natura del tema stesso. Le zone di transito degli aeroporti sono, infatti, innanzitutto dei luoghi e, in quanto tali, lo studio della loro disciplina non può prescindere da tale caratteristica. Ciò significa che la loro analisi deve necessariamente essere ancorata a una dimensione concreta, che risulta difficilmente rilevabile nel contesto del diritto internazionale.

Per questo motivo, il diritto internazionale delle migrazioni, ed in particolare il contesto onusiano, verrà analizzato nel quadro di questa introduzione, fungendo da elemento di

inquadramento del fenomeno, e emergerà successivamente nello sviluppo del lavoro funzionalmente al tema e al livello di analisi affrontato.

2. Le zone di transito aeroportuali come oggetto di analisi

Come si avrà modo di approfondire più avanti, l'istituzione di zone di transito e di frontiera nel contesto delle politiche migratorie rappresenta uno dei meccanismi più tipici di controllo e gestione dei flussi migratori.

In questo senso, le zone di transito, e nel nostro caso quelle degli aeroporti, sono delle porzioni del territorio statale con uno *status* del tutto particolare rispetto al resto del territorio in virtù del fatto che alcuni elementi della legislazione nazionali sono sospesi. Si pensi, ad esempio, alle *duty free areas* negli aeroporti o alle c.d. zone internazionali degli aeroporti, che possono essere attraversate dai passeggeri in transito senza che questi siano sottoposti ai controlli di immigrazione. Data proprio la loro disciplina *sui generis*, ed impropriamente, le zone di transito degli aeroporti hanno dato e danno tuttora luogo a erronei assunti circa la loro appartenenza al territorio dello Stato ove sono ubicate⁴, smentiti da dottrina e giurisprudenza. Tali “malintesi” si legano proprio al fatto che presso queste zone alcune norme dell'ordinamento statale e/o internazionale sono sospese con l'obiettivo di facilitare alcuni processi, siano essi economici o legati al controllo dei flussi migratori.

Rispetto a questi ultimi, si vedrà che gli Stati hanno negli anni fatto ricorso a diverse finzioni giuridiche, nel tentativo mantenere tali zone strumentalmente “al di fuori” dell'ordinamento giuridico costituzionale ordinario, qualificandole, ad esempio, come “extraterritoriali” o, ancora, sostenendo che lo *status* di un soggetto che si trova all'interno delle zone di transito degli aeroporti, e che non sia ancora stato sottoposto ai controlli doganali, o il cui ingresso sul territorio sia stato negato per carenza dei requisiti, è diverso da quello di coloro che hanno effettivamente attraversato la zona di transito e che sono stati ammessi sul territorio statale⁵.

Nonostante i tentativi di qualificare tali zone come “al di fuori” del territorio o dell'ordinamento giuridico, esse sono al contrario porzioni del territorio “iperterritorializzate”⁶, ovvero «*areas more fully national and statist than anywhere else on earth. In them, the softening graces of liberal government—its respect for human dignity and its adherence to the rules of law—draw back, leaving nothing but brute force*»⁷. E questo proprio in virtù del fatto che è presso i nei suoi confini, e dunque cioè presso le zone di transito, che lo Stato manifesta più pienamente quel potere di controllo dell'ingresso sul proprio territorio, vale a dire del diritto a un suo presidio. È precisamente in quei luoghi che il rapporto tra le autorità dello Stato e gli individui, in particolare i non-cittadini, è meno mediato dalle norme di legge e si esprime nei suoi profili essenziali, proprio perché in queste zone lo Stato gode, in ultima

⁴ M. MONTICELLI, *Lo strano caso delle zone di transito degli aeroporti*, in *iusinitinere.it*, 24 giugno 2017.

⁵ *Ibidem*.

⁶ D.S. FITZGERALD, *Remote control of migration: theorising territoriality, shared coercion, and deterrence*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1, 46, 2020, p. 5.

⁷ T. BELL, *Special international zone in theory and practice*, in *Chapman Law Review*, 21/2, 2018, p. 292.

istanza, della prerogativa sovrana di disporre in merito al diritto di ingresso sul proprio territorio dei non cittadini.

3. Struttura del lavoro

Il lavoro è strutturato in tre capitoli. In questa introduzione e nelle pagine che seguono intendiamo inquadrare concettualmente e giuridicamente il fenomeno delle zone di transito degli aeroporti, fornendo una descrizione ed una analisi delle principali questioni che le riguardano. Si procederà dunque col fornire una definizione di tali zone ed a inquadrarle nel fenomeno più generale delle zone di transito internazionali, dapprima in termini generali, e successivamente in relazione alle strategie di controllo, gestione e dissuasione dei flussi migratori. In un secondo momento, il capitolo esaminerà alcune questioni caratterizzanti tali zone. Come prima cosa, si darà conto della loro presunta extraterritorialità e di come gli Stati abbiano cercato di negarne l'appartenenza al territorio dello Stato. In seguito, si analizzerà invece la finzione di non ingresso, vale a dire quella finzione giuridica cui gli Stati fanno sovente ricorso nei casi riguardanti queste zone al fine di negare la piena applicazione di alcuni diritti alle persone che vi si trovano. Infine, verrà esposta la teoria della "prigione con tre pareti", applicata dalle autorità nelle zone di transito col fine di negare il carattere detentivo della permanenza degli stranieri, con la conseguenza di una possibilità di detenere potenzialmente indefinitamente gli stranieri. In tal senso, si esporrà l'esempio degli Stati Uniti, che per primi hanno elaborato e poi applicato le finzioni e strategie giuridiche appena elencate alle loro frontiere. Il capitolo si conclude con l'inquadramento delle zone di transito aeroportuali nel diritto internazionale, in particolare quello dei trasporti e nel quadro delle Nazioni Unite. Così, si esaminerà la disciplina del fenomeno nella Convenzione di Chicago del 1944 e poi nei rilevanti strumenti, prevalentemente di *soft law*, dell'ONU che ne fanno menzione.

Avendo impostato concettualmente il fenomeno, i tre capitoli principali della tesi affrontano invece la disciplina di tali zone e la condizione giuridica dello straniero che le attraversa, in particolare nell'ordinamento del Consiglio d'Europa, dell'Unione Europea e, infine, nel caso specifico italiano.

Il primo capitolo si concentra sul Consiglio d'Europa, in particolare sulla giurisprudenza della Corte EDU e sull'attività del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. La nostra domanda di ricerca che guiderà questa parte lavoro è in che modo il sistema di protezione dei diritti umani articolato nell'ambito del Consiglio d'Europa si declina e contribuisce a conferire una disciplina giuridica, e dunque ad assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti in questo ambito, nelle zone di transito aeroportuali. In questo contesto, si esaminerà dapprima il tema della giurisdizione statale ed in particolare il modo in cui la Corte EDU ha affrontato la questione della presunta extraterritorialità delle zone di transito degli aeroporti e della relativa possibilità per lo Stato parte di non applicarvi il proprio regime giuridico.

Nel corso del capitolo si analizzerà poi la questione della privazione della libertà personale e del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali attraverso l'articolo 5 della Convenzione, ed in particolare nel quadro dell'articolo 5(1)(f).

Il capitolo si concentrerà poi sull'articolo 3 CEDU e quindi sul relativo divieto di tortura attraverso due profili: il primo attinente al divieto di respingimento e al suo rapporto col concetto di giurisdizione e con quello di ingresso, così come delineati nei precedenti paragrafi.

La seconda parte del capitolo si collega direttamente a quest'ultimo argomento, in quanto si concentra sull'attività del Comitato per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani e Degradanti. Dopo aver dapprima spiegato in cosa consista il suo mandato e in che modo esso svolga la propria attività, il capitolo si esporrà in questa parte l'attività del Comitato in tema di trattenimento nel contesto dell'immigrazione, analizzando gli *standard* sviluppati in materia.

Il capitolo si concluderà focalizzandosi sulla questione del trattenimento nelle zone di transito aeroportuali, e alla rilevanza che hanno assunto gli *standard* menzionati anche in alcuni casi giudicati dalla Corte EDU relativi alle zone di transito aeroportuali.

Il secondo capitolo si concentra sulla disciplina giuridica delle zone di transito aeroportuali nel diritto dell'Unione europea. La particolarità di tale disciplina risiede, in primo luogo, nella compresenza di una pluralità di fonti normative le cui interazioni e le cui configurazioni sono assai rilevanti per la materia in esame, soprattutto in ragione della particolare qualificazione di confini europei creati nel diritto dell'Unione. La locuzione di zona di transito non è del tutto estranea al diritto dell'Unione, che menziona il concetto in diversi strumenti normativi, senza tuttavia darne una definizione chiara.

Come prima cosa, si vedrà che la normativa afferente tali zone si sovrappone ed è determinata dalla loro qualificazione in quanto frontiera esterna dello spazio Schengen. Tale caratterizzazione conferisce loro una duplice dimensione: queste zone possono essere infatti contemporaneamente tanto dei luoghi fisici quanto un insieme di procedure che si applicano esclusivamente a tali spazi, o anche entrambe le cose.

Ciò ne rivela anche il carattere mutevole. Infatti, la definizione giuridica di tali zone appare mutare anche a seconda di chi le attraversa. Esse appaiono dunque definite attraverso diverse dimensioni tra loro interconnesse: quella geografica e dunque "fisica", quella procedurale e quella, per così dire, personale, attinente alla identità e allo status giuridico dei soggetti che le attraversano.

Questo capitolo enfatizza inoltre altri due elementi della normativa: in primo luogo, la relazione tra procedura di asilo in frontiera, rifiuto di ingresso e detenzione, che paiono configurare una particolare disciplina per i c.d. "casi frontalieri" come seconda cosa, la tendenza a dotare di minori garanzie le procedure che hanno luogo in frontiera.

Infine, il terzo ed ultimo capitolo ha come oggetto la disciplina delle zone di transito aeroportuali nel contesto italiano. Anche il caso italiano si caratterizza per la convivenza di diverse fonti normative, sia nel senso del rapporto tra ordinamenti (Unione europea e legislazione interna), sia per ciò che riguarda le fonti interne. Infatti, la disciplina interna se da un lato è "costretta" in maniera crescente dai vincoli derivanti dall'ordinamento della UE, dall'altro appare qualificata da un alto grado di frammentarietà e dunque di informalità. Non esiste infatti una disciplina organica delle zone di transito in quanto tali, né esiste una loro definizione giuridica precisa nell'ordinamento interno, parimenti a quanto avviene nel quadro del diritto dell'Unione europea. L'assenza di una disciplina e di una definizione delle zone di transito degli aeroporti implica necessariamente una disarticolazione tra le prescrizioni normative riferibili alla fattispecie e la prassi applicativa delle autorità che ivi operano.

A livello interno, dunque, oltre alla legislazione ordinaria riferibile alla fattispecie, vengono in rilievo diversi strumenti di natura amministrativa o in ogni caso di livello "secondario". In tal senso, proprio dall'analisi dell'ordinamento interno, emergerà in tutta evidenza come il vuoto normativo che caratterizza l'oggetto di questo lavoro determina che la

loro disciplina sia caratterizzata fortemente da un *corpus* di prassi amministrative, sovente informali, spesso a detrimento del rispetto dei diritti dell'individuo.

4. Metodologia e categorie di ricerca

Per quanto riguarda la metodologia del lavoro, oltre all'analisi della dottrina, della giurisprudenza e della legislazione applicabile alla fattispecie, con riferimento al terzo capitolo si è deciso di supportarlo con una ricerca di tipo "empirico", e cioè di aggiungervi una serie di interviste semi-strutturate ad alcuni soggetti tra legali, membri di organizzazioni internazionali, responsabili dei servizi ai valichi di frontiera e cittadini stranieri sottoposti a respingimento presso i valichi di frontiera aeroportuali italiani.

In particolare, i soggetti intervistati sono: la dott.ssa Adamoli (Garante nazionale persone private della loro libertà personale), il dott. Castiglioni (responsabile dei servizi di accoglienza del valico di frontiera aeroportuali di Malpensa), l'UNHCR, le dott.sse Ammirati e Massimi (membri ASGI che hanno redatto il report *Inlimine* sulle zone di transito aeroportuali), l'avvocato Micheli (legale rappresentante di due cittadini stranieri trattenuti e respinti presso il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa, nonché tra i legali proponenti il ricorso alla Corte EDU nel recente caso *Thiam c. Italia*) ed, infine, una cittadina cubana e una albanese sottoposte, rispettivamente, nel 2018 e nel 2021, a respingimento immediato presso il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa.

Con riguardo a queste ultime, i loro resoconti sono accompagnati da alcuni documenti da loro condivisi con la sottoscritta, relativi alle vicende che le hanno riguardate. Nella fattispecie, la cittadina cubana ha concesso la visione delle informazioni relative alla sua persona, fornendo copia del ricorso presentato dai suoi legali e delle ordinanze dei relativi Tribunali. La cittadina albanese ha invece condiviso con la sottoscritta copia del decreto di respingimento alla frontiera recante menzione dei motivi di tale misura. Le interviste e i documenti sono stati utilizzati al fine di dare maggiore concretezza all'analisi del tema, specialmente nel contesto interno. Il nostro fine è qui duplice: da un lato, infatti, l'opacità connaturata all'oggetto del lavoro, date le caratteristiche delle zone di transito aeroportuali, rende arduo afferrarne i meccanismi e le dinamiche senza un ancoraggio materiale ed empirico alla questione. Inoltre, tale questa dimensione empirica, conferisce maggiore spessore e concretezza ai capitoli precedenti che, pur trattando di un tema che chiama in causa una decisa dimensione fisica e concreta della legislazione e della giurisprudenza, necessitano di una verifica "sul campo", per così dire, a come ultimazione e arricchimento dell'analisi. In tal modo è sarà inoltre possibile comprendere come le fattispecie giuridiche in astratto si esprimono in concreto, e come proprio le caratteristiche e la fisicità di tali zone ne influenzano l'applicazione

Infine, ci sembra necessario chiarire, in modo preliminare, alcuni punti relativi all'oggetto ed alle categorie della ricerca. Il titolo di questo lavoro menziona come oggetto la condizione giuridica dello straniero irregolare alla frontiera aeroportuale. In tal senso, si è deciso di esaminare la condizione giuridica dei migranti intesi come "cittadini di paesi terzi" ai sensi del diritto dell'Unione europea, ovvero di quegli stranieri che non dispongono di un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio statale, al contrario dei cittadini europei e dei loro familiari.

Si vedrà che la condizione irregolare o meno all'atto dell'attraversamento della frontiera, nel quadro di questo lavoro, può essere determinata sia dalla carenza oggettiva dei

necessari titoli di ingresso che dalla valutazione della sussistenza dei requisiti di ingresso da parte delle autorità statali. Sarà infatti mostrato che le autorità di frontiera godono di ampia discrezionalità circa la valutazione dei titoli e, specialmente, dei documenti giustificativi l'ingresso sul territorio. Invero, è precisamente in tale discrezionalità attribuita alle autorità che emerge l'assenza di un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio, anche in casi in cui lo straniero si presenti alla frontiera statale, aeroportuale, con, ad esempio, un visto valido.

Ancora più specificamente, si intende qui chiarire che nella categoria dei "cittadini di paesi terzi che non possiedono un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio" si faranno ricadere anche i richiedenti protezione internazionale, specificando quando ci si riferisce ad essi. In tal senso, sebbene, come discusso in questo lavoro, sia possibile affermare l'esistenza di un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio dei richiedenti asilo, in questa sede si vuole enfatizzare il fatto che essi, quando giungono alle frontiere statali in maniera irregolare, sono prima di tutto dei migranti irregolari, e solo successivamente alla manifestazione di volontà di richiedere asilo, divengono dei richiedenti protezione.

Così, nel capitolo I abbiamo impiegato alternativamente i termini "migranti", "stranieri", "immigrati", o ancora "ricorrenti", coerentemente con i termini in uso dagli organi oggetto del capitolo. Nel II capitolo si è fatto riferimento alla categoria di "cittadini di paesi terzi", propria del diritto della UE. Nel III capitolo, infine, abbiamo utilizzato il termine di riferimento nel diritto interno per tale categoria, ovvero "straniero". Sebbene questa categoria in realtà includa una molteplicità di condizioni giuridiche soggettive, si è chiarito di volta in volta a quale di esse si è fatto riferimento.

5. Quale definizione per le zone di transito aeroportuali?

Ancor prima che il presente lavoro si addentri nell'analisi giuridica delle zone di transito aeroportuali e della loro disciplina in relazione al fenomeno dell'immigrazione, è opportuno soffermarsi su un aspetto tanto fondamentale quanto problematico che le riguarda: darne una definizione. Tale compito, solo apparentemente semplice, è fondamentale perché solo dopo aver fornito una definizione, e dopo aver delineato le caratteristiche fondamentali dell'oggetto di studio, sarà possibile procedere con l'esame della disciplina giuridica della fattispecie. Esso è allo stesso modo problematico poiché proprio la questione della definizione di tale oggetto, come si vedrà, si riproporrà in ogni capitolo di questo lavoro. Non esiste, infatti, una definizione precisa delle zone di transito aeroportuali, sia in termini generali che relativamente al ruolo e alla regolamentazione di tali zone nel quadro del diritto dell'immigrazione.

Si ritiene dunque prioritario ragionare in questa sede su alcune nozioni preliminari, e fornire una definizione di tali luoghi oggetto del presente lavoro. Data la diversità di funzioni che le zone di transito degli aeroporti svolgono, tale definizione preliminare deve, da un lato, essere sufficientemente generica per afferrarne le caratteristiche strutturali, e dall'altro, catturare anche la dimensione particolare in relazione al tema del presente lavoro, che è appunto l'immigrazione.

La particolarità delle zone di transito aeroportuali consiste, in primo luogo, nel fatto che lo Stato attribuisce loro una regolamentazione diversa rispetto al resto del suo territorio, relativamente ad alcune aree del suo ordinamento giuridico. In tal senso, alcune norme rimangono applicabili a tali zone, mentre altre non lo sono o non lo sono del tutto.

Sulla base di tale originaria caratteristica, le zone di transito aeroportuali possono essere annoverate come una *species* del più vasto *genus* delle “*Special international zones*” (SIZ), di cui si accoglie in questa sede la seguente definizione: «*[a]n area that its host nation state places outside of its territory for the purpose of some local laws, leaving other such laws and applicable international obligations in force*»⁸.

Nella categoria delle SIZ rientrano così le “*pre-asylum waiting areas*”, le *zone duty free* degli aeroporti, le zone economiche speciali, nonché le zone di transito (degli aeroporti). Tutte queste aree sono accomunate, dunque, dal fatto che lo Stato, attraverso tecniche e finzioni giuridiche, manipola il normale esercizio delle sue funzioni e l’applicazione del regime giuridico ordinario, differenziando la loro disciplina da quella applicabile al resto del territorio. Queste manipolazioni assolvono funzioni e obiettivi diversi, che, generalmente, si realizzano nella facilitazione di alcuni processi⁹.

Questo particolare obiettivo di “facilitazione” è evidente nel caso di uno specifico tipo di SIZ, ovvero, le *Special economic zones* (SEZ), che la Banca Mondiale definisce come «*demarcated geographic areas contained within a country’s national boundaries where the rules of business are different from those that prevail in the national territory*»¹⁰. Questa applicazione differenziale a scopo di facilitazione riguarda settori come quelli degli investimenti, del commercio internazionale e della tassazione sulle merci in transito; l’obiettivo è “liberalizzare”, facilitando, la disciplina di questi processi garantendone una amministrazione più efficace ed elastica, col fine di stimolarli ed incentivarli¹¹.

Quanto alle zone di transito aeroportuali, anche conosciute come “zone di transito internazionali” (ITZ, *international transit zones*), esse corrispondono all’area che si estende dal punto di atterraggio dell’aeromobile al luogo in cui si svolgono i controlli doganali e di immigrazione¹². L’istituzione delle zone di transito internazionali negli aeroporti risponde generalmente all’obiettivo di facilitare il transito di persone e merci grazie alla disapplicazione di alcune norme dell’ordinamento statale che, pur rimanendo in vigore, non si applicano a queste specifiche aree. Nel caso del transito dei passeggeri, ciò implica che essi, ove debbano raggiungere una destinazione terza, possono transitare attraverso la zona di transito senza che sia necessaria una ammissione formale sul territorio dello Stato, ovvero, senza che sia loro richiesto l’adempimento delle formalità amministrative e dei requisiti stabiliti dalla legge ai fini dell’ammissione sul territorio. In buona sostanza, pur essendo fisicamente presenti sul territorio dello Stato in questione, essi non lo sono “giuridicamente”¹³.

⁸ T. BELL, *op. cit.*, p. 274.

⁹ *Ivi*, p. 278.

¹⁰ T. FAROLE, G. AKINCI, *Introduction to Special economic zones: progress, emerging challenges, and future directions*, Banca Mondiale, Washington, 2011, p. 128; C. BAISSAC, *Brief History of SEZs and Overview of Policy Debates*, in *Special Economic Zones in Africa: comparing performance and learning from global experience*, in T. FAROLE, T. AKINCI (a cura di), Banca Mondiale, Washington, 2011, p. 23. Questa categoria ricomprende alcune zone geografiche degli Stati Uniti, le c.d. *Foreign Trade Zones* (FTZ). Tali zone godono di una regolamentazione speciale, in virtù della quale lo Stato disapplica alcune delle sue leggi federali e lascia che tali territori siano regolamentati dal diritto internazionale applicabile.

¹¹ T. BELL, *op. cit.*, p. 278.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*. Si vedrà, nei prossimi paragrafi, che tali zone ricevono una definizione ed una sommaria regolamentazione nel diritto internazionale dei trasporti, in particolare, dalla Convenzione di Chicago del 1944.

Attraverso simili manipolazioni giuridiche, gli Stati istituiscono anche altri tipi di SIZ, come le c.d. “zone di attesa per richiedenti asilo”¹⁴, che possono talvolta coincidere con le zone di transito aeroportuali, come nel caso francese. Nel caso di tali zone di attesa (nel quadro francese anche conosciute come *ZAPI-zones d’atteinte pour personnes en instance*), la tecnica giuridica consiste nel mantenere tali porzioni del territorio sotto il pieno controllo statale, disapplicando tuttavia il regime giuridico ordinario relativamente ad alcuni diritti, fintantoché le autorità non valutino l’ammissibilità della domanda di asilo.

5.1. Le zone di transito aeroportuali e le strategie di *non-entrée*

Se dunque nel caso della sfera economica l’istituzione delle zone di transito degli aeroporti ha l’obiettivo di facilitare alcuni processi, le conseguenze che l’istituzione di tali zone hanno sulla gestione dei flussi migratori sono più articolate e complesse. La disapplicazione di alcune disposizioni del regime giuridico ordinario, infatti, comporta l’esclusione dello straniero dai suoi benefici e dunque la sua sottoposizione ad una diversa disciplina, spesso derogatoria, attraverso cui le autorità statali semplificano alcune procedure relative all’ingresso e all’allontanamento dei migranti, in particolar modo quelli irregolari e i richiedenti asilo¹⁵.

L’istituzione di zone di transito in corrispondenza dei confini statali è invero una delle c.d. *early generation non-entrée practices* attraverso cui gli Stati hanno storicamente tentato di inibire l’arrivo, l’ingresso e l’ammissione sul territorio statale dei migranti irregolari, facilitandone l’allontanamento, siano essi c.d. migranti economici o richiedenti asilo. Tali *early generation practices* si sono sviluppate a partire dagli anni ‘80 secondo due approcci: il primo, maggiormente incentrato sull’elaborazione di regimi sanzionatori nei confronti dei vettori; il secondo che invece si fonda sull’istituzione delle c.d. zone di transito in cui, come spiegato, alcune norme dell’ordinamento giuridico sono sospese¹⁶.

Alcuni ordinamenti, come quello francese, prevedono esplicitamente la possibilità di designare tali zone e applicarvi una disciplina specifica. Diversamente, tale istituto è estraneo ad altri ordinamenti, come quello italiano. Tuttavia, si vedrà che, proprio in ragione delle caratteristiche peculiari delle zone di transito degli aeroporti, anche in contesti come quello italiano, le autorità sviluppano prassi *sui generis*, nell’ottica di inibire l’ammissione degli stranieri irregolari sul proprio territorio e semplificare le procedure di allontanamento.

In buona sostanza, nelle zone di transito aeroportuali, osserviamo la compresenza di più obiettivi: da un lato, lo scopo di facilitare il transito di merci e passeggeri che debbano raggiungere una destinazione terza; dall’altro, l’obiettivo di ostacolare l’ingresso degli stranieri irregolari e semplificarne l’allontanamento, mantenendoli alla frontiera fintantoché essi non siano formalmente autorizzati a fare ingresso sul territorio.

I modi attraverso i quali gli Stati dichiarano l’istituzione di tali zone e vi attribuiscono una disciplina giuridica particolare rispondente ai summenzionati fini, e dunque sovente derogatoria, sono due: la dichiarazione di extraterritorialità, invero ormai desueta; e

¹⁴ T. BELL, *op. cit.*, pp. 282 ss.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATAHWAY, Non-refoulement in a world of cooperative deterrence, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 53/2, 2015, p. 245.

l'applicazione della *fictio juris* di non ingresso. Le due tecniche saranno l'oggetto dei prossimi paragrafi.

6. Le zone di transito aeroportuali tra extraterritorialità e finzione di non ingresso

6.1. "Extraterritorialità" e istituzione delle zone di frontiera

Si è spiegato che alcuni ordinamenti prevedono esplicitamente la possibilità di istituire zone di attesa con una disciplina specifica presso i confini dello Stato, e dunque anche presso i confini aeroportuali. Le tecniche giuridiche alla base dell'attribuzione di tale disciplina specifica sono svariate, ma tra di esse quelle più rilevanti ai fini dell'analisi dell'oggetto del presente lavoro sono due: la finzione di extraterritorialità e la finzione di non ingresso.

Si intende preliminarmente precisare che col termine "extraterritorialità", in questa sede, si vogliono indicare tutte quelle tecniche giuridiche che consistono in una manipolazione funzionale nell'applicazione di alcune norme dell'ordinamento giuridico ordinario su alcune porzioni del territorio statale. Queste ultime divengono così "esterne" al territorio dello Stato: attraverso la finzione di extraterritorialità gli Stati le dichiarano strumentalmente al di fuori del proprio ordinamento giuridico ordinario, relativamente ad alcune questioni e ad alcune procedure; al contempo, tuttavia, esse rimangono sottoposte alla sovranità dello Stato¹⁷.

Sebbene non riguardi le zone di transito degli aeroporti, un chiaro esempio di tale tecnica è quello australiano, il caso delle c.d. *excised zones*, la cui istituzione risale ai primi anni 2000¹⁸. Nell'ordinamento australiano, è necessario fare domanda di visto per fare ingresso sul territorio. Ai sensi del *Migration Act* del 1958, esistono due procedure a tal fine: la "*onshore visa*", applicabile a chi abbia raggiunto e si trovi già "legalmente" sul territorio australiano; e la "*offshore visa*", che riguarda invece i soggetti che non si trovano sul territorio australiano.

La procedura *onshore* prevede che lo straniero si trovi presente nella "*migration zone*", che ai sensi del *Migration Act* del 1958 e sino al 2013, corrispondeva, grossolanamente, all'intero territorio australiano¹⁹. Questa distinzione si applicava anche ai richiedenti asilo, ai quali le autorità conferivano un visto speciale, c.d. "*onshore protection visa*", ai fini del loro ingresso sul territorio (nella *migration zone*) per avviare la procedura di determinazione dello status di rifugiato.

¹⁷ Cfr. H. BATTJES, Territoriality and Asylum Law: The Use of Territorial Jurisdiction to Circumvent Legal Obligations and Human Rights Law Responses, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 47, 2017, pp. 263 ss.

¹⁸ P. MAILLET, Excision or the Australian Government's Attempt to Subvert the Refugee Convention through Extra-Territoriality, in *Nowhere Countries: Exclusion of Non-citizens from Rights through Extra-Territoriality at Home*, ID. (a cura di), Brill, Leida, 2019, p. 94; P. MAILLET, A. MOUNTZ, K. WILLIAMS, Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Serach and Rescue Region, in *Social and Legal Studies*, 2/27, 2018, p. 144; A. VOGL, Over the borderline: A critical inquiry into the geography of territorial excision and the securitization of the Australian border, in *University of New South Wales Law Journal*, 38/1, 2015, p. 150; A. LAZARUS HIRSH, The borders beyond the border: Australia's extraterritorial Migration Control, in *Refugee Survey Quarterly*, 36/3, 2017, p. 72.

¹⁹ Ai sensi del *Migration Act* del 1958 (n. 62), para 5(1) la *migration zone* è «the area consisting of the States, the Territories, Australian re- source installations and Australian sea installations and, to avoid doubt, includes: a) land that is part of a State or Territory at mean low water; and b) sea within the limits of both a State or a Territory and a port; and c) piers, or similar structures, any part of which is connected to such land or to ground under such sea; but does not include sea within the limits of a State or Territory but not in a port».

A partire dal 2001, il governo australiano ha messo a punto la c.d. *excised policy*, che è consistita nell'escludere alcune porzioni del territorio australiano, così denominate *excised zones*, dalla "migration zone", e dunque dalla zona all'interno della quale lo straniero deve trovarsi ai fini della procedura *onshore*. Allo straniero che raggiunga l'Australia attraverso una *excised zone*, dunque, si applicherà la procedura *offshore*, poiché, in virtù di una finzione di extraterritorialità, tali zone non fanno parte della *migration zone* australiana relativamente a tali procedure di immigrazione. Quanto ai richiedenti asilo, a tale *excision policy* si accompagnava poi la c.d. "*Pacific solution*", che prevedeva la possibilità di processare le istanze di asilo dei richiedenti intercettati nelle *excised zones* confinando questi ultimi presso alcune isole al largo delle coste australiane (Christman island, Papua Nuova Guinea e Nauru)²⁰.

Il preludio della *excision policy* ha avuto luogo nel 1992, anno in cui furono apportate diverse modifiche al *Migration Act* del 1958 riguardo, in particolare, il regime di detenzione amministrativa dei migranti irregolari che tentano di raggiungere il paese. Così, veniva previsto un regime di trattenimento automatico delle c.d. "*designated persons*", ovvero, dei migranti sprovvisti di un titolo di ingresso in Australia²¹. Questo regime si caratterizzava per l'assenza di alcun tipo di controllo giurisdizionale sulla detenzione e per una durata massima della misura di circa 273 giorni. L'anno successivo, ulteriori emendamenti hanno annullato la durata massima della detenzione, stabilendo che essa termina solo quando è rilasciato un visto o quando la persona è allontanata; veniva inoltre esteso il regime di trattenimento automatico anche agli stranieri con visto scaduto che si trovavano sul territorio. La *excision policy* è stata formalizzata nel 2001²², ed ha subito due ondate espansive successive nel 2005 e nel 2013²³, anno in cui l'espansione è stata tale da far di fatto scomparire la *migration zone*, che è stata inglobata così nella *excised zone*²⁴. Dal 2013, dunque, chiunque faccia ingresso in Australia senza un visto valido, sarà considerato una *offshore entry person*. A questa categoria si applica un regime giuridico differenziale relativamente alla possibilità di presentare domanda di visto *onshore* (procedura ormai scomparsa) e alla libertà personale. Le *offshore entry persons* sono infatti automaticamente detenute in assenza di una durata massima della misura, fintantoché la procedura relativa al loro diritto di ingresso sul territorio è in corso.

²⁰ Cfr., T. MAGNER, A less than Pacific solution for asylum seekers in Australia, in *International Journal of Refugee Law*, 16/1, 2004, pp. 53 ss; P.D. FOX, International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia "Pacific Solution", in *Maryland Journal of International Law*, 2010, pp. 356 ss; S. TAYLOR, The Pacific Solution or a Pacific nightmare? The difference between burden shifting and responsibility sharing, in *Asian-Pacific Law and Politics Journal*, 6/1, 2005, p. 1 ss.

²¹ Ai sensi del *Migration act* 1958, sezione 177, una *designated person* è un «non-citizen who: (a) has been on a boat in the territorial sea of Australia after 19 November 1989 and before 1 September 1994; and (b) has not presented a visa; and (c) is in the migration zone; and (d) has not been granted a visa; and (e) is a person to whom the Department has given a designation by: (i) determining and recording which boat he or she was on; and (ii) giving him or her an identifier that is not the same as an identifier given to another non-citizen who was on that boat; and includes a non-citizen born in Australia whose mother is a designated person».

²² Inizialmente, le *excision zones* corrispondevano alle isole Christmas, le Ashmore e Cartier e le Cocos (Keeling).

²³ *Migration Amendment Regulations 2005* (No 6); *Migration Amendment (Unauthorised Maritime Arrivals and Other Measures) Act 2013*, Migration Act s 5AA.

²⁴ P. MAILLET, *Nowhere Countries*, cit., p. 95.

6.1.1. Il caso francese: dalla extraterritorialità alla finzione di non ingresso

Nel contesto europeo, un chiaro esempio di tale tecnica giuridica è rappresentato dal caso francese, che, a partire dagli anni '80 e sino agli inizi del decennio successivo, ha istituito diverse zone internazionali presso i propri aeroporti, principalmente quelli parigini. Trattasi in ogni evidenza dell'esito di una prassi governativa informale, e non già di un costrutto giuridico derivante dalla legge, almeno inizialmente.

Tra gli anni '80 e '90, le autorità di frontiera francesi, supportate dal governo, avevano sviluppato una prassi secondo la quale tali zone erano qualificate come extraterritoriali. Ciò comportava la disapplicazione del regime giuridico ordinario ai richiedenti asilo e agli immigrati irregolari che tentavano di entrare sul territorio francese transitando attraverso tali zone. Il regime giuridico così elaborato riguardava principalmente la valutazione delle istanze di protezione internazionale e la possibilità di respingere i migranti irregolari evadendo i propri obblighi internazionali in materia di divieto di *refoulement* e, in ogni caso, senza particolari formalità amministrative.

La negazione dell'accesso alla procedura di protezione internazionale era giustificata, secondo tale prassi, dalla circostanza per cui i migranti che si trovavano presso le zone di transito non potevano considerarsi presenti sul territorio dello Stato, poiché essi si trovavano in una zona internazionale al di fuori della giurisdizione statale²⁵. Ciò implicava, inoltre, la possibilità di trattenere i migranti presso tali zone per un tempo potenzialmente indefinito²⁶, in attesa dell'esecuzione del loro allontanamento verso lo Stato di origine o di provenienza. Tale prassi ha avuto una battuta d'arresto nel 1992, quando la Francia adottò la sua Legge sulle zone di transito, ed è stata poi sanzionata dalla Corte EDU nel celebre caso *Amuur c. Francia*²⁷.

Nel periodo precedente l'entrata in vigore della Legge del 6 luglio 1992²⁸ disciplinante il regime giuridico applicabile a chi si presentasse alla frontiera sprovvisto di un titolo di ingresso e soggiorno, la condizione giuridica di chi si trovasse in tale situazione in attesa di una decisione in merito all'ammissibilità di una eventuale richiesta di protezione internazionale, e dunque di essere "ammesso sul territorio" in quanto richiedente asilo, non era regolata dalla legge ma era oggetto di una serie di prassi amministrative sommariamente rintracciabili nel Decreto del 9 marzo 1982 e in una circolare amministrativa, peraltro non pubblica, del 26 giugno 1990²⁹. Rispettivamente, esse stabilivano che in caso di domanda di asilo alla frontiera, l'autorità competente a decidere in merito all'ammissibilità era il Ministero dell'Interno, sentito

²⁵ P. MAILLET ET AL, *Exclusion Through Imperio*, cit., p. 163; A. SHACHAR, *Bordering Migration/Migrating Borders*, in *Berkley Journal of International Law*, 37/93, 2019, p. 115; J.B. FRÉTIGNY, *Air Travel Opens New Understanding of Borders: The Case of Paris Charles de Gaulle Airport*, in *Annales de géographie*, 2014, pp. 151 ss; ANAFE, *Frontières du droit, frontiere des droits, l'introuvable statut de la zone internationale*, L'Harmattan, Parigi, 1993, pp. 5 ss; C. MARAKEMI, *Governing borders in France: from extraterritorial to humanitarian confinement*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 3/24, 2009, pp. 411 ss. Il caso francese e l'evoluzione della legislazione in materia saranno descritte nel dettaglio nel prossimo capitolo.

²⁶ C. MARAKEMI, *op. cit.*, p. 415, nella sua ricerca indica una media di 20 giorni di permanenza.

²⁷ Cfr. *infra*, cap. 1.

²⁸ Legge 6 luglio 1992, Loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

²⁹ Ordinanza del 26 giugno 1990, Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

il Ministero degli esteri; e davano una definizione al concetto di “zona di transito” (la zona che si estende dal luogo di sbarco ai punti di controllo), precisando che, all’occasione, la zona di transito poteva estendersi anche all’adiacente Hotel Arcade, nel caso degli aeroporti di Parigi Charles de Gaulle e Orly. La circolare inoltre precisava che il “trattenimento” non dovesse avvenire nel totale isolamento dal mondo esterno e che gli individui dovessero godere di libertà di movimento *all’interno* della zona, senza tuttavia poter fare ingresso sul territorio francese.

A quel punto, il destino di chi si trovasse in tale situazione si biforcava: in caso di rifiuto di ingresso, l’ordinanza 45-2658 del 28 novembre 1945 stabiliva che esso dovesse avvenire per iscritto esplicitandone le motivazioni, e che lo straniero avesse la possibilità di informare un rappresentante legale e/o una persona di sua scelta. La Legge 89-528 del 2 agosto 1989 prescriveva che il rimpatrio non potesse avvenire prima di un giorno e che lo straniero fosse trattenuto per il tempo strettamente necessario alla sua organizzazione; se questo superava le 24 ore, l’ordinanza 28 novembre 1945 prevedeva l’intervento di un tribunale, che poteva decidere di estendere il trattenimento per un massimo di sette giorni, superati i quali, se il rimpatrio non era stato effettuato, lo straniero doveva essere rilasciato. La stessa norma includeva importanti diritti come quello di consultare un medico e di comunicare con un consulente legale, il consolato di riferimento e una persona di sua scelta, specificando che il trattenimento dovesse avvenire in appositi locali e centri di detenzione sotto l’autorità del sistema penitenziario³⁰.

Se invece l’istanza di protezione internazionale veniva accolta, allora lo straniero veniva ammesso “legalmente” in Francia e così prendeva parte alla procedura ordinaria di determinazione del suo *status* di protezione internazionale. Tuttavia, nulla disciplinava ciò che accadeva dal momento della presentazione dell’istanza di protezione alla decisione in merito alla sua ammissibilità da parte del Ministero dell’Interno: tale vuoto normativo significava, di fatto, che i richiedenti asilo rimanevano “confinati” in attesa di una decisione del Ministero per un tempo potenzialmente indefinito. Le autorità giustificavano tale vuoto normativo ricorrendo all’argomento dello status extraterritoriale di tali zone: non appartenendo alla Francia, la legge francese non poteva applicarsi³¹.

È stato osservato in dottrina che il ricorso a tale finzione di extraterritorialità è divenuto oggi poco percorribile, in ragione proprio di un *corpus* giurisprudenziale che ne ha dichiarato l’illegittimità³². Nel caso della Francia, ad esempio, la decisione della Corte EDU in *Amuur* ha rappresentato la chiosa dell’epoca dell’extraterritorialità, invero già soppiantata dall’entrata in vigore della Legge sulle zone di transito nel 1992.

Tuttavia, ciò non ha di fatto precluso agli Stati la possibilità di ricorrere ad altre tecniche e finzioni giuridiche per raggiungere gli stessi obiettivi. Il caso francese ne è un esempio: a partire dagli anni ‘90, l’ordinamento francese ha infatti istituzionalizzato alcune delle prassi

³⁰ Cfr. P. MAILLET ET AL, *Exclusion Through Imperio*, cit., p. 164.

³¹ Si veda *infra*; cfr. V. VIET, *La France immigrée: construction d'une politique 1914-1997*, Fayard, Parigi, 1998; P. WEIL, *La France et ses étrangers ; L'aventure d'une politique d'immigration 1938-1991*, Gallimard, Parigi, 2005, p. 78; ciò ha portato la Corte EDU a ritenere il trattenimento presso la zona di transito dell’aeroporto di Charles de Gaulle priva di una base legale nel caso *Amuur*, cfr. *infra*.

³² T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATHAWAY, *op. cit.*, p. 247.

amministrative appena descritte prevedendo esplicitamente, a livello legislativo, la possibilità di istituire delle zone di attesa presso i propri confini.

La Francia adottava così la sua Legge del 6 settembre 1991, successivamente sostituita dalla Legge del 6 luglio 1992 e ulteriormente modificata dalla Legge del 27 dicembre 1994³³. La normativa introdotta disciplinava tutta la fase del trattenimento presso le zone rinominate di attesa (di porti, aeroporti e stazioni ferroviarie), distinguendo nettamente il trattenimento alla frontiera da quello “ordinario”, fattispecie che prima invece ricevevano la stessa disciplina, quella dell’articolo 35bis dell’ordinanza del 28 novembre 1945.

In particolare, il trattenimento in frontiera così disposto ha una durata iniziale di quattro giorni, estendibili a ulteriori quattro dopo l’intervento dell’autorità giudiziaria. In ultima istanza, il esso è rinnovabile fino a un massimo di ulteriori 12 giorni, previa autorizzazione dell’autorità giudiziaria, per un totale massimo di 20 giorni³⁴.

Nel conferire una disciplina giuridica al trattenimento dei richiedenti asilo, la nuova Legge istituzionalizzava tuttavia una differenza di trattamento tra lo straniero alla frontiera e quello che si trovasse già sul territorio, distinguendo nettamente il trattenimento ai sensi dell’articolo 35bis dell’Ordinanza del 28 novembre 1945 da quello dello straniero in transito alla frontiera, a detrimento di quest’ultimo: se infatti il trattenimento ordinario continua a avere una durata di 24 ore, estendibili ad un massimo di sette giorni, la durata di quello alla frontiera è nettamente superiore.

Alla base della legittimazione di tale differenza di trattamento, come osservato in dottrina, vi è l’idea che il trattenimento presso tali zone non abbia la stessa intensità di quello ordinario, nella misura in cui la differenza risiede anche nello status giuridico delle due categorie di individui destinatari della misura. Tale argomentazione, d’altronde, era stata accolta anche dal Consiglio Costituzionale francese che, nell’esprimersi sulla versione precedente della Legge, quella del 1991, e pur dichiarandone la non conformità con la Costituzione, ammetteva che gli stranieri trattenuti presso le zone di transito non subissero lo stesso grado di limitazione di quelli trattenuti sul territorio ai sensi dell’articolo 35 bis dell’Ordinanza del 28 novembre 1945³⁵.

È evidente dunque che, nel caso francese, fornire una disciplina giuridica ad una situazione precedentemente invisibile legalmente ha significato istituzionalizzare una differenza di trattamento sulla base di una riformulazione della tesi della extraterritorialità: sebbene infatti questa sia formalmente decaduta, una disparità di trattamento è pur sempre giustificata, questa volta, dallo *status* di chi si trovi ad attraversare la frontiera e dalla istituzionalizzazione della finzione giuridica di non presenza “legale” sul territorio³⁶.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. P. RYGIEL, Les politiques d’immigration en France des années 1970 aux années 1990, in *Cahiers de l’institut CGT d’histoire sociale*, 2013, pp. 22 ss; attualmente, così è disposto ai sensi degli artt. L-342-1-L.342-19 Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, 1 marzo 2005 (CESEDA).Le zone di attesa sono disciplinate dal Titolo IV CESEDA, titolato “Zones d’atteinte”, artt. 340-1 a 343-3.

³⁵ Consiglio Costituzionale, decisione n°91-294 del 25 luglio 1991.; cfr. B. GENEVOIS, L’entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-307 du 25 février 1992, in *Revue française de droit administratif*, 2/8, 1992, pp 1 ss.

³⁶ M. ISERTE, Enquête en «zone d’attente réservée» de l’aéroport de Paris-Charles de Gaulle: vers une gestion sécuritaire des « flux migratoires », in *Cultures et Conflits*, 71, 2008, pp. 31 ss; per lo sviluppo successivo della legislazione francese in materia, si veda Mailliet, cit.; V. GUIRAUDON, *Les politiques d’immigration en Europe*,

Secondo la legislazione attualmente in vigore in Francia, ai sensi dell'art. L341-6 del Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA d'ora in avanti), «*la zone d'attente s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle est délimitée par l'autorité administrative compétente. Elle peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier*».

Secondo l'ordinamento francese in vigore, lo straniero che giunga sul territorio irregolarmente attraverso una frontiera ferroviaria, portuale o aeroportuale può essere “posto” (*placé*) presso tali zone ai fini della valutazione della sua ammissione sul territorio. Secondo l'art. L341-7 CESEDA, la zona di attesa si estende anche oltre il suo luogo di origine, andando a ricomprendere tutti quei luoghi «*dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale*»³⁷. Ciò vuol dire che la zona di attesa abbandona la sua dimensione fisica aderendo alla persona dello straniero che, finché si troverà sottoposto alla procedura di valutazione del suo diritto di ingresso sul territorio, sarà considerato fittiziamente ancora in frontiera.

Il trattenimento presso le zone di transito francesi comporta inoltre la sottoposizione al regime della “non-ammissione”, che si distingue da quello “espulsivo”. Se infatti allo straniero è rifiutato l'ingresso sul territorio a seguito del suo trattenimento in frontiera, egli sarà di conseguenza sottoposto al c.d. “rifiuto di ingresso” e al respingimento alla frontiera, la cui esecuzione, a differenza dell'espulsione, in caso di ricorso non può essere sospesa. Ciò comporta il fatto che gli stranieri non ammessi, a differenza di quelli che si trovano già sul territorio e sono espulsi, possono essere effettivamente allontanati attraverso procedure semplificate e accelerate, che non richiedono particolari formalità e sono contornate da minori garanzie³⁸.

Questo ci porta a interrogarci sulla la c.d. finzione di non ingresso, che caratterizza la disciplina delle zone di transito aeroportuali e della relativa condizione giuridica dello straniero che vi si trovi. Questa finzione sarà un elemento ricorrente nel lavoro e, in virtù della sua rilevanza, ne verrà dato un inquadramento preliminare nel paragrafo seguente.

6.2. La finzione di non ingresso: la distinzione tra “ingresso fisico” e “ingresso legale”

La finzione di non ingresso è una *fictio juris* in virtù della quale si ritiene lo straniero, pur fisicamente presente alla frontiera, ancora *in limine*, ovvero, non “giuridicamente” presente sul territorio statale fintantoché le autorità non ne abbiano formalmente autorizzato l'ingresso. Essa non si basa, dunque, su una manipolazione che agisce sullo *status* del territorio statale, come nel caso delle *excised zones* australiane. Diversamente, tale *fictio juris* si fonda sullo

Allemagne, France, Pays Bas, L'Harmattan, Parigi, 2000, p. 20 ss; O. CLOCHARD, Zones d'attente et demande d'asile à la frontière: le renforcement des contrôles migratoires?, in *Revue européenne des migrations internationales*, 2/19, 2003, pp. 1 ss; ANAFE, *Dans les coulisses de Roissy: l'enfermement des étrangers en aérogare. Rapport de visites des aérogares de Roissy-Charles de Gaulle*, febbraio 2016.

³⁷ CESEDA, artt. L341-1 à L341-7.

³⁸ CESEDA, artt. L. 332-1 a L 332-3.

status del soggetto che si trova alla frontiera o presso le zone di transito e su una disarticolazione tra il concetto di ingresso fisico e quello di ingresso legale, e dunque tra quello di ingresso e di ammissione: la mera presenza fisica dello straniero sul territorio non implica necessariamente che egli sia considerato *giuridicamente* presente, fintantoché le autorità non lo abbiano formalmente ammesso sul territorio³⁹.

Da ciò consegue che, sino ad una decisione delle autorità in merito all'autorizzazione all'ingresso dello straniero, esso potrà essere sottoposto ad un regime giuridico deteriore rispetto a quello applicato a chi invece sia, o sia stato, autorizzato a fare ingresso sul territorio⁴⁰.

Lo scopo della finzione di non ingresso è quello di creare uno “spazio-tempo liminale”⁴¹ che coinvolge i momenti in cui si svolgono le procedure di controllo e di valutazione dei requisiti di ingresso degli stranieri sul territorio. Questo spazio giuridico liminale permette agli Stati di sostenere che essi non sono obbligati a garantire allo straniero *in limine* le garanzie attribuibili a chi sia stato invece ammesso sul territorio in seguito ad una valutazione positiva dei requisiti di ingresso. Questa finzione giuridica appare alquanto diffusa, e addirittura implicitamente incorporata, in alcuni istituti del diritto internazionale, europeo e, per certi versi, anche in quello italiano dell'immigrazione, e ha importanti ricadute sul regime giuridico afferente, *inter alia*, al diritto di ingresso sul territorio dello straniero, al suo diritto di presentare istanza di protezione internazionale, alla sua libertà personale, al respingimento e ai rimedi giurisdizionali esperibili a tutela dei suoi diritti.

Nel contesto europeo, tale *fictio juris* è presente negli ordinamenti di paesi quali Austria, Belgio, Francia, Germania, Spagna, Portogallo, Grecia e Ungheria⁴². Similmente al caso francese, la Germania, ad esempio, ha iniziato ad applicare tale finzione (*Fiktion der Nichteinreise*) con il *Residence Act* (13 sezione), dapprima alle sue frontiere aeree, e dal 2018 anche alle frontiere terrestri⁴³. Ai sensi del *Residence Act*, la *Fiktion der Nichteinreise* implica che lo straniero può considerarsi giuridicamente presente sul territorio solo successivamente ad una autorizzazione all'ingresso da parte delle autorità statali⁴⁴.

Come osservato in dottrina, da ciò consegue che il confine tedesco non è più definito dai confini territoriali tradizionali, ma piuttosto dalla determinazione giuridica discrezionale delle autorità. Ne deriva che anche l'arrivo sul territorio, non è più un elemento oggettivo basato sulla presenza fisica, ma una valutazione soggettiva che dipende in larga parte dalla discrezione della polizia di frontiera tedesca⁴⁵.

³⁹ T. BASARAN, *Security, Law and Borders: At the Limits of Liberties*, Routledge, Londra, 2011, p. 120 ss; ID., *Security, Law and Borders: Spaces of Exclusion*, in *International Political Sociology*, 2, 2008, p. 345; ID., *Legal borders in Europe: The waiting zone*, in *A Threat against Europe? Security, Migration, Integration*, J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (a cura di), VUB Press, Bruxelles, 2011, p. 150.

⁴⁰ T. GAMMELTOFT-HANSEN, J.C. HATHAWAY, *op. cit.*, p. 244.

⁴¹ K. SODERSTORM, *An analysis of the fiction of non-entry as appearing in the Screening Regulation*, ECRE Commentary, settembre 2022, p. 2.

⁴² *Ivi*, p. 3.

⁴³ K. SODERSTROM, *Flexible borders: The fiction of non-entry and asylum seekers in Germany*, CONREP Blog, 17 luglio 2019.

⁴⁴ Residence Act (Act on the Residence, Economic Activity and Integration of Foreigners in the Federal Territory) nella versione promulgata il 25 February 2008 (Federal Law Gazette I p. 162), most recently amended by Article 4b of the Act of 17 February 2020 (Federal Law Gazette I p. 166), sezione n. 13.

⁴⁵ *Ivi*.

Ciò ha importanti conseguenze sul regime giuridico applicabile, in particolar modo, ai richiedenti protezione internazionale, poiché essi potranno essere sottoposti alla procedura di asilo ordinaria solo se ammessi sul territorio. Contrariamente, le autorità possono analizzare le istanze di protezione presentate alla frontiera da stranieri irregolari secondo una procedura semplificata, che prevede minori garanzie sostanziali e procedurali. Nella fattispecie, i richiedenti protezione internazionale “non presenti” (non ammessi) sul territorio sono in tal modo trattenuti presso i c.d. *Anker Centers* fino a 18 mesi, e le loro istanze sono valutate nel quadro di una procedura semplificata. Se il richiedente proviene da un altro Stato Schengen, esso sarà automaticamente trattenuto, sottoposto alla procedura Dublino e trasferito nello Stato membro competente alla valutazione della sua istanza ai sensi del Regolamento Dublino⁴⁶; se invece il richiedente proviene da uno Stato extra-Schengen, e la sua istanza di protezione viene denegata, egli sarà respinto alla frontiera⁴⁷.

L'esempio più compiuto di applicazione della finzione di non ingresso, tuttavia, si rinviene al di fuori del continente europeo. Sono infatti gli Stati Uniti che, storicamente, hanno sviluppato e poi applicato tale finzione ai migranti in transito attraverso le loro frontiere statali. Data la rilevanza e l'eshaustività di tale esempio, nel prossimo paragrafo ne verrà descritta l'origine e lo sviluppo, insieme alle sue conseguenze sullo *status* giuridico dello straniero.

6.2.1. La dottrina della “*entry fiction*” nella giurisprudenza statunitense

La dottrina della c.d. *entry fiction* è apparsa nel diritto dell'immigrazione statunitense più di un secolo fa, precisamente, per la prima volta, nel 1884⁴⁸. Quell'anno la Corte Suprema si pronunciò sull'applicabilità del 14 emendamento (giusto processo e protezione equivalente) ai non cittadini presenti negli Stati Uniti. Secondo la Corte Suprema, i benefici derivanti dal 14 emendamento potevano estendersi ai non-cittadini che risiedono legalmente con un permesso di soggiorno permanente negli Stati Uniti (c.d. *permanent legal residents*), ma non agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio, e nemmeno ai c.d. “*parolees*”, ovvero, a quegli stranieri non ammessi sul territorio, o meglio, ammessi provvisoriamente, in attesa di una decisione delle autorità in merito al loro *status*.

La Corte perfeziona il significato di ammissione sul territorio nel 1905, in *United States v. Ju Toy*, nel cui quadro elabora per la prima volta più compiutamente la dottrina della c.d. “*entry fiction*”. *Ju Toy*, il ricorrente, era fisicamente presente sul territorio statunitense, precisamente al Porto di San Francisco e lamentava una violazione del suo diritto all'*habeas*

⁴⁶ Regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, GU L 180/31 del 29 giugno 2013 (Regolamento Dublino).

⁴⁷ *Ivi*.

⁴⁸ E. LEE, The end of entry fiction, in *North Carolina Law Review*, 99/3, 2021, p. 565. Come chiarisce l'A. «[b]efore turning to the exclusion and detention of aliens in contemporary law, it is important to consider the relevance of aliens' physical presence on our land. By the late nineteenth century, it became impossible to complete all immigration inspections aboard vessels. Congress therefore passed several immigration laws to permit inspectors to order the "temporary removal" of an alien from a vessel for inspection; the statutes also specified that this removal would not be considered "a landing. The "removal" and "landing" provisions were the beginning of what has come to be called the "entry fiction"», cit. p. 72.

corpus, poiché era di fatto trattenuto in attesa di una decisione in merito al suo diritto di entrare sul territorio. Tuttavia, poiché egli non disponeva di un valido titolo di ingresso, per la Corte Suprema, Ju Toy non poteva dirsi presente sul territorio giuridicamente. Per la Corte «*[t]he petitioner, although physically within our boundaries, is to be regarded as if he had been stopped at the limit of our jurisdiction and kept there while his right to enter was under debate*»⁴⁹. Su tale base, per la Corte, egli non aveva diritto all'*habeas corpus*. Ju Toy non fu mai ammesso sul territorio e fu allontanato verso la Cina, suo paese di provenienza, dopo un periodo di trattenimento che, nel ragionamento della Corte, siccome avveniva nel quadro di un rifiuto di ingresso, non poteva considerarsi una forma di privazione della sua libertà personale.

Da allora e sino ai giorni nostri, la dottrina della "*entry fiction*" ha continuato e continua ad essere applicata negli Stati Uniti, che hanno negli anni sviluppato un sistema composto da una costellazione di condizioni giuridiche soggettive, che possono essere distinte a seconda che si adotti la prospettiva dell'ammissione sul territorio o della regolarità del soggiorno dello straniero⁵⁰.

Partendo dal discrimine della regolarità del soggiorno, allora si distinguerà tra i "*permanent legal residents*" e gli "*irregular aliens*", che comprende tutti quegli stranieri che non hanno un diritto di residenza negli Stati Uniti, indipendentemente dall'aver ricevuto o meno una autorizzazione.

Se invece si adotti il discrimine dell'ammissione, prescindendo quindi dalla regolarità del soggiorno, la giurisprudenza statunitense distingue in primo luogo tra i "*deportable aliens*" e gli "*excludable aliens*". La prima categoria comprende i "*permanent legal residents*" così come tutti gli stranieri che si trovano irregolarmente sul territorio ma che vi hanno in qualche modo fatto ingresso. Al fine dell'ingresso, non rileva la regolarità o meno dell'attraversamento della frontiera: i "*deportable aliens*" possono essere entrati regolarmente sul territorio o possono anche esservi introdotti sottraendosi ai controlli di frontiera. Gli "*excludable aliens*" sono invece gli stranieri che non hanno ricevuto una autorizzazione formale all'ingresso sul territorio e che dunque non sono considerati giuridicamente presenti⁵¹.

Vi sono così gli "*undocumented aliens*", ovvero quegli stranieri che sono riusciti a sottrarsi ai controlli di frontiera e si trovano sul territorio, o ancora, persone la cui permanenza è divenuta irregolare dopo un periodo di residenza regolare sul territorio. Essi sono dunque gli stranieri che, pur essendo irregolari (*irregular*), hanno fatto ingresso sul territorio e vi sono considerati giuridicamente presenti. Questa categoria non riceve lo stesso trattamento di chi invece si trova sul territorio sulla base di una autorizzazione formale delle autorità (*permanent legal residents*), ma, in quanto parte dei "*deportable aliens*", gode in ogni caso di importanti garanzie costituzionali, in particolare, quelle previste dal 5 e dal 14 emendamento⁵². In *Yick Wo*

⁴⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Stati Uniti c. Ju Toy*, 198 U.S. 253, 1905; si veda, A. WEXLER, *The Murky Depths of the Entry Fiction Doctrine: The Plight of Inadmissible Aliens Post-Zadvydas*, in *Cardoso Law Review*, 2004, p. 2039.

⁵⁰ *Ivi*, p. 2032.

⁵¹ E.A. KILINSBERG, *Penetrating the Entry doctrine: Excludable Alien's Constitutional Rights in Immigration Processes*, in *Immigration and Naturalisation Law Review*, 1990, p. 94.

⁵² Il 5 emendamento della Costituzione degli Stati Uniti del 1791 recita che «[n]essuno sarà tenuto a rispondere di reato, che comporti la pena capitale, o che sia comunque grave, se non per denuncia o accusa fatta da una grande giuria, a meno che il reato riguardi membri delle forze di terra o di mare, o della milizia, in servizio effettivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno potrà essere sottoposto due volte, per uno stesso reato, a un

c. Hopkins, la Corte Suprema ha infatti chiarito che i due emendamenti si applicano a chiunque si trovi giuridicamente all'interno del territorio statunitense, e dunque anche agli “*undocumented aliens*”. Successivamente, la Corte ha esteso a tale categoria una serie di prerogative quali l'*habeas corpus*, il diritto a un giusto processo nelle more della procedura di espulsione, nonché il diritto alla protezione della propria libertà personale nel quadro di ispezioni e perquisizioni⁵³.

Ben diversa è invece la condizione degli “*excludable aliens*” tra cui figurano i c.d. “*parolees*” e gli “*aliens detained at the borders*”. Anche conosciuti come “*arriving aliens*” o ancora “*unentered aliens*”⁵⁴, i *parolees* sono tutti quei soggetti che sono stati ammessi provvisoriamente negli Stati Uniti in quanto inespellibili, ma che non hanno mai ricevuto una autorizzazione formale all'ingresso nel paese, ai quali la Corte Suprema ha esteso compiutamente la *entry fiction* a partire dal 1925 col caso *Kaplan c. Tod*. Il caso coinvolgeva una giovane ragazza di origine russa giunta negli Stati Uniti per raggiungere il padre. La ragazza fu detenuta per un periodo ad Ellis Island per poi essere giudicata inespellibile, e per tal motivo “temporaneamente” rilasciata sul territorio⁵⁵. La ricorrente visse così otto anni negli Stati Uniti, sino all'avvio di un procedimento di allontanamento a suo carico da parte del governo. Per la Corte Suprema, la ragazza non aveva diritto a permanere sul territorio, né a ricorrere avverso la decisione di rimpatrio, nonostante la lunga permanenza di fatto nel paese, poiché non era mai stata formalmente ammessa, e dunque non aveva mai fatto giuridicamente ingresso nello Stato⁵⁶: «*[s]he was still in theory of law at the boundary line and had gained no foothold in the United States*». A partire dal caso Kaplan, il temporaneo “rilascio” sul territorio degli *excludable aliens* è diventata una prassi amministrativa alquanto strutturata, ed è stata codificata solo nel 1952 nel diritto dell'immigrazione statunitense⁵⁷.

procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro se stesso, né potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza regolare processo legale [*due process of law*]; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza giusta indennità»; il 14 emendamento fu inserito successivamente nel 1868 e impone agli Stati dell'unione di garantire la stessa protezione legale a tutte le persone sottoposte alla loro giurisdizione. Questa clausola fu usata a metà del XX secolo per porre termine alla segregazione razziale negli Stati Uniti.

⁵³ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Stati Uniti c. Brignoni Ponce*, 422 US, (1975).

⁵⁴ E. LEE, *op. cit.*, p. 572.

⁵⁵ Il significato della locuzione “*to be paroled*” è assimilabile a quello che nell'ordinamento italiano si ha con “libertà vigilata”. Nel caso dei *paroled* analizzato in questa sede, il significato è sovrapponibile con quello di “ammissione temporanea” o di “rilascio temporaneo”, il cui fulcro risiede proprio nella circostanza per cui questi soggetti non sono mai stati formalmente ammessi sul territorio, ma le autorità hanno interrotto il periodo detentivo in applicazione del divieto di ingresso e le hanno temporaneamente rilasciate.

⁵⁶ L'estensione della *entry fiction* ai *parolees* si presentò invero *in nuce* nel caso *Nishimura Ekiu c. Stati Uniti*, 142 U.S. 651 (1892), ma fu compiutamente elaborata solo a partire dal caso Kaplan. Secondo E. LEE, la *ratio* della *entry fiction* negli Stati Uniti ha originariamente uno scopo “umanitario”, poiché serviva a garantire un luogo degno e sicuro a tutti quei soggetti fragili e tuttavia inammissibili. Si veda E. LEE, *op. cit.*, pp. 587 ss.

⁵⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Kaplan c. Tod*, 267 U.S. 228 (1925); Cfr., Immigration and Nationality Act of 1952, ch. 477, paras 212(d)(5), 66 Stat. 163, 188 (1952) (codified as amended at 8 U.S.C. § 1182(d)(5) (1988 & Supp. V. 1993)). Questa sezione della legge prevede che il procuratore generale possa, a sua discrezione, rilasciare temporaneamente gli stranieri escludibili negli Stati Uniti. La libertà condizionale può essere subordinata alle condizioni stabilite dall'esecutivo e deve essere per “motivi urgenti” o “motivi ritenuti di stretto interesse pubblico”; si veda C.D. WEISSELBERG, Exclusion and Detention of Aliens: Lessons from the Lives of Ellen Knauff and Ignatz Mezei, in *University of Pennsylvania Law Review*, 4/143, 1995, p. 952.

Infine, l'ultima categoria è quella degli “*aliens detained at the border*”, che comprende tutti quegli stranieri che sono stati fermati alla frontiera e vi sono trattenuti. Questa categoria è, in realtà, per alcuni elementi sovrapponibile a quella dei *parolees*: in entrambi i casi lo straniero non è ammesso sul territorio; tuttavia, mentre i *parolees* non sono più trattenuti, e dunque sono fisicamente liberi di muoversi sul territorio, con uno *status* simile a quello di chi è sottoposto a libertà condizionale, gli *aliens detained at the border* sono trattenuti alla frontiera. A questi ultimi non possono dunque applicarsi i principi relativi al giusto processo, né l'*habeas corpus*, e anzi, nella giurisprudenza della Corte Suprema, essi possono essere trattenuti per un periodo potenzialmente indeterminato⁵⁸. Così è stato affermato nel caso *Mezei*⁵⁹. *In casu*, il ricorrente aveva vissuto per 25 anni negli Stati Uniti ed aveva fatto ritorno nel suo paese di origine, la Romania, per assistere la madre in fin di vita. Non era riuscito ad ottenere un visto per il reingresso negli Stati Uniti, e così, al suo ritorno nel paese, le autorità gli negarono la sua ammissione sul territorio e ne disposero il trattenimento presso Ellis Island, che durò più di 21 mesi, ed a nulla valse la sua precedente permanenza ventennale sul territorio.

Frattanto, il sig. Mezei chiese una autorizzazione all'ingresso in circa 15 Stati, senza successo. Per tale motivo tentò di sollevare il suo diritto all'*habeas corpus*, che tuttavia gli fu negato, in ragione del fatto che egli era un *excludable alien* il cui *status* non gli permetteva di ricorrere avverso il trattenimento, poiché, ancora una volta, non poteva dirsi giuridicamente presente sul territorio in quanto mai autorizzato a farvi ingresso⁶⁰. Col caso Mezei la Corte Suprema affermò il principio secondo il quale gli *excludable aliens detained at the borders*, in ragione del loro *status* di non ammessi sul territorio, non hanno diritto ai benefici del 5 emendamento, e dunque all'*habeas corpus*, potendo così essere “trattenuti” per un tempo potenzialmente indefinito.

Si evince dalla ricostruzione appena illustrata che l'ammissione sul territorio costituisce, nella giurisprudenza statunitense, un importante discrimine quanto all'attribuzione dei diritti costituzionali agli stranieri, discrimine per certi versi più incisivo della regolarità del soggiorno. Si vedrà nei prossimi capitoli che nel contesto europeo l'ammissione sul territorio e la relativa finzione di non ingresso, ha un ruolo la cui rilevanza pare accrescersi nel tempo, ma che pare in ogni caso meno incisivo e discriminante rispetto al caso statunitense.

⁵⁸ A. WEXLER, *op. cit.*, p. 2035.

⁵⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Shaughnessy c. Mezei*, 345 U.S. 206 (1953).

⁶⁰ In dottrina il *favor* mostrato dalla giurisprudenza statunitense verso gli *undocumented aliens* rispetto agli *unentered aliens* è stato oggetto di critiche, poiché ha l'ovvia conseguenza di incentivare i tentativi di ingresso irregolare attraverso canali irregolari rispetto ai soggetti che invece decidono di sottoporsi ai controlli di frontiera; si veda, E. Lee, *cit.*, p. 593; un caso eloquente in tal senso è quello relativo alle vicende dei richiedenti asilo haitiani che hanno cercato rifugio tra gli anni '70 e la fine degli anni '80 negli Stati Uniti. Sino al 1981 questi rifugiati potevano entrare sul territorio essendo classificati come *parolees*, dunque soggetti non ammissibili ma allo stesso tempo inespellibili. L'amministrazione Reagan cambiò tale prassi, decidendo che a partire dal 1981 i richiedenti asilo haitiani, poiché non ammissibili sul territorio, non dovessero più essere “*paroled*” negli Stati Uniti ma dovessero rimanere trattenuti ai confini. Il caso dei richiedenti haitiani è stato alla base delle sentenze *Jean e Jean II* (Corte di Appello 11th Circuit, 1981; 1983) attraverso le quali la giurisprudenza statunitense ha esteso la *entry fiction* non solo ai diritti afferenti all'*habeas corpus* e al giusto processo, ma anche alla procedura relativa alla possibilità di essere *paroled* (temporaneamente ammesso) sul territorio. Prima di tale decisione, un migrante non ammesso sul territorio poteva comunque ricorrere contro la decisione di inammissibilità e chiedere di essere *paroled*, e uscire dal regime detentivo; si veda, S.A. WEINBERG, *Jean v. Nelson: Expansion of the entry fiction doctrine*, in *Southwestern University Law Review*, 15/1985, p. 580.

Quanto alla questione dei diritti costituzionali attribuibili o meno allo straniero alla frontiera, il tema della libertà personale e della detenzione alla frontiera per impedirne l'ingresso sul territorio, è quello che viene più immediatamente in rilievo in relazione alla dottrina della *entry fiction*. È infatti a questo tema che si collega una ulteriore teoria ricorrente nei casi di stranieri trattenuti presso le zone di transito, che è quella della c.d. “prigione con tre pareti”, anch'essa elaborata per la prima volta e più compiutamente dalla giurisprudenza statunitense. Questa teoria sarà analizzata nel prossimo paragrafo, che esporrà, ancora una volta, a sua illustrazione, il caso degli Stati Uniti.

6.3. Il trattenimento degli *excludable aliens* e la teoria della prigione con tre pareti

La natura detentiva della permanenza nelle zone di transito è un tema che viene in rilievo, almeno nel continente europeo, a partire dalla fine degli anni '80, periodo in cui iniziano a consolidarsi una serie di prassi afferenti al trattenimento degli stranieri presso le zone di transito, in particolare quelle di porti e aeroporti⁶¹.

L'espressione “prigione con tre pareti”⁶² indica quella teoria elaborata a tal fine, secondo la quale allo straniero “mantenuto” alla frontiera nel quadro di un rifiuto di ingresso, o nelle more della procedura di determinazione del suo diritto all'ingresso sul territorio, non sarebbe sottoposto a una privazione della libertà personale, poiché egli sarebbe in ogni momento libero di lasciare la zona di transito o di confine per fare ritorno nel suo paese di origine o di provenienza.

Questa argomentazione è intimamente connessa alla questione dell'ammissione sul territorio per due ragioni: innanzitutto, impedire ad un individuo di lasciare la zona di transito in direzione del territorio, secondo tale teoria, non è una forma di detenzione, ma semplicemente un impedimento dell'ingresso; inoltre, non essendovi una autorizzazione all'ingresso, e dunque non essendo la persona giuridicamente presente sul territorio, le autorità non avrebbero giuridicamente alcun potere di disporre il trattenimento dell'individuo, ma, ancora una volta, solo di impedirne l'ingresso⁶³.

La teoria della prigione con tre pareti è stata elaborata dapprima nella giurisprudenza statunitense ed in particolare nel già citato caso *Mezei*. Si è spiegato che *in casu*, la Corte Suprema non ha ritenuto che il ricorrente avesse diritto all'*habeas corpus*, né a ricorrere avverso il suo trattenimento. In *Mezei* il governo riteneva che non vi fosse privazione della libertà

⁶¹ È in conseguenza al diffondersi di tali prassi che, in quegli anni, i principali organismi di controllo internazionali iniziano a esprimersi in merito, ribadendo invece il carattere detentivo di tale forma di trattenimento; si veda, *ex plurimis*: ONU, Working Group on Arbitrary Detention, Question of the Human Rights of all Persons Subjected to any form of Detention or Imprisonment. UN Office of the High Commissioner for Human Rights. E/CN.4/1998/44, 1998; ID., Civil and Political Rights, Including Questions of Torture and Detention: Report of the Working Group on Arbitrary Detention. UN Office of the High Commissioner for Human Rights. E/CN.4/1999/63, 1999; United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers, Febbraio 1999; cfr. G. CAMPESI, Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica, in *Ragion Pratica*, 2/2014, p. 475.

⁶² D. WILSHER, *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 111-113.

⁶³ *Ivi*, p. 112.

personale perché il sig. *Mezei* «*is free to take leave in any direction except west*». La Corte Suprema ha silenziosamente accolto tale argomentazione, nonostante nel caso del sig. *Mezei* l'eventualità di lasciare gli Stati Uniti in direzione di un altro paese fosse peraltro remota, poiché egli non riceveva alcuna autorizzazione all'ammissione in altri Stati nonostante i suoi numerosi tentativi. In *Mezei*, fu così sostenuto che le prigioni di Ellis Island costituivano un luogo di accoglienza umanitaria, dal quale lo straniero è in qualunque momento libero di allontanarsi recuperando la propria libertà⁶⁴.

Invero, già all'epoca del caso, si sollevava la voce dissenziente del giudice Justice Jackson. Nella sua *dissenting opinion*, egli ironicamente affermava che «*Government counsel ingeniously argued that Ellis Island is his "refuge" whence he is free to take leave in any direction except west. That might mean freedom, if only he were an amphibian! Realistically, this man is incarcerated by a combination of forces which keep him as effectually as a prison, the dominant and proximate of these forces being the United States immigration authority*». Secondo il giudice, giungere a sostenere una tale teoria rappresentava una forzatura della *legal fiction of non entry*⁶⁵.

Nel quadro del nostro lavoro, questa teoria emergerà principalmente nel capitolo 2 sul Consiglio d'Europa. Infatti, diversi Stati europei, specialmente intorno agli anni '90, hanno avanzato tale giustificazione per negare il carattere detentivo del trattenimento dello straniero presso le zone di transito. Si vedrà che la Corte EDU ha smentito la validità di tale teoria, pur accogliendo la finzione di non ingresso nel quadro della detenzione dei migranti.

7. Le zone di transito aeroportuali nel diritto internazionale

7.1. Il diritto interazionale dei trasporti: la Convenzione di Chicago del 1944

Alcuni utili riferimenti all'oggetto del nostro lavoro sono presenti nel diritto internazionale dei trasporti, ed in particolare, nel quadro della Convenzione sull'aviazione civile internazionale (anche conosciuta come Convenzione di Chicago). La Convenzione fu firmata nel 1944 a Chicago ed è entrata in vigore tre anni dopo, nel 1947, all'atto del deposito della 26ima ratifica⁶⁶, ed ha l'obiettivo principale di sviluppare in modo sicuro e ordinato regole comuni riguardo l'aviazione civile e ed i servizi internazionali di trasporto aereo. Nel 1947 fu istituita la ICAO (Organizzazione internazionale dell'aviazione civile), istituto specializzato

⁶⁴ G. CAMPESI, *op. cit.*, p. 475.

⁶⁵ Il giudice Jackson dissentiva su diversi altri elementi della decisione in *Mezei*. Egli infatti riteneva che, pur accordando alle autorità il potere di detenere un *inadmissible alien*, a quest'ultimo dovessero comunque essere garantiti i principi afferenti al giusto processo: «*I conclude that detention of an alien would not be inconsistent with substantive due process, provided - and this is where my dissent begins - he is accorded procedural due process of law*». E dunque, egli affermava che «*Congress has ample power to determine whom we will admit to our shores and by what means it will effectuate its exclusion policy. The only limitation is that it may not do so by authorizing United States officers to take without due process of law the life, the liberty or the property of an alien who has come within our jurisdiction; and that means he must meet a fair hearing with fair notice of the charges*».

⁶⁶ Convenzione sull'aviazione civile internazionale, firmata a Chicago il 7 dicembre 1944, entrata in vigore il 7 aprile 1947, autorizzata e resa esecutiva in Italia con d.lgs. del 6 marzo 1948, n. 616, GU n. 131 del 8/06/1948.

delle Nazioni Unite incaricata di sviluppare e adottare standard e raccomandazioni, nel quadro della Convenzione istitutiva, sulla navigazione aerea e l'aviazione civile⁶⁷.

A integrazione della Convenzione e delle sue norme, l'ICAO elabora periodicamente *standard* e raccomandazioni, anche conosciuti come Annessi alla Convenzione o ancora, allegati. Ad oggi, l'ICAO ha pubblicato 19 Annessi su una varietà di temi quali, *inter alia*, le licenze, la meteorologia, le telecomunicazioni aeronautiche e la gestione della sicurezza. L'Annesso che rileva ai fini del nostro lavoro è l'Annesso n. 9, anche conosciuto come Annesso sulla "Facilitazione". Esso fu adottato nel 1949 ed è poi stato sottoposto a periodiche revisioni, emendamenti e integrazioni, di cui l'ultima risale al 2018.

L'allegato sulle Facilitazioni ha come obiettivo lo snellimento delle formalità relative ai controlli sul traffico aereo e commerciale sia per i passeggeri che per le merci, in aree quali i controlli doganali, l'immigrazione, la sanità pubblica, al fine di ridurre le pratiche burocratiche, standardizzare a livello internazionale i documenti relativi al traffico per via aerea e semplificare le procedure necessarie per controllare gli aeromobili, i passeggeri e le merci, in modo da ridurre eventuali ritardi dovuti all'adempimento dei controlli doganali sugli aeromobili, le merci e le persone⁶⁸.

La base giuridica per le procedure di facilitazione è il Capo IV della Convenzione (Provvedimenti intesi a facilitare la navigazione aerea). Il suo art. 23 sulle formalità doganali e l'immigrazione recita che «[o]gni Stato contraente si impegna, in quanto lo ritiene possibile, ad emanare regolamenti doganali e sull'immigrazione applicabili alla navigazione aerea internazionale, conformemente ai metodi che potrebbero essere stabiliti o raccomandati in virtù della presente Convenzione [...]». Ai sensi dell'art. 37 della Convenzione, inoltre, l'ICAO ha il potere di modificare periodicamente e a seconda delle necessità, gli standard relativi ai controlli doganali e di immigrazione.

L'allegato sulle facilitazioni ci interessa particolarmente per due ragioni: in primo luogo, il documento menziona una definizione del concetto di "zona di transito aeroportuale", l'unica nel diritto internazionale; inoltre, contiene una disciplina, seppur generale, delle procedure relative ai controlli di immigrazione sull'ingresso e sull'allontanamento delle persone, che ci pare sintomatica di alcune delle questioni affrontate nel corso di questo capitolo.

Nella sezione relativa alle definizioni, troviamo diversi elementi di nostro interesse. Sono qui presenti innanzitutto due definizioni relative alle zone di transito aeroportuali che ne rispecchiano da un lato, la dimensione di facilitazione economica, e dall'altro, quella relativa

⁶⁷ L'ICAO inizialmente PICAO come consiglio provvisorio in seno all'assemblea per l'aviazione civile internazionale tenutasi a Chicago tra il 1° novembre e il 7 dicembre 1944. Scopo del PICAO era elaborare e coordinare le norme transitorie da adottare per un periodo di 3 anni al fine di porre le basi per un ente internazionale dell'aviazione civile. Il PICAO divenne ICAO durante l'assemblea plenaria a cavallo tra il maggio e il giugno 1946 a Montréal, luogo che divenne la sede definitiva dell'ICAO. L'organizzazione in Italia è anche conosciuta con l'acronimo OACI (organizzazione dell'aeronautica civile internazionale).

⁶⁸ L'Allegato 9 si basa su 10 articoli della Convenzione di Chicago che richiedono che la comunità dell'aviazione civile rispetti le leggi che disciplinano l'ispezione di aeromobili, merci e passeggeri da parte delle autorità interessate alle dogane, all'immigrazione, all'agricoltura e alla salute pubblica. Articoli della Convenzione di Chicago su cui si basa la Facilitazione: Articolo 10: Atterraggio all'aeroporto doganale; Articolo 13: Norme di ingresso e di sdoganamento; articolo 14: Prevenzione della diffusione delle malattie; Articolo 22: Facilitazione delle formalità; Articolo 23: Procedure doganali e di immigrazione; Articolo 24: Dazio doganale; Articolo 29: Documenti trasportati in aereo; Articolo 35: Restrizioni al carico; Articolo 37: Adozione di norme e procedure internazionali; Articolo 38: Deroche alle norme e alle procedure internazionali.

all'immigrazione e al transito di persone sul territorio. Troviamo così la definizione di “*free zone*”: «*[a] part of the territory of a Contracting State where any goods introduced are generally regarded, insofar as import duties and taxes are concerned, as being outside the customs territory*». Una zona dunque dove l'ordinamento giuridico è sospeso relativamente ad alcune norme col fine di facilitare alcuni processi economici.

Diversa è la “*direct transit area*”, la cui dimensione attiene al transito delle persone, ed è definita come «*[a] special area established in an international airport, approved by the public authorities concerned and under their direct supervision or control, where passengers can stay during their transit or transfer without applying for entry to the State*». Da tale definizione emerge dunque che la zona di transito è una zona dove i passeggeri in transito possono sostare in attesa del loro volo senza dover essere sottoposti ai controlli di immigrazione, dunque persone il cui ingresso, non essendo stato autorizzato, a livello giuridico, non è formalmente avvenuto. Anche in tal caso, l'obiettivo di designare la *direct transit area* è quello di facilitare la condizione dei passeggeri in transito che, non essendo diretti nello Stato in questione, sono esenti dai controlli di immigrazione, a loro volta definiti come «*[m]easures adopted by States to control the entry into, transit through or departure from their territories of persons travelling by air*».

Un'analisi complessiva dell'allegato mostra che la facilitazione attiene anche un'altra area del settore immigrazione, che è quella dell'allontanamento dello straniero. L'allegato distingue infatti tra lo *status* e la relativa procedura di allontanamento, dei “*deportees*” e delle “*inadmissible persons*”, sulla base di una distinzione simile a quella riportata in questo capitolo tra i “*deportable aliens*” e gli “*inadmissible aliens*”.

Così, un *deportee* è «*[a] person who had legally been admitted to a State by its authorities or who had entered the State illegally, and who at some later time is formally ordered by the competent authorities to leave the State*”. Una *inadmissible person* è invece «*[a] person who is or will be refused admission to a State by its authorities*». A loro volta, un “*deportation order*” è «*[a] written order, issued by the competent authorities of a State and served upon a deportee, directing him to leave a State*», mentre un “*removal order*” sarà un «*written order served by a State on the operator on whose flight an inadmissible person travelled into that State, directing the operator to remove that person from its territory*».

Le misure di controllo immigrazione e dell'ingresso sul territorio sono dettagliate nel capitolo 3 (*Entry and departure of persons and their luggage*). La prima parte attiene ai documenti di viaggio e alla loro autenticità, e raccomanda agli Stati di accettare come documenti di viaggio e titoli quali il passaporto, i visti e, in caso di accordi tra Stati, le carte di identità. Quanto ai visti, la sezione incoraggia gli Stati a snellire il requisito dei visti in termini sostanziali e procedurali⁶⁹.

Le procedure relative all'allontanamento dei *deportees* e delle *inadmissible persons* sono invece descritte nel capitolo 5, che titola “*inadmissible persons and deportees*”. Ad apertura della sezione, il paragrafo 5.2.1. prevede che durante le procedure di allontanamento

⁶⁹ Sez. E., paras 3.20-3.26.

gli agenti statali sono tenuti al rispetto della dignità umana, ed in particolare ad osservare le rilevanti norme internazionali tra cui il Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite⁷⁰.

Quanto alle *inadmissible persons*, (sezione B) emerge immediatamente una caratteristica delle procedure di respingimento alla frontiera, che è quella del ruolo e della responsabilità del vettore in tale procedura. Così, le autorità che hanno disposto il rifiuto di ingresso e il relativo allontanamento della persona devono contattare il vettore responsabile in modo da informarlo dei dettagli del caso e organizzare l'allontanamento nel minor tempo possibile. Inoltre, dal momento in cui le autorità hanno disposto il rifiuto di ingresso e l'allontanamento, il vettore sarà responsabile della custodia e del trattamento della persona, sino al momento in cui quest'ultima lascia il territorio dello Stato.

Ancora, il vettore può allontanare la persona verso lo Stato dal quale proveniva o, in alternativa, quello in cui ne è autorizzata l'ammissione ma non, ovviamente, verso un paese dove la persona non ha ricevuto previa autorizzazione all'ingresso. Il punto 5.8 evidenzia una dimensione che suggerisce una possibilità di coercizione del vettore sulla persona ove quest'ultima opponga resistenza all'allontanamento. Si legge infatti che «[c]ontracting States that have reasons to believe that an inadmissible person might offer resistance to his removal shall inform the aircraft operator concerned as far in advance as possible of scheduled departure so that the aircraft operator can take precautions to ensure the security of the flight». L'allegato raccomanda agli Stati di non prevedere multe per il vettore responsabile dell'arrivo sul territorio dell'*inadmissible person* se esso è in grado di dimostrare di aver preso le misure e le precauzioni necessarie al controllo del possesso dei titoli di ingresso sul territorio⁷¹.

Infine, la sezione C. riguarda l'allontanamento dei *deportees*. La prima differenza risiede proprio nel ruolo del vettore. Nel caso dei *deportees*, infatti, non è il vettore, bensì le autorità statali ad essere in carico di «*all obligations, responsibilities and costs associated with the removal*»⁷². Gli Stati contraenti devono così trasmettere al vettore informazioni e documenti quali una copia dell'ordine di espulsione, una valutazione dei rischi relativi al trasporto della persona e il nome e la nazionalità del *deportee*. Si prevede inoltre che il vettore può rifiutare l'imbarco di un *deportee* ove questo ponga problemi di sicurezza al volo e che gli Stati, a tal proposito, debbano tenere in considerazione le *policies* del vettore coinvolto relative al trasporto di questa particolare categoria di persone. Infine, l'allegato esorta gli Stati a fare uso di voli diretti nelle procedure di allontanamento dei *deportees*.

⁷⁰ Le disposizioni dell'Allegato 9 sono incorporate nelle linee guida dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC). In particolare, quelle relative all'allontanamento dello straniero (sezione 5) sono tradotte nell'Annesso 2, Linee guida per l'allontanamento dei deportati. Egualmente, l'Allegato 9 è alla base delle Guidelines for the removal of deportees elaborate dalla International Air Transport Association (IATA), che riportano sostanzialmente le disposizioni dell'Allegato 9 in forma di *standard* e linee guida.

⁷¹ Sulla questione dei vettori e delle *carrier sanctions* si veda il Capitolo 3 di questo lavoro sul diritto dell'Unione europea; sulla questione più specifica della *carrier sanctions* nella Convenzione di Chicago, si veda E. FELLER, Carrier Sanctions and International Law, in *International Journal of Refugee Law*, 1/1, 1989, p. 50; A. CRUZ, Carrier Sanctions in Four European Community States: Incompatibilities Between International Civil Aviation and Human Rights Obligations, in *Journal of Refugee Studies*, 1/4, 1991, p. 72.

⁷² Para 5.18.

7.2. Il diritto internazionale dei diritti umani: l'ONU e le zone di transito aeroportuali

Le zone di frontiera sono state oggetto di attenzione anche delle Nazioni Unite (ONU d'ora in avanti), i cui organi e comitati si sono espressi sulle pratiche di esclusione che gli Stati implementano presso i loro confini internazionali. In particolare, il tema è stato affrontato dall'Alto commissariato per ONU per i diritti umani e dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), prevalentemente attraverso strumenti di *soft law*.

È inoltre doveroso menzionare l'attività del sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura, il cui mandato si estende a tutti i luoghi di privazione della libertà personale. Sebbene non si sia mai occupato in modo specifico delle zone di transito aeroportuali, esse rientrano senz'altro potenzialmente nel suo mandato, in quanto luoghi di trattenimento *de facto*. Si darà dunque conto dell'attività del sottocomitato, insieme alle c.d. “Mandela rules”, ovvero, *standard* elaborati dalla Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti.

7.2.1. L'Alto commissariato per i diritti umani dell'ONU

In ordine, l'ufficio dell'Alto commissariato per i diritti umani dell'ONU (OHCHR) ha stilato delle linee guida sul rispetto dei diritti umani nelle zone di frontiera e presso i confini internazionali degli Stati⁷³, con l'obiettivo di fornire una guida agli Stati sul tema dell'applicazione dei diritti umani presso i loro confini. Proprio in relazione alle finzioni giuridiche implementate dagli Stati presso le zone di transito, l'Alto commissariato chiarisce che «*[i]nternational borders are not zones of exclusion or exception for human rights obligations. States are entitled to exercise jurisdiction at their international borders, but they must do so in light of their human rights obligations. This means that the human rights of all persons at international borders must be respected in the pursuit of border control, law enforcement and other State objectives, regardless of which authorities perform border governance measures and where such measures take place*»⁷⁴.

Le linee guida si focalizzano sulla promozione dei diritti umani⁷⁵ nelle seguenti aree: intercettazione e salvataggio; prima accoglienza e assistenza; identificazione; trattenimento;

⁷³ Alto Commissariato delle Nazioni Unite per I Diritti Umani (OHCHR), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, 23 luglio 2014.

⁷⁴ *Ivi*, p. 1.

⁷⁵ L'Alto commissariato, in tal senso, invita gli Stati a implementare i 10 “*UN core rights treaties*”. Gli strumenti in questione sono i seguenti: Patto internazionale sui diritti civili e politici, del 16 dicembre 1966, autorizzato e reso esecutivo in Italia con l. del 25 ottobre 1977, n. 881, in GU n. 333 del 7 dicembre 1977; Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, autorizzato e reso esecutivo in Italia con l. del 25 ottobre 1977, n. 881, in GU n. 333 del 7 dicembre 1977; Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 13 ottobre 1975, n. 654, in GU n. 337 del 23 dicembre 1975; Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 14 marzo 1985, n. 132, in GU n. 89 del 15 marzo 1985; Convenzione sui diritti del fanciullo, del 20 novembre 1989, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 27 maggio 1991, n. 176, GU n. 135 del 11 giugno 1991; la Convenzione contro la tortura e ed altre pene e trattamenti inumani e degradanti del 10 dicembre 1984, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 3 novembre 1988, n. 489, GU n. 71 del 18 novembre 1988 e il suo Protocollo opzionale del 18 dicembre 2002, autorizzato e reso esecutivo in Italia con l. 9 novembre 2012, n. 195, in GU n. 270 del 19 novembre 2012; la Convenzione sui diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 18 dicembre 1990,

respingimento. In primo luogo, è importante sottolineare che i soggetti cui le linee guida si riferiscono sono *tutti* i migranti a prescindere dal loro *status*, ed in particolar modo quelli irregolari e che giungono irregolarmente al confine dello Stato⁷⁶.

Secondo le linee guida, un confine internazionale è definito come «*the politically defined boundaries separating territory or maritime zones between political entities and to the areas where political entities exercise border governance measures on their territory or extraterritorially (such areas include land checkpoints, border posts at train stations, ports and airports, immigration and transit zones, the high seas and so-called “no-man’s land” between border posts, as well as embassies and consulates)*». L'oggetto di attenzione del documento corrisponde a tutte le pratiche di “border governance”, intese come tutte quelle misure, sia giuridiche che di *policies*, relative a tutte le azioni dirette alla gestione dei flussi in entrata e in uscita, e dunque, l'intercettazione, il salvataggio, lo *screening*, l'identificazione, l'accoglienza, il trattenimento, l'allontanamento dello straniero⁷⁷.

In primo luogo, le linee guida ribadiscono in apertura il primato del rispetto dei diritti umani nella gestione dei confini statali, anche quando alcune azioni siano affidate a soggetti privati, quali i vettori. La gestione e il controllo dei confini, dunque, deve avvenire nel pieno rispetto del primato dei diritti umani e del superiore interesse del minore, ove siano coinvolti minori migranti. Il documento sottolinea che tutti i migranti ai confini statali sono titolari del diritto ad un equo processo, che implica il diritto ad un esame individuale delle loro istanze, ad un ricorso effettivo avverso le decisioni delle autorità⁷⁸.

Il presidio dei confini deve inoltre svolgersi nel rispetto del principio di non discriminazione, della proibizione del respingimento, evitando la criminalizzazione dell'attraversamento irregolare della frontiera, che, secondo le linee guida, deve rimanere eventualmente una infrazione amministrativa e non già ricadere nella sfera penale⁷⁹.

non ratificata dall'Italia né da alcun paese della UE; la Convenzione per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate del 20 dicembre 2006, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 29 luglio 2015, n. 131, GU n. 192 del 20 agosto 2015; la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. del 3 marzo 2009, n. 18, GU n. 61 del 14 marzo 2009.

⁷⁶ OHCHR, Recommended Principles, p. 4 (definizioni, in particolar modo la definizione di “migrant at international borders”, che comprende “all international migrants present at international borders”).

⁷⁷ Ai sensi del para. B(10)(e): “[t]he terms ‘border governance’ and ‘border governance measures’ include but are not limited to legislation, policies, plans, strategies, action plans and activities related to the entry into and exit of persons from the territory of the State, including detection, rescue, interception, screening, interviewing, identification, reception, detention, removal or return, as well as related activities such as training, technical, financial and other assistance, including that provided to other States”.

⁷⁸ Para B(c)(10).

⁷⁹ Ai sensi della Dichiarazione Universale dei Diritti umani, art. 2 «[a]d ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciati nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione». Nella Dichiarazione universale, il principio di non discriminazione è indicato come uno dei principi generali per il godimento dei diritti umani. Il divieto di discriminazione appartiene dunque a quello “zoccolo duro” del Diritto Internazionale generale e quindi dello *Ius Cogens*, ed è inoltre menzionato nella maggior parte degli strumenti normativi internazionali, come l'art. 1 della Carta delle NU, l'art. 2 comune ai due Patti internazionali del 1966 sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali, e nella Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, cfr. M. GIUFFRIDA, *La tutela delle minoranze e il principio di non discriminazione nel diritto internazionale*, in *Antico mare e identità migranti: un itinerario interdisciplinare*, a cura di M. MARCHEGANI, Giappichelli, Torino, 2017, p. 74; F.J. DOEBBLER, *The Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Editore, Washington, 2007, pp. 1 ss; S. FARRIOR (a cura di), *Equality and Non-Discrimination in International Law*, Routledge, Londra, 2015, p. 34 ss; sulla questione specifica dei rifugiati, S.

La quarta sezione del documento riguarda le azioni di intercettazione e salvataggio. Per ciò che più ci interessa ai fini del nostro lavoro, l'Alto commissariato invita gli Stati a assicurare che anche gli attori privati che si occupano dell'ingresso e del trasporto dei passeggeri possano essere ritenuti responsabili per eventuali violazioni dei diritti umani e si dotino di un codice di condotta relativamente a tali azioni.

La quinta sezione delle linee guida affronta il tema della prima assistenza, e prevede che gli Stati offrano una prima assistenza materiale e medica a tutti i migranti senza discriminazioni e prestando particolare attenzione ai soggetti vulnerabili. Quanto ai luoghi ove tale assistenza è offerta, le linee guida prevedono che essi offrano cibo, acqua, materiale sanitario e anche la possibilità di accedere all'assistenza legale.

La questione dello screening dei migranti in ingresso e della loro identificazione è affrontata nella sezione successiva, e prevede che ciò avvenga col fine di «*ensure that each individual's situation and reasons for entry are determined and that migrants who may be at particular risk at international borders are identified and appropriately referred*».

L'ottava sezione si riferisce al tema della detenzione alla frontiera. L'Alto commissariato invita gli Stati a formulare una legislazione che preveda il ricorso alla detenzione come misura di ultima istanza, decisa caso per caso, e solo ove misure meno restrittive siano considerate inadeguate rispetto al fine perseguito. In tal senso, particolare attenzione è data alla prevenzione del ricorso alla detenzione arbitraria in frontiera: qualunque restrizione della libertà personale del migrante deve avvenire in quanto «*measure of last resort and that the reasons for any detention are clearly defined in law, of limited scope and duration, necessary and proportionate, and that reasons for such detention are explained to migrants*»⁸⁰. Viene dunque ribadito il principio di legalità e protezione dall'arbitrarietà della detenzione. Di estrema rilevanza anche in relazione ai temi trattati nelle sezioni precedenti del presente capitolo, è poi il tema della detenzione indeterminata: per l'Alto commissariato, infatti, gli Stati dovrebbero adeguare la loro legislazione in modo da evitare qualunque rischio di un ricorso al trattenimento per un tempo indefinito, «*so that persons in situations that may potentially lead to indefinite or protracted detention are not subjected to this type of deprivation of their liberty*», soprattutto in quei casi di soggetti inespellibili⁸¹.

Quanto poi alle condizioni materiali del trattenimento, esse devono allinearsi a quanto previsto dalle *UN Standard Minimum Rules on the Treatment of Prisoners*, insieme agli altri standard internazionali elaborati in materia⁸². Il personale operante nei centri di detenzione alle frontiere statali deve essere adeguatamente preparato in tema di diritti umani e questioni di genere, nonché su tutti gli aspetti culturali e religiosi. È inoltre importante che i migranti non siano trattenuti insieme ai detenuti ordinari.

La sezione 9 tratta il tema dell'allontanamento dello straniero, che deve svolgersi nel pieno rispetto del diritto ad un giusto processo, del principio di *non-refoulement*, e del divieto

POPOJOY, Treating Like Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection, in *Melbourne University Law Review*, 184, 2010, pp. 195 ss.

⁸⁰ Para 8.3.

⁸¹ Cfr. para 5; si veda, *infra*

⁸² Si veda, *infra*.

di espulsioni collettive⁸³. In particolare, l'allontanamento dello straniero deve essere notificato attraverso un provvedimento scritto ed in una lingua comprensibile, con indicazione delle ragioni della misura e con riguardo alla situazione individuale del soggetto. Il trattenimento pre-espulsivo deve egualmente essere disposto caso per caso e solo ove metodi meno restrittivi non siano perseguibili e/o ritenuti adeguati allo scopo.

Infine, quanto alla procedura di allontanamento, essa dovrebbe essere sospesa ove si sospettino dei rischi per la salute del migrante e per la sua incolumità, ed in ogni caso essa deve avvenire nel rispetto della dignità umana e ricorrendo alla forza solo in ultima istanza e secondo una valutazione della proporzionalità della misura.

7.2.2. L'UNHCR e le zone di transito aeroportuali

L'UNHCR si è occupato del tema dell'ingresso sul territorio insieme a quello più specifico delle zone di transito aeroportuali. Partendo dal tema più generale dell'ingresso, l'Alto commissariato per i rifugiati lo ha affrontato nel c.d. *Ten Point Plan*⁸⁴, peraltro citato nel quadro delle linee guida appena esposte. Nel documento, che funge da supporto pratico agli attori coinvolti nelle procedure alle frontiere statali, l'Unhcr dedica un capitolo agli “*entry-systems*”, dunque ai sistemi di gestione dei flussi migratori in ingresso. In particolare, l'Alto commissariato suggerisce la creazione di *protection-sensitive entry systems*, che tengano appunto conto delle esigenze di protezione dei potenziali rifugiati nell'ambito di flussi che generalmente sono “misti”. Ciò implica necessariamente che le autorità e gli attori che operano in frontiera siano adeguatamente preparati a individuare potenziali soggetti rientranti nella categoria dei rifugiati, e rispettino quindi adeguatamente il principio di *non-refoulement*. Allo stesso modo, l'UNHCR incita gli Stati a ricorrere a procedure di allontanamento in frontiera dello straniero che siano in linea con la dignità umana e in ogni caso, in cooperazione col personale dell'agenzia⁸⁵.

Quanto al tema più specifico delle zone di transito degli aeroporti, l'UNHCR vi ha dedicato uno studio volto a rilevarne gli aspetti maggiormente problematici e a delineare gli aspetti giuridici rilevanti alla fattispecie⁸⁶. Il *paper* si indirizza, per ovvie ragioni, ai rifugiati e ai richiedenti asilo e si articola su due elementi: il diritto di asilo e il principio di *non-refoulement* e la non penalizzazione dell'ingresso irregolare. Quanto al primo, l'UNHCR ricorda che, pur avendo il potere di controllare e presidiare i propri confini, gli Stati sono

⁸³ Ai sensi dell'art. 33(1) della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati «[n]essuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Una parte della dottrina ritiene che il principio di non refoulement faccia parte delle norme di *jus cogens*, cfr. C. COSTELLO, *Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 46, 2015, pp. 273 ss; sul principio in generale, cfr. C.W. WOUTERS, *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Intersentia, Anversa, 2009, pp. 1 ss.

⁸⁴ UNHCR, *The Ten Point Plan in action*, 2010.

⁸⁵ *Ivi*, p. 13.

⁸⁶ UNHCR, *Legal considerations on state responsibilities for persons seeking international protection in transit areas or “international” zones at airports*, 17 gennaio 2019.

vincolati al rispetto del diritto di asilo, ribadito in numerosi strumenti di diritto internazionale e regionale⁸⁷, nonché al rispetto del principio di *non-refoulement*⁸⁸.

La questione della giurisdizione e della sua manipolazione funzionale è in tal senso centrale: il principio di *non-refoulement* si applica a chiunque ricada nella giurisdizione dello Stato, e dunque soprattutto sul suo territorio, che comprende anche le zone di transito e le zone internazionali degli aeroporti⁸⁹. Tale principio, sottolinea l'UNHCR, deve essere rispettato anche quando la persona non sia stata ammessa sul territorio, e debba ancora essere sottoposta ai controlli di immigrazione. Ancor più rilevante è la precisazione che non è possibile sottrarsi al rispetto di tale principio attraverso manipolazioni funzionali della propria giurisdizione o finzioni di extraterritorialità⁹⁰, poiché l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati impedisce allo Stato di invocare la propria legislazione come giustificazione per il mancato rispetto del diritto internazionale⁹¹.

Ciò si realizza nell'accesso all'informazione e all'assistenza legale del richiedente protezione internazionale presso le zone di transito degli aeroporti, e nella possibilità concreta di presentare la propria istanza di protezione, senza che questo implichi l'adempimento di particolari formalità.

Quanto alla questione della penalizzazione dell'ingresso irregolare sul territorio, l'Unhcr ricorda che ciò si pone in contrasto con l'art. 31(1) della Convenzione di Ginevra del 1951, che, secondo una ormai consolidata interpretazione, trova applicazione ai rifugiati e anche nei confronti dei richiedenti protezione internazionale, fintantoché la loro istanza sia ancora pendente⁹².

7.2.3. Il sottocomitato ONU per la prevenzione della tortura

Il sottocomitato per la prevenzione della tortura e tutti i trattamenti inumani e degradanti è un organismo del sistema di protezione dei diritti umani istituito dall'ONU. Esso è stato istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti

⁸⁷ Cfr. *supra*.

⁸⁸ Ovvio riferimento è al principio di *non-refoulement* così come sancito dalla Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiati del 1951 (autorizzata e resa esecutiva in Italia con l. n. 722 del 24 luglio 1954, GU n. 196 del 27 agosto 1954), al cui art. 33(1) è stabilito che «[n]essuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche». Cfr. G.S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford University, Oxford, 2007; J.C HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁸⁹ Così, I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 105, 116-118.

⁹⁰ Cfr. *supra*.

⁹¹ G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 253; UNHCR, *Legal considerations*, cit., p. 3.

⁹² UNHCR, *Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees – Revised, Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies*, Geneva, Switzerland, 8–9 novembre 2001, para. 10(g). In tal senso, il termine “sanzione” è da interpretare in maniera estensiva, e si riferisce dunque tanto alle sanzioni penali quanto a quelle amministrative o anche ad aggravii procedurali sui richiedenti protezione internazionale.

crudeli, inumani o degradanti (OPCAT), adottato l'11 dicembre 2002⁹³ ed entrato in vigore nel 2006. Il Protocollo istituisce un sistema duale, composto da un lato dal sottocomitato Onu e dall'altro, dagli organismi nazionali di prevenzione, di cui si parlerà in seguito.

L'istituzione del sottocomitato si prefigge lo scopo di rafforzare la tutela delle persone private della loro libertà personale attraverso l'istituzione di un sistema di visite preventive presso i luoghi di detenzione, che non sono limitati chiaramente alle sole prigioni. Il meccanismo così elaborato è conosciuto come meccanismo a "doppio binario"⁹⁴, poiché le visite sono svolte da organismi internazionali che nazionali. Il sottocomitato è formalmente un organo sussidiario del Comitato contro la tortura ed è composto da 25 esperti che vi siedono a titolo individuale e sono scelti tra persone di elevata levatura morale e di comprovata esperienza professionale, in conformità ai tradizionali principi di distribuzione geografica e di rappresentanza culturale e giuridica.

I suoi compiti si concretizzano in tre azioni. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 11, visitare i luoghi di detenzione sottoposti alla giurisdizione degli Stati contraenti. Le visite non richiedono il consenso dello Stato interessato ma è soggetto a notifica ex art. 13(2) OPCAT e, data l'interpretazione estensiva che il comitato stesso attribuisce ai suoi poteri, esso può anche procedere con visite "a sorpresa" in luoghi diversi da quelli indicati nel programma oggetto di notifica allo Stato.

Diversamente dalla controparte europea, il sottocomitato non può svolgere visite *ad hoc*. Alle visite regolari possono seguire delle visite di follow-up, che invece possono essere eseguite solo previo consenso dello Stato coinvolto. La procedura di follow up prevede poi che lo Stato comunichi tutte le misure intraprese per implementare le raccomandazioni, nei sei mesi successivi alla trasmissione del rapporto. Alla visita segue la redazione di un rapporto, in cui il sottocomitato descrive gli accertamenti e i sopralluoghi effettuati ed elabora eventuali raccomandazioni. Il rapporto è sottoposto a un regime di riservatezza, in virtù del quale esso viene trasmesso allo Stato oggetto di visita e ai suoi meccanismi nazionali di prevenzione, e può essere pubblicato solo previo consenso dello Stato coinvolto. Tuttavia, in caso di inosservanza delle raccomandazioni elaborate dal sottocomitato, esso può sanzionare lo Stato dando seguito alla pubblicazione del rapporto, o ad una dichiarazione pubblica.

Inoltre, al sottocomitato sono attribuiti ulteriori prerogative. In primo luogo, esso ha un ruolo di supervisione e controllo dei meccanismi nazionali di prevenzione e collabora con essi. Il sottocomitato, allo stesso modo, ex art. 11(b)(c), collabora anche con gli altri organi delle Nazioni Unite e con le istituzioni internazionali, regionali e nazionali, con lo scopo di rafforzare i meccanismi preventivi della tortura.

⁹³ Si veda *supra* per autorizzazione in Italia; adottato il 18 dicembre 2002 con risoluzione n. 57/199 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, è entrato in vigore il 22 giugno 2006. Vi fu una iniziale riluttanza a adottare il Protocollo già in sede di adozione della Convenzione del 1984 o addirittura di inserire il meccanismo preventivo nella Convenzione stessa. Si optò per un protocollo separato. L'esame del Protocollo, tuttavia, non riprese a seguito dell'adozione della Convenzione ed entrò in una grave fase di stallo, che durò oltre un decennio. Soltanto i risultati positivi del sistema di prevenzione frattanto istituito in ambito europeo dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 1985 e del comitato ad hoc così istituito, accelerarono la negoziazione del Protocollo.

⁹⁴ G. BROGNA, Il sistema di protezione istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 705.

Quanto, infine, ai meccanismi nazionali, essi fungono da implementazione di una funzione di sussidiarietà in virtù della loro prossimità col territorio, ed operano in piena autonomia ed indipendenza nazionale, sia del meccanismo nel suo insieme che del suo personale. Infatti, il protocollo si limita a individuare i tratti generali di tali meccanismi nazionali, che di fatto replicano la struttura e le funzioni del sottocomitato su scala nazionale.

Nello svolgimento delle visite, i meccanismi nazionali esercitano dei normali poteri d'indagine, assumono informazioni, possono confrontarsi con le persone private della libertà e godono di un diritto di accesso illimitato a ogni luogo di detenzione e alle informazioni ad essi relative.

Secondo una parte della dottrina, parrebbe sussistere una libertà "illimitata" dei meccanismi nazionali nella pianificazione e nello svolgimento delle visite. Tale potere implicherebbe anche un diritto di organizzare visite senza preavviso. Come per il sottocomitato ONU, successivamente alla visita, gli organismi nazionali possono rivolgere raccomandazioni alle autorità competenti e formulare proposte in merito alla legislazione vigente. I meccanismi nazionali, inoltre, predispongono un rapporto annuale sull'attività svolta da trasmettere al Comitato contro la tortura. A differenza del rapporto del sottocomitato, quello dei meccanismi nazionali non è soggetto ad obbligo di confidenzialità. Al contrario sono gli Stati stessi a dover occuparsi della sua pubblicazione e diffusione, ai sensi degli artt. 19, 20, 22 OPCAT⁹⁵.

In quanto luoghi di privazione della libertà personale dei migranti, le zone di transito aeroportuali rientrano senza dubbio nel mandato del sottocomitato, sebbene sinora non siano state ancora oggetto di visita⁹⁶. In ogni caso, nei capitoli che seguono, verrà enfatizzato il ruolo dei meccanismi nazionali di prevenzione in merito alle zone di transito aeroportuali, in particolar modo nel caso italiano.

7.2.4. Le Regole delle Nazioni Unite sullo standard minimo per il trattamento dei prigionieri (le c.d. *Mandela Rules*)

Le Regole delle Nazioni Unite che stabiliscono uno standard minimo per il trattamento dei detenuti e le condizioni della detenzione sono state adottate dall'Assemblea generale dell'ONU nel 2015, come esito di un percorso tuttavia travagliato. Infatti, il primo testo delle regole in parola fu elaborato nel 1955 e si componeva di 95 regole, adottate dal primo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento degli autori di reati. Tali prime regole stabilivano degli standard minimi seguendo due direttrici: il rifiuto della discriminazione sulla base dell'origine etnica, del colore, del sesso, del linguaggio, della religione, della politica o di altre opinioni, della nazionalità o contesto sociale, della proprietà, della nascita o di altri status; e il rispetto del credo religioso e dei precetti morali della comunità a cui la persona detenuta appartiene.

⁹⁵ Su tutto, cfr. G. BROGNA, *ibidem*; M. NOWAK, E. MCARTHUR, *The United Nations Convention against Torture, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 932; R. MURRAY, *The Role of National Human Rights Institutions*, in *International Human Rights Law. Six decades after the UDHR and Beyond*, M.A. BADERIN, M. SSENYONJO (a cura di), Routledge, Londra, 2010, p. 316.

⁹⁶ Rientrano nel mandato del sottocomitato luoghi come le prigioni, le stazioni di polizia, i centri di detenzione per migranti, gli istituti psichiatrici e i centri di assistenza sociale.

Esse saranno successivamente approvate dapprima dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite con una prima risoluzione del 1957 e saranno poi rivedute con una successiva risoluzione nel 1977. Tuttavia, solo nel 2011 l'Assemblea generale dell'ONU istituisce un gruppo di esperti *ad hoc* col fine di rivedere e aggiornare il testo, la cui più recente versione risale così al 2015, anno in cui la stessa Assemblea generale adotta gli Standard minimi delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti nella versione che noi oggi conosciamo⁹⁷. Gli standard minimi si compongono di 122 regole suddivise in aree tematiche. Essi rappresentano la sintesi delle rilevanti norme di una serie di strumenti internazionali applicabili alle condizioni della detenzione, e il filo rosso che collega le regole è il principio del rispetto della dignità della persona umana⁹⁸.

L'approccio degli *standard* è stato definito olistico dalla dottrina, poiché vi è una decisa enfasi sulla cura dell'individuo sia in termini fisici che in termini psicologici, nonché sulla necessità che i prigionieri seguano un percorso di tipo riabilitativo e non punitivo. Quanto all'aspetto delle procedure disciplinari, le regole enfatizzano come ogni sanzione contro i prigionieri debba essere proporzionata e basata sul rispetto della dignità della persona, sicché gli standard suggeriscono un ricorso minimo a metodi che implicino l'isolamento della persona e vietano le punizioni corporali, o ancora la deprivazione dal cibo e dall'acqua del prigioniero.

Si può evincere da quanto esposto sinora che le zone di transito aeroportuali sono senz'altro dei luoghi dove avviene una privazione della libertà personale dello straniero de facto, o in ogni caso di norma per brevi periodi, che tuttavia, come si vedrà, spesso possono prolungarsi sino a diversi giorni. Per tale motivo, alcune delle raccomandazioni elaborate in tali standard detentivi sono particolarmente rilevanti, specialmente in relazione alle condizioni materiali della detenzione. Dunque, in questa sede, si evidenzieranno le raccomandazioni rilevanti per tale tipo di trattenimento, tralasciando le regole che invece si indirizzano alla detenzione classica presso gli istituti penitenziari, che esula dall'oggetto del presente lavoro.

In particolare, la regola n. 11 prevede che i soggetti trattenuti debbano essere separati in base a valutazioni legate al sesso e all'età. La regola n. 13 riguarda invece le condizioni di salubrità del trattenimento, e raccomanda che esse rispettino requisiti minimi relativamente allo spazio vitale, aria e igiene. Inoltre, le condizioni sanitarie e igieniche dei servizi igienici devono essere adeguate a garantire al trattenuto la possibilità di mantenere la propria igiene personale in condizioni di sicurezza e salubrità⁹⁹.

Quanto ai servizi lettereschi, essi devono essere forniti a ciascun prigioniero, che deve anche avere la possibilità, se del caso, di usare i propri vestiti e di garantire che essi siano periodicamente lavati.

La regola 22 è invece dedicata al vitto, che deve essere adatto alle esigenze nutrizionali di ogni persona e fornito, oltre che ad orari stabiliti, anche ove la persona ne faccia richiesta,

⁹⁷ Scegliendo di chiamarli *Nelson Mandela Rules*, per onorare la memoria del Presidente sudafricano che trascorse 27 anni della sua vita in un carcere.

⁹⁸ Cfr., K. MCCALL SMITH, Introductory Note to United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), in *International Legal Materials*, 6/55, 2016, pp. 1180 ss.

⁹⁹ Regole n. 15-18.

specialmente riguardo l'acqua. Egualmente rilevante è la regola 23, che prevede che la persona trattenuta deve avere diritto all'esercizio all'aria aperta, per almeno un'ora al giorno.

Quanto all'assistenza sanitaria, le regole n. 24-46 suggeriscono agli Stati di fornire assistenza ai detenuti, in parità di trattamento con i cittadini. Tale assistenza deve essere adeguata al sesso e all'età della persona, e deve riguardare sia gli aspetti fisici che psicologici del benessere della persona¹⁰⁰.

Sebbene non vincolanti, tali regole sono un riferimento nel lavoro sia del sottocomitato Onu di cui sopra, che per i meccanismi nazionali di prevenzione, rappresentando queste un parametro di ed una guida alla valutazione delle condizioni del trattenimento dei luoghi visitati, e dunque, anche delle zone di transito aeroportuali.

8. Conclusioni

Questa introduzione ha avuto lo scopo di inquadrare alcuni concetti e teorie relativi alle zone di transito degli aeroporti in modo da guidare la lettura e la comprensione dei capitoli che seguono. Il primo obiettivo è stato quello di fornire una definizione di zona di transito aeroportuale. Si è visto che tali zone hanno lo scopo di facilitare alcuni processi attraverso la sospensione di alcune norme del regime giuridico ordinario che invece è applicato al resto del territorio. Nel caso delle procedure relative all'immigrazione, ed in particolare all'ingresso e all'allontanamento degli stranieri irregolari, la disapplicazione del regime ordinario comporta la conseguente sottoposizione di tali stranieri ad un regime peggiore, in virtù del quale gli Stati riescono a semplificare e velocizzare le procedure di valutazione dei requisiti di ingresso, di richiesta della protezione internazionale e di allontanamento.

Le tecniche giuridiche utilizzate a tal scopo sono due: la dichiarazione di extraterritorialità e la finzione di non ingresso, insieme alla c.d. "teoria della prigione con tre pareti". Per ognuna di esse il capitolo ha fornito degli esempi a scopo illustrativo: quello della *excision policy* australiana e la giurisprudenza statunitense in materia di ingresso e trattenimento dello straniero alla frontiera.

Infine, il capitolo ha esaminato i riferimenti alle zone di transito aeroportuali nel diritto internazionale dei trasporti, in particolare nella Convenzione di Chicago del 1944 e nel contesto onusiano. Si è visto che tale strumento, ed in particolare l'allegato n. 9, fornisce una definizione delle zone di transito, nonché una disciplina generale delle procedure relative al transito dei passeggeri negli aeroporti internazionali, alla loro permanenza nelle zone di transito aeroportuali, e alle procedure di immigrazione che vi hanno luogo. In linea con la definizione fornita in apertura del capitolo, lo scopo delle norme convenzionali è principalmente quello di facilitare la permanenza dei passeggeri in transito, ma anche quello di disciplinare sommariamente e semplificare le procedure di allontanamento dello straniero di cui non sia stato autorizzato l'ingresso. Nel contesto delle Nazioni Unite, le zone di transito degli aeroporti

¹⁰⁰ La maggior parte delle regole si riferisce alla detenzione classica presso gli istituti penitenziari, che solitamente ha una durata molto maggiore del trattenimento presso i luoghi oggetto di questo lavoro. Per tale motivo, non verranno affrontate in questo paragrafo; per un commento generale sul documento, cfr. K. MCCALL SMITH, *op. cit.*; A. GRUEVSKA DRAKULEVSKI, *The Nelson Mandela Rules: The Revised United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners - Short Review*, in *Iustinianus Primus Law Review*, 1/8, 2017, pp. 1 ss.

sono state l'oggetto di alcuni strumenti di *soft law*, attraverso i quali l'ONU ha ribadito l'imprescindibilità del rispetto dei diritti umani e del diritto internazionale presso le zone internazionali e di transito. Avendo dunque preliminarmente inquadrato concettualmente e teoricamente l'oggetto del lavoro, i prossimi capitoli si focalizzeranno sull'analisi giuridica del tema nel contesto regionale europeo (Consiglio d'Europa), dell'Unione europea ed in quello italiano.

Capitolo I: le zone di transito aeroportuali e il Consiglio d'Europa

1. Introduzione

Questo capitolo ha come oggetto l'inquadramento giuridico delle zone di transito degli aeroporti e il loro ruolo nella gestione dei flussi migratori nel contesto dell'azione del Consiglio d'Europa.

La domanda che guida lo sviluppo di questo capitolo si chiede in che modo il sistema di protezione dei diritti umani articolato nell'ambito del Consiglio d'Europa si declina e contribuisce a conferire una disciplina giuridica, e dunque ad assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti nel suo ambito, nelle zone di transito aeroportuali.

Il capitolo esamina dapprima il fenomeno nel quadro della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁰¹ (CEDU d'ora in avanti), attraverso una analisi delle sue disposizioni rilevanti e della giurisprudenza di merito sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU d'ora in avanti), così come declinata in tema di zone di transito aeroportuali.

In questo contesto, si analizza dapprima il tema della giurisdizione statale ed in particolare il modo in cui la Corte EDU ha affrontato la questione della presunta extraterritorialità delle zone di transito degli aeroporti e della relativa possibilità per lo Stato parte di non applicare il proprio regime giuridico, in quanto tali zone sarebbero fuori dalla sua giurisdizione. Sebbene in questo ambito la Corte appaia ben decisa a rigettare qualunque forma di extraterritorialità loro attribuibile, il lavoro evidenzierà come tuttavia la questione non si esaurisca sotto il profilo della giurisdizione così come intesa ai sensi dell'articolo 1 della CEDU ma si riproponga, sotto altre forme, nell'esame di altri profili.

Il lavoro si concentra poi sul modo in cui la Corte si è confrontata con la natura privativa della libertà personale del trattenimento presso tali zone attraverso l'articolo 5 della Convenzione, ed in particolare nel quadro dell'articolo 5(1)(f), che prevede la possibilità per gli Stati parte di detenere lo straniero che si presenti alla frontiera sprovvisto della titolarità a fare ingresso sul territorio, per impedirne l'ingresso.

È proprio in questo ambito che riemerge la questione del concetto di "ingresso sul territorio" e del suo significato, e della distinzione strumentale, e tuttavia accolta dalla Corte, tra il significato di ingresso fisico e quello di ingresso legale, che appare giustificare l'applicazione di un regime giuridico sfavorevole allo straniero che tenti di attraversare irregolarmente la frontiera, in virtù della prerogativa sovrana di controllare l'ingresso e il soggiorno sul proprio territorio.

Una volta evidenziata tale contraddizione, il lavoro si focalizza sull'articolo 3 CEDU e sul relativo divieto di tortura attraverso due profili: il primo attinente al divieto di respingimento

¹⁰¹ CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848, GU Serie Generale n.221 del 24/09/1955; sul sistema così istituito, si veda: J. GERARDS, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 133; A. DI STASI, Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi, in *Corte Edu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, ID. (a cura di), CEDAM, Padova, 2020, p. 3.

e al suo rapporto col di ingresso sul territorio così come delineati nel precedente paragrafo; il secondo relativo invece alle condizioni del trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti.

La seconda parte del capitolo si collega direttamente a quest'ultimo argomento, in quanto relativa all'attività di un altro organo del Consiglio d'Europa, ovvero il Comitato per la Prevenzione della Tortura e dei Trattamenti Inumani e Degradanti (CAT). Dopo aver dapprima spiegato in cosa consista il suo mandato e in che modo esso svolga la propria attività, il capitolo si concentra sull'azione del Comitato in tema di trattenimento nel contesto dell'immigrazione, analizzando gli *standard* sviluppati in materia. Il lavoro si focalizza poi sull'attività del Comitato relativamente al trattenimento nelle zone di transito aeroportuali, e alla rilevanza che hanno assunto gli standard da esso elaborati anche in alcuni casi giudicati dalla Corte EDU. Difatti, si evidenzierà come le attività dei due organi siano spesso di natura cooperativa e complementare, così come dimostrato nel caso *Amuur c. Francia*, uno dei più celebri relativo al trattenimento presso le zone di transito aeroportuali.

È doveroso premettere che il Consiglio d'Europa ha mostrato un particolare interesse per la questione della permanenza dei migranti, particolarmente dei richiedenti asilo, presso le zone di transito aeroportuali sin dall'insorgere del fenomeno nei primi anni '90. Invero, già nel 1991 l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa elaborò una raccomandazione sulla condizione dei richiedenti asilo presso i principali aeroporti europei¹⁰². In tal contesto, pur riconoscendo le difficoltà legate all'aumento dei flussi migratori e alla loro gestione, l'Assemblea raccomanda agli Stati di implementare le disposizioni della Convenzione di Ginevra del 1951 e le altre disposizioni rilevanti del diritto internazionale dei diritti umani, non da ultimo le norme della CEDU. L'Assemblea sottolinea come i servizi di accoglienza presso gli aeroporti europei siano spesso assenti, evidenziando inoltre che le politiche restrittive in materia di visti, unite alle sanzioni incombenti sui vettori, mettesero, già all'epoca, a rischio l'applicazione del diritto di asilo e dunque la possibilità per i richiedenti asilo di presentare la loro istanza. Per questi motivi, l'Assemblea raccomanda al Comitato dei Ministri di preparare un programma di armonizzazione delle politiche e delle legislazioni degli Stati membri in materia di accesso alla protezione internazionale, protezione dal *refoulement* e accoglienza dei richiedenti asilo.

Alla raccomandazione dell'Assemblea parlamentare fece seguito, nel 1994, una raccomandazione del Comitato dei Ministri, che, sulla base delle osservazioni elaborate dall'Assemblea nel 1991, riafferma numerosi principi in materia di rispetto dei diritti umani e del diritto di asilo¹⁰³. In particolare, il Comitato ribadisce la necessità di assicurare che tutte le richieste di asilo presentate presso gli aeroporti europei siano esaminate e che i richiedenti asilo siano trattati nel rispetto del principio di *non-refoulement*, in conformità con l'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e dell'art. 3 CEDU. In virtù di ciò, secondo il Comitato, le richieste di protezione devono essere prese in carico e valutate da personale specializzato,

¹⁰² Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Raccomandazione 1163, *Arrival of asylum seekers at European airports*, 1991.

¹⁰³ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Recommendation N° R (94) 5 of the Committee of Ministers to member states on guidelines to inspire practices of the member States of the Council of Europe concerning the arrival of asylum-seekers at European airports, 21 giugno 1994.

evitando inoltre di prolungare eccessivamente la permanenza del richiedente presso le zone di transito. In merito a tale questione, il documento sottolinea che l'accoglienza e/o il trattenimento dei richiedenti debba avvenire in un luogo e in condizioni materiali appropriate, e che la legislazione nazionale deve stabilire una durata massima della permanenza.

Come si vedrà, tutti questi elementi che il Consiglio d'Europa già evidenziava negli anni '90 saranno questioni ricorrenti in questo capitolo.

2. La questione della giurisdizione, dell'extraterritorialità e della finzione di non ingresso

2.1. L'articolo 1 CEDU

L'articolo 1 della Convenzione Europea dei diritti umani (CEDU d'ora in avanti) recita che: «[l]e Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione».

La prima disposizione della Convenzione impone dunque agli Stati contraenti il dovere di riconoscere e applicare i diritti in essa sanciti, dovere che emerge tuttavia solo nei confronti degli individui, indipendentemente dal loro *status* e dal loro rapporto con lo Stato parte, che ricadano all'interno della giurisdizione statale, che diventa dunque il criterio-soglia che determina l'applicazione della Convenzione stessa¹⁰⁴. Ai sensi dell'articolo 1, il termine giurisdizione si riferisce dunque non già a quella della Corte EDU o di altro organo di monitoraggio della Convenzione, ma a quello dello Stato parte¹⁰⁵.

Nonostante l'assenza di un riferimento esplicito al territorio statale, il significato del termine giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 è da intendersi primariamente nella sua dimensione territoriale¹⁰⁶ venendo a coincidere essenzialmente col territorio dello Stato contraente. La Commissione prima, e la Corte EDU poi, hanno in diverse occasioni¹⁰⁷ sottolineato che tale interpretazione deriva dal significato ordinario attribuito alla locuzione, interpretata alla luce dello scopo della Convenzione stessa, in linea con quanto prescritto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹⁰⁸.

La dottrina ritiene che l'interpretazione territoriale del concetto di giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 CEDU sia in linea con quanto emerge dai lavori preparatori alla Convenzione stessa¹⁰⁹, nell'ambito dei quali la questione di una eventuale applicazione extraterritoriale della CEDU non si è mai fatta strada. Invero, la proposta iniziale avanzata nell'ambito dell'assemblea

¹⁰⁴ S. BESSON, The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights. Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, in *Leiden Journal of International Law*, 25/2012, pp. 857 ss.

¹⁰⁵ M. MILANOVIC, From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, in *Human Rights Law Review*, 8/2008, pp. 411 ss; ID., Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in *The ECHR and International Law A. V. AEKEN, J. MOTOC* (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2018; H. BATTJES, *op. cit.*

¹⁰⁶ M. PEDERSEN PERSHARD, Territorial jurisdiction in Article 1 of the European Convention on Human Rights, *Nordic Journal of International Law*, 2004, pp. 279 ss; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, p. 15.

¹⁰⁷ *Inter alia*, Corte EDU (GC), *Bankovic e altri c. Belgio e altri 16 Stati*, ric. no. 52207/99, sentenza del 12 dicembre 2001, paras 19, 61; (GC), *M.N. e altri c. Belgio*, ric. no. 3599/18, sentenza del 5 maggio 2020, para 99.

¹⁰⁸ *M.N.* para 99.

¹⁰⁹ Cfr. P. DE SENA, *op. cit.*; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 92 ss.

consultiva del consiglio d'Europa prevedeva che l'articolo 1 assicurasse la tutela dei diritti di cui alla dichiarazione sui diritti dell'uomo «*to everyone residing on their territory*» (*à toute personnes résidant sur leur territoire*)¹¹⁰, locuzione che avrebbe contenuto una esplicita menzione del territorio in quanto tale. La ragione che ha poi portato alla riformulazione della norma nella versione che noi oggi conosciamo è stata motivata dalla volontà di eliminare da essa il riferimento alla residenza (*residing; résidant*), il cui significato appariva eccessivamente variegato e poco univoco alla luce della prassi degli Stati contraenti, e la cui presenza rischiava dunque di escludere dai benefici della Convenzione chi non risiedesse “legalmente” sul territorio delle Parti contraenti¹¹¹.

È importante sottolineare che il fatto che gli eventi e le persone in essi coinvolti siano sottoposti alla giurisdizione dello Stato ai sensi dell'articolo 1 CEDU non implica necessariamente che lo Stato sia responsabile degli atti o delle omissioni lamentati dai ricorrenti, né che tali atti o omissioni siano ad esso imputabili¹¹², anche se, talvolta, le questioni si sovrappongono. Ad esempio, la Corte ha talvolta ritenuto che la responsabilità implicasse necessariamente l'imputabilità degli atti¹¹³. Se le questioni tendono a sovrapporsi sul piano sostanziale, esse sono debitamente distinte su quello procedurale: l'esame della giurisdizione statale avviene infatti in una fase preliminare relativa all'ammissibilità del ricorso, mentre la valutazione dell'imputabilità degli atti e la sussistenza della responsabilità statale avviene solamente in una fase successiva, quando la Corte entra appunto nel merito della causa¹¹⁴.

In *Loizidou c. Turchia*, la Corte opera preliminarmente alcuni chiarimenti rispetto al rapporto tra giurisdizione, imputabilità e responsabilità, affermando che:

«*[t]he Court would emphasise that it is not called upon at the preliminary objections stage of its procedure to examine whether Turkey is actually responsible under the Convention for the acts which form the basis of the applicant's complaints. Nor is it called upon to establish the principles that govern State responsibility under the Convention [...] Such questions belong rather to the merits phase of the Court's procedure. The Court's enquiry is limited to determining whether the matters complained of by the applicant are capable of falling within the "jurisdiction" of Turkey even though they occur outside her national territory*»¹¹⁵.

¹¹⁰ Consiglio d'Europa, *Recueil travaux préparatoires de la convention européenne des droits de l'homme, Travaux Préparatoires de l'Article 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, The Hague, 1976, p. 5 ss; P. DE SENA, *op. cit.* p. 27.

¹¹¹ *Ivi*, p. 33.

¹¹² S. BESSON, *op. cit.*, p. 860; Corte EDU (GC), *Loizidou c. Turchia*, ric. no. 15318/89, sentenza del 18 dicembre 1996, paras 60-64.

¹¹³ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 41.

¹¹⁴ Cfr. *Loizidou*, para 60; W. A., SCHABAS, *op. cit.* p. 99; La dottrina ha tuttavia constatato come la Corte EDU sia poco chiara al riguardo e confonda spesso i diversi temi, soprattutto nel caso della dottrina del controllo effettivo; si veda in questo senso V. MORENO LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”*, in *German Law Journal*, 21/2020, pp. 385 ss.

¹¹⁵ *Loizidou*, obiezioni preliminari, para 61. In dottrina sono state evidenziate diverse inesattezze e sovrapposizioni tra i tre elementi nella giurisprudenza della Corte; cfr. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, *cit.*, p. 42; V. MORENO LAX, *op. cit.*, p. 345; H. KING, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 521; I. PAPANICOLOPULU, *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione Europea dei Diritti Umani nella recente giurisprudenza della Corte Europea*

La giurisdizione è dunque un criterio-soglia che indica la sussistenza dell'obbligo dello Stato di garantire diritti e libertà prescritti nella Convenzione e la fase che vede dunque la Corte decidere sulla giurisdizione dello Stato parte è fondamentale, in quanto in assenza di giurisdizione è impossibile stabilire sia l'imputabilità degli atti che la responsabilità delle violazioni in capo allo Stato convenuto, ed è per questo che sono numerosi i tentativi delle Parti contraenti di ridurre o evitare l'attribuzione della giurisdizione.

È anche per questo motivo, e per evitare che la Convenzione rimanesse disattesa per via di circostanze e sviluppi non previsti nel momento in cui veniva redatta¹¹⁶, che il concetto di giurisdizione si è ampliato grazie appunto ad una giurisprudenza evolutiva della Corte EDU, talvolta derogando al significato originario e prescindendo dal territorio fisicamente inteso.

2.2. Le eccezioni al principio territoriale: dalla mancanza di giurisdizione sul proprio territorio all'applicazione extraterritoriale della CEDU

Se la giurisdizione statale ai sensi dell'articolo 1 è da intendersi primariamente nella sua dimensione territoriale, la Corte ha ammesso la possibilità che essa possa prescindere dal territorio statale, pur sempre in casi eccezionali e alla luce delle particolari circostanze del caso di specie¹¹⁷.

In dottrina è stato infatti osservato che il termine giurisdizione consti in realtà di molteplici significati, e che, nonostante i costanti riferimenti al significato ordinario che il termine assume nel diritto internazionale, i trattati sui diritti umani hanno contribuito a sviluppare una miriade di significati ordinari ma *sui generis* della locuzione¹¹⁸, con lo scopo di prescindere da interpretazioni formalistiche del termine e valutare la sua sussistenza o meno alla luce delle circostanze del caso concreto. In questo senso, la Corte ha riconosciuto che:

«[i]n certain exceptional cases, jurisdiction is assumed on the basis of non-territorial factors, such as: acts of public authority performed abroad by diplomatic and consular representatives of the State; the criminal activities of individuals overseas against the interests of the State or its nationals; acts performed on board vessels flying the State flag or on aircraft or spacecraft registered there; and particularly serious international crimes (universal jurisdiction)».¹¹⁹

dei Diritti Umani, in *I Diritti Umani di Fronte al Giudice Internazionale: Atti della Giornata di Studio in Memoria di Carlo Russo*, T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU (a cura di), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 83 ss.

¹¹⁶ P. DE SENA, *op. cit.*, p. 118.

¹¹⁷ *Banković*, para. 61; W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 95; R. NIGRO, The Notion of Jurisdiction in Article 1: future scenarios for the extra-territorial application of the European Convention on Human Rights, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2010, p. 24; M. HAPPOLD, *Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 1/3, 2003, pp. 77 ss.

¹¹⁸ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, *cit.* p. 30.

¹¹⁹ *Bankovic*, para 60; cfr F. MACNAMARA, *Externalised and Privatized Procedures of EU Migration Control and Border Management: A Study of EU Member State Control and Legal Responsibility*, EUI doctoral thesis, 2017, che spiega come «[t]he Court in *Banković* outlined four exceptional circumstances in which a contracting State could possibly exercise extraterritorial jurisdiction. These four exceptions themselves having already being set out in *Loizidou* and having been inspired by disparate case law from the Court. However, it should be added that these four exceptions to the strictly territorial understanding of jurisdiction were only set out in *Loizidou* as being examples of exceptions and the Court in that case didn't list them as being an exhaustive list but the Court in *Banković* implied they were. The four exceptions are: Cases which concern the extradition or expulsion of a person by a Contracting State; cases where the acts of the State, whether performed inside or outside national borders, produce effects outside their own national territory; cases which involve an 'effective' control of an area outside

Attraverso la sua giurisprudenza la Corte ha dunque affermato che elementi quali il controllo e il potere sui soggetti o quello esercitato sul territorio fossero, in certi casi, tali da determinare la giurisdizione dello Stato anche al di fuori del territorio statale, rivelando una ulteriore articolazione della giurisdizione: non già riconducibile esclusivamente al territorio nel quale ambito lo Stato esercita la sua sovranità, ma anche in quanto «legame funzionale che unisce normativamente lo Stato ai suoi soggetti»¹²⁰, in linea con l'originaria volontà dei *drafters* di prescindere da requisiti di residenza legale sul territorio statale¹²¹.

Il criterio che la Corte EDU ha implementato in questi casi è quello del controllo effettivo¹²², che agisce su due poli opposti: in alcuni casi, è possibile affermare la giurisdizione statale per atti e/o omissioni avvenute al di fuori del territorio dello Stato; in altri casi, la Corte ha talvolta riconosciuto una mancanza di giurisdizione in virtù di mancanza di controllo *de facto* del territorio, nonostante questo si trovasse formalmente sotto giurisdizione di uno Stato parte¹²³. Tale articolazione della giurisdizione così intesa può seguire due modelli: quello spaziale, che implica l'estensione della giurisdizione statale a tutti i territori sui quali lo Stato esercita un controllo effettivo, attraverso supporto militare o economico; e quello personale, che implica la sussistenza della giurisdizione statale nei casi in cui le autorità non esercitino già un potere di governo formalmente inteso ma detengano un potere autoritativo sulle persone¹²⁴.

Un chiaro esempio relativo al primo modello è rappresentato dal caso *Loizidou*, che riguardava il diritto di una cittadina cipriota di accedere ad alcune sue proprietà in una zona dell'isola sotto occupazione turca¹²⁵. Nel valutare la sussistenza della giurisdizione turca, la Corte elabora un primo nucleo concreto del criterio del controllo effettivo, affermando che la responsabilità statale può emergere quando, come conseguenza di un'azione militare, lo Stato eserciti un controllo effettivo su un'area al di fuori del suo territorio da cui l'obbligo, per lo Stato in questione, di garantire diritti e libertà sanciti dalla Convenzione, anche se tale controllo è esercitato in via indiretta¹²⁶.

Alla luce di tale declinazione del concetto di giurisdizione, e in virtù del fatto che la ricorrente aveva perduto la proprietà dei propri terreni a seguito dell'occupazione turca di Cipro nord e dell'instaurazione del TRNC (Repubblica turca di Cipro nord), regime fantoccio dello stato turco, e che l'accesso alle sue proprietà le fosse impedito da truppe turche, la Corte conclude che i fatti e gli atti nel caso di specie ricadono all'interno della giurisdizione turca¹²⁷.

Un esempio noto di giurisdizione di tipo personale è invece rappresentato dalla sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*, caso in cui la Corte ha condannato l'Italia per i respingimenti operati dalla

its own national territory; and finally, cases concerning consular or diplomatic actions and cases in which the actions of a vessel flying the flag of the contracting State are in question»; I. PAPANICOLOPULU, op. cit., p. 90.

¹²⁰ S. BESSON, *op. cit.*, p. 863.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Cfr. V. MORENO LAX, *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, in *Human Rights Law Review*, 3/12, 2012, pp. 574 ss; Corte EDU (GC), *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. no. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, paras 76-82.

¹²³ Cfr. *Loizidou*; Corte EDU (GC), *Cipro c. Turchia*, ric. no. 25781/94, sentenza del 12 maggio 2014.

¹²⁴ F. DE VITTOR, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2/2020, pp. 81 ss.

¹²⁵ *Loizidou*, para 12.

¹²⁶ *Ivi*, paras 62, 63.

¹²⁷ *Ivi*, para 64.

Guardia di Finanza e dalla Guardia di costiera italiane, nella zona SAR libica, verso la Libia di migranti intercettati e soccorsi in acque internazionali. Nel caso di specie, l'Italia obiettava la non sussistenza della sua giurisdizione negando l'esercizio di un controllo assoluto ed esclusivo sui ricorrenti, e definendo le operazioni oggetto di controversia come delle "mere" operazioni di salvataggio¹²⁸.

In questo contesto, la Corte decideva gli avvenimenti del caso ricadevano nella giurisdizione italiana in quanto «svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali. [...] sin dalla salita a bordo delle navi delle forze armate italiane e fino alla consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si sono trovati sotto il *controllo continuo ed esclusivo*, tanto *de jure* quanto *de facto*, delle autorità italiane»¹²⁹.

In buona sostanza, riprendendo quanto opportunamente osservato in dottrina¹³⁰, è possibile affermare che il concetto di giurisdizione statale nei casi di applicazione non territoriale della Convenzione abbia tre caratteristiche fondamentali: in primo luogo, prescinde dalla legalità internazionale o meno dei poteri statali quando essi siano esercitati al di fuori dell'ambito territoriale della sovranità statale; in secondo luogo, ed è questa caratteristica ancor più dirimente, ciò che rileva ai fini dell'analisi sulla giurisdizione statale è la capacità sostanziale dei poteri così esercitati di incidere sul godimento dei diritti convenzionali, a prescindere dalla forma che essi assumono¹³¹. Infine, l'esigenza di assicurare che i diritti e le libertà sanciti dalla CEDU trovino una tutela effettiva, evitando in questo modo lacune nel sistema di protezione dei diritti ivi garantiti, prescindendo da interpretazioni formalistiche della Convenzione stessa¹³².

2.3. La questione della giurisdizione statale nel caso delle zone di transito aeroportuali

Il tentativo di eludere la propria giurisdizione istituendo zone di transito e di frontiera rientra tra gli strumenti più tipici delle crescenti politiche di dissuasione nei confronti di migranti e richiedenti asilo¹³³, politiche che più volte sono passate al vaglio della Corte EDU.

Invero, la Convenzione contempla, al suo articolo 56, alcune ipotesi di esclusione territoriale, che sono tuttavia limitate ai territori con un particolare *status*, come quelli sotto

¹²⁸ *Hirsi Jamaa*, para 65.

¹²⁹ *Ivi*, para 81.

¹³⁰ P. DE SENA, *op. cit.*, p. 100; Y. SHANY, Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law, in *The Law & Ethics of Human Rights*, 1/7, 2013, p. 59; T. DE BOER, Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection, in *Journal of Refugee Studies*, 1/28, 2014, p. 10; N. BHUTA, *The Frontiers of Human Rights – Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 128.

¹³¹ *Ibidem*; R. WILDE, The "Legal Space" or "Espace Juridique" of the European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extraterritorial State Action?, in *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 115; O. DE SCHUTTER, Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, p. 183.

¹³² P. DE SENA, *op. cit.*, p. 100.

¹³³ M. E. PRICE, *Rethinking Asylum: History, Purpose and Limits*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 200.

protettorato o ai dipartimenti oltremare, e non sono dunque applicabili al territorio stesso dello Stato parte¹³⁴.

Inoltre, la Corte ha ammesso in taluni casi che, in via del tutto eccezionale, lo Stato possa non esercitare la propria giurisdizione su parti del suo territorio, a causa di una mancanza di controllo *de facto*, o che, pur mantenendo la propria giurisdizione sul territorio, ciò non implichi la piena responsabilità per atti o omissioni ai sensi della Convenzione¹³⁵.

A titolo esemplificativo, nel caso *An e altri c. Cipro*, la Commissione ha ritenuto che lo Stato cipriota non esercitasse più la propria giurisdizione sulla porzione nord del suo territorio a causa dell'occupazione turca e che, pur continuando ad esistere in quanto stato unitario e pur partecipando al sistema convenzionale, in virtù del mancato esercizio della giurisdizione, non potesse essere ritenuto responsabile né di atti, né tantomeno di omissioni compiuti in Cipro Nord ai sensi della Convenzione¹³⁶.

Il caso *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, coinvolgeva invece la Moldavia e la Russia, ed in particolare la Repubblica di Transnistria, territorio *de jure* appartenente alla Moldavia ma *de facto* auto dichiaratasi indipendente nel 1990. In questo contesto, la Corte ha riconosciuto la giurisdizione moldava sul territorio in questione in quanto Stato formalmente sovrano, ritenendolo tuttavia responsabile solo degli obblighi positivi di tutela della Convenzione e non circa il dovere di porre termine alle violazioni della stessa¹³⁷.

Al di fuori di tali eccezioni, la Corte ha tuttavia costantemente ribadito che non sono ammesse altre fattispecie di esclusione territoriale, basate su azioni o decisioni unilaterali dello

¹³⁴ Come osserva la dottrina, vi sono diversi elementi di inconciliabilità tra la teoria del controllo effettivo e l'articolo 56, detto anche "clausola coloniale". Tale clausola è stata elaborata in ragione del fatto che molti Stati parte possedevano imperi coloniali quando la Convenzione fu redatta, con lo scopo di limitare i benefici della Convenzione ai soli territori "metropolitani" rendendo opzionale la sua applicazione alle colonie. Ai sensi della disposizione, dunque, la Convenzione non si applica automaticamente a tali territori, ma lo Stato può decidere di applicarla attraverso una apposita dichiarazione. Alla luce dello sviluppo della teoria del controllo effettivo, una dichiarazione in tal senso parrebbe superflua, in quanto la Convenzione sarebbe ormai applicabile anche ai territori "non metropolitani" in virtù proprio del controllo effettivo esercitato su di essi dallo Stato parte (alcuni Stati, come la Francia, mantengono il controllo di alcuni territori non europei, i c.d. "dipartimenti d'oltremare"). Eppure, la Corte ha chiarito che la disposizione rimane comunque in vigore e non può essere derogata in virtù della dottrina del controllo effettivo (cfr. Corte EDU, *Quark fishing ltd c. Regno Unito*, ric. no. 15305/06, sentenza del 19 settembre 2006), generando una situazione definita "paradossale" da una parte della dottrina (cfr. M. FROSTAD, The "Colonial Clause" and the Extra-territorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights 56 and its Relationship to Article 1, in *Artic Review on Law and Politics*, 1/4, 2013, pp. 21 ss; D. ROSSI D'AMBROSIO, The Human Rights of Other-Law, Philosophy and Complication in Extra-territorial Application of the ECHR, in *SOAS Law Journal*, 1/2, 2015, pp. 1 ss; M. MILANOVIC, T. PAPIĆ, The Applicability of ECHR in Contested Territories, in *International Comparative Law Quarterly*, 67, 2018, pp. 779 ss).

¹³⁵ Nel caso *Cipro c. Turchia* (paras 149-150), la Corte ha chiarito che «*the European Convention on Human Rights continues to apply to the whole of the territory of the Republic of Cyprus*» and that the recognition by Turkey of the Turkish Cypriot administration in the north of Cyprus as "Turkish Federated State of Cyprus" does not affect "the continuing existence of the Republic of Cyprus as a single State and High Contracting Party to the Convention». Tuttavia, ha anche riconosciuto che l'occupazione turca ha impedito al governo cipriota di esercitare il controllo effettivo sul proprio territorio sin dal 1974.

¹³⁶ Corte EDU, *A.N. e altri c. Cipro*, ric. no. 18270/91, sentenza dell'8 ottobre 1991. In questo caso, la Corte ha concluso per la non ammissibilità del ricorso, in quanto il governo cipriota non poteva essere ritenuto responsabile ai sensi dell'articolo 1 in virtù dell'assenza di giurisdizione sul proprio territorio, invece esercitata delle forze armate turche.

¹³⁷ Corte EDU (GC), *Ilascu e altri c. Russia e Moldavia*, ric. no.48787/99, sentenza dell'8 giugno 2004, para 78.

Stato¹³⁸, e che il territorio dello Stato parte include, necessariamente e senza eccezioni, le zone di frontiera e tutte le strutture di transito poste in frontiera.

In *N.D. e N.T. c. Spagna*, la Corte si è trovata a giudicare un caso relativo alle politiche fondate sulle cd “*devoluciones en calientes*” al confine tra Ceuta e il Marocco, separati, per volontà spagnola, da una barriera lunga 13 km, composta da tre recinzioni parallele, attraversabili solo dopo aver superato quattro posti di blocco situati lungo tale confine¹³⁹. La Spagna contestava la propria giurisdizione *rationae loci* sui fatti in esame, avanzando la giustificazione che, benché il sistema di recinzione si trovasse sul proprio territorio, esso costituisca un “confine operativo” (*operational border; frontière opérationnelle*), sul quale lo Stato avrebbe goduto di una giurisdizione limitata, in ragione proprio del sistema di recinzioni istituito per prevenire ingressi non autorizzati da parte di cittadini sprovvisti di un permesso di ingresso¹⁴⁰.

In questo contesto, la Corte ha valutato l’ipotesi che la riduzione artificiosa della propria giurisdizione potesse essere giustificata da una situazione di emergenza nella gestione dei flussi migratori, prendendo atto delle difficoltà nella gestione di tali flussi affrontate dagli Stati che costituiscono il confine esterno dello spazio Schengen¹⁴¹. Nel sottolineare l’assenza di circostanze o di situazioni oggettive costituenti un limite *de facto* alla giurisdizione spagnola, la Corte ha affermato la non compatibilità con la Convenzione di esclusioni territoriali altre da quelle già previste ai sensi dell’articolo 56, ribadendo che la giurisdizione territoriale dello Stato inizia «*at the line forming the border*», dissipando i dubbi circa l’identità territoriale del confine e i tentativi spagnoli di declinarlo in modo da escluderlo dalla propria giurisdizione¹⁴².

Di estrema rilevanza per l’oggetto di questo lavoro è poi la lettura che la Corte dà del rapporto tra le pratiche di esclusione territoriale e il diritto dell’Unione europea, ed in particolare della necessità di presidiare i confini esterni. La Corte ricorda infatti che gli obblighi di implementazione del diritto dell’Unione non influenzano in alcun modo la giurisdizione dello Stato (spagnolo ndr) nel diritto internazionale, e che «*the special nature of the context as regards migration cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction*»¹⁴³.

In questa luce, è opportuno sottolineare che in buona parte dei casi relativi alle zone di transito aeroportuali, gli Stati convenuti non hanno contestato la propria giurisdizione ma, piuttosto, hanno tentato di avanzare ipotesi di una “giurisdizione graduata” sulla base di due circostanze: la prima, più propriamente attinente all’identità giuridica delle zone di transito aeroportuali per la quale l’esercizio della sovranità statale su tali zone sarebbe ridotto in ragione

¹³⁸ Corte EDU (GC), *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. no. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020, paras 104-111; cfr. C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, in *Human Rights Law Review*, 2/12, 2012, pp. 287 ss; B. RYAN, V. MITSILEGAS, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 1 ss.

¹³⁹ paras 15-17.

¹⁴⁰ *Ivi* para 91; cfr. A. PIJNENBURG, *Is N.D. and N.T. v. Spain the new Hirsi?*, in *EJIL: Talk!* del 17 ottobre 2017; L. SALVADEGO, *I Respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell’enclave di Melilla*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 12/2018, pp. 199 ss.

¹⁴¹ *N.D. e N.T.*, para 106.

¹⁴² *Ivi*, para 109.

¹⁴³ *Ivi*, para 110; cfr. C. COSTELLO, *Courting access to Asylum*, cit., p. 286.

del fatto che le zone di transito aeroportuali godrebbero di uno *status* di extraterritorialità che riduce l'esercizio della sovranità statale; la seconda, decisamente maggioritaria, basata sul fatto che i ricorrenti non si troverebbero ancora in territorio statale in virtù del fatto che le misure loro rivolte sono attuate nell'ambito di un rifiuto di ingresso per mancanza di una autorizzazione all'entrata sul territorio statale¹⁴⁴.

Il primo caso in cui la Corte si è confrontata col fenomeno delle zone di transito aeroportuali e le prassi ivi sviluppate relative al controllo dei flussi migratori è il celebre *Amuur c. Francia*¹⁴⁵, relativo al rifiuto di ingresso e al conseguente trattenimento di 20 giorni di una famiglia di richiedenti asilo somali nella zona internazionale dell'aeroporto di Parigi Orly. Nel caso di specie, pur non contestando la propria giurisdizione ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione, la Francia affermava che i ricorrenti non si trovassero *ancora* in territorio francese in base alla legislazione nazionale, in particolare all'ordinanza del 2 novembre 1945, nella misura in cui ai ricorrenti era stato rifiutato l'ingresso sul territorio, e non fossero di conseguenza ammessi sul territorio francese¹⁴⁶.

I ricorrenti erano stati dapprima trattenuti nella zona di transito e poi trasferiti presso l'Hotel Arcade, nella fattispecie nella parte dell'hotel che era stata convertita in zona di attesa aeroportuale con decreto del Ministero dell'interno, dove sono rimasti per tutta la durata della vicenda. Secondo la legislazione francese, dunque, i ricorrenti non avevano ancora fatto ingresso sul territorio, nemmeno nel momento del loro trasferimento presso l'hotel, in quanto, in base alla legislazione francese di merito, «*a hotel situated in the immediate proximity of the port or airport may be used to accommodate aliens refused entry to whom Article 35 bis of the Ordinance of 2 November 1945 has not been applied, but transfer thereto shall not be deemed to constitute entry into the territory*»¹⁴⁷.

La Corte affronta la questione non già nel contesto dell'articolo 1, in quanto lo Stato convenuto non ne contestava l'applicazione, ma nel quadro dell'articolo 5 e della privazione della libertà personale dei ricorrenti. Ebbene, la Corte esclude nettamente la possibilità che il rifiuto di ingresso possa equivalere alla non presenza sul territorio francese sino a negare l'applicazione del diritto interno, lasciando i ricorrenti in un vuoto giuridico. In questo senso, la Corte afferma che «*despite its name, the international zone does not have extraterritorial status*»¹⁴⁸, e che «*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*»¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Similmente, in *Nolan e K. c. Russia*, il governo russo non contestava il fatto che la zona di transito aeroportuale dove erano stati trattenuti i ricorrenti si trovasse sotto la propria giurisdizione; cfr. Corte EDU; *Nolan e K. c. Russia*, ric. no. 2512/04, sentenza del 6 luglio 2009, para 95.

¹⁴⁵ Corte EDU, *Amuur c. Francia*, ric. no. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, para 52.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Ivi*, para 19 (corsivo aggiunto).

¹⁴⁸ *Ibidem*; In realtà, la legge francese non definiva esplicitamente tali zone come "extraterritoriali", ma negava che l'ingresso, il passaggio o la permanenza presso queste zone degli individui sprovvisti di un titolo di ingresso sul territorio equivallesse ad un ingresso sul territorio. Su tali basi, e sfruttando l'ambiguità della formulazione del dispositivo, il governo sosteneva che tale formulazione conferisse uno status di extraterritorialità a tali zone. Si veda il paragrafo sul caso francese nell'introduzione a questo lavoro.

¹⁴⁹ *Ivi*, para 52; cfr. C. COSTELLO, *Courting Acces to Asylum, cit.*, p. 295.

Conclusioni simili si ritrovano in *Z.A. c. Russia*, dove la Corte afferma che gli aeroporti, compresi quelli internazionali, che si trovano sul territorio dello Stato parte sono legalmente parte del territorio statale¹⁵⁰ e non godono di alcuna forma di extraterritorialità né sono soggetti ad una sovranità “graduata” in virtù della quale lo Stato può disapplicare la normativa interna.

Nel caso di specie, relativo al trattenimento e rifiuto di ingresso di quattro richiedenti asilo il governo similmente avanzava l’ipotesi di non godere di piena giurisdizione, affermando che «[t]he Convention did not confer a right of admission to the territory and thus the full jurisdiction of the State. The threshold for the application of Articles 3 and 5 and their standards left ample room for interpretation in the light of Article 1 of the Convention»¹⁵¹.

Ad ogni modo, sulla base dei precedenti paragrafi, è possibile ipotizzare che pur accogliendo la remota ipotesi che lo Stato non goda di piena giurisdizione *rationae loci* sulle zone di transito aeroportuali, il fattore-soglia ai fini della determinazione della giurisdizione ai sensi dell’articolo 1 CEDU sarebbe l’esercizio di un controllo continuato ed effettivo, *de jure* e *de facto*, da parte delle autorità statali, sia esso esercitato sul territorio o sulle persone coinvolte ed a prescindere dal suo *nomen juris*¹⁵². Queste sono state d’altronde le conclusioni della Camera nel già citato *N.D. e N.T.*, dove l’esame della giurisdizione, differentemente dal percorso argomentativo della Grande Camera, si è ancorato ad una lettura di tipo personale, in quanto «*from the point in time at which the applicants climbed down from the fences they had been under the continuous and exclusive control, at least de facto, of the Spanish authorities*»¹⁵³, a prescindere dunque dal determinare se le recinzioni si trovassero formalmente in territorio spagnolo o marocchino.

È dunque indubbia l’identità territoriale delle zone di transito aeroportuali: nei casi menzionati è infatti preminente il carattere di “finzione giuridica” delle argomentazioni degli Stati coinvolti, alla luce sia della dimensione *rationae loci* che, eventualmente, di quella del controllo effettivo *rationae personae*, in quanto tali zone di transito sono strettamente controllate dalle autorità statali, che decidono in merito all’ingresso degli individui.

Se dunque in via generale è indubbio che lo Stato eserciti la propria giurisdizione su tali zone, lo stesso non può dirsi per lo *status* giuridico delle persone che le attraversano, che assume caratteristiche diverse a seconda della titolarità ad attraversare ed oltrepassare tali zone. A seconda del possesso o meno di tale titolarità varieranno anche i regimi giuridici loro applicabili. È infatti sotto tale dimensione che la Corte ha ammesso non già l’assenza di giurisdizione statale, ma la possibilità per lo Stato parte di prevedere norme “speciali” deteriori per chi si trovi ad attraversare tali aree sprovvisto del necessario titolo per farlo ed essere ammesso, legalmente, sul territorio statale.

¹⁵⁰ Corte EDU (GC), *Z.A e altri c. Russia*, ric. no. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, sentenza del 21 novembre 2019, paras 143 ss; cfr. T. GRAMMELTOFT-HANSEN, *Growing Barriers: International Refugee Law*, in *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, M. GIBNEY, S. SKOGLY (a cura di), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010, pp. 55 ss; V. STOYANOVA, *The Right to Leave any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Rights Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 3/32, 2020, pp. 403 ss; H. BATTJES, *op. cit.*, p. 286.

¹⁵¹ *Z.A.*, para 125.

¹⁵² P. DE SENA, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵³ *N.D. e N.T.*, para 90.

3. La privazione della libertà personale

3.1. L'articolo 5 CEDU

L'articolo 5 CEDU enuncia il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona. Il paragrafo 1 recita che: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge».

La struttura dell'articolo 5 ne rivela la natura non assoluta, in quanto fa seguito al paragrafo 1 un elenco tassativo ed esaustivo¹⁵⁴ di eccezioni al principio dell'inviolabilità della libertà personale, e dunque di ammissibilità di forme di privazione della libertà personale, che corrisponde ai seguenti casi: (a) se la persona è detenuta regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione.

La libertà personale ai sensi della Convenzione è intesa nella sua classica dimensione fisica, e l'obiettivo primario dell'articolo 5 è quello di «*ensure that nobody is deprived of his physical liberty arbitrarily*»¹⁵⁵. La protezione dall'arbitrarietà è garantita attraverso la previsione di un corpus di garanzie sostanziali e procedurali che hanno lo scopo di minimizzare il rischio di discrezionalità assicurando, *inter alia*, l'intervento dell'autorità giudiziaria e dunque il controllo sull'operato delle autorità¹⁵⁶. In particolare, i paragrafi dal 2 al 5 sanciscono il diritto della persona ad essere informata in una lingua da lei comprensibile dei motivi della detenzione, il diritto a che un giudice o altra autorità giudiziaria si esprima sull'arresto, il diritto ad un ricorso in merito alla legittimità della misura e, infine, il diritto ad una riparazione in caso di violazione dell'articolo 5.

¹⁵⁴ W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 219; D. HARRIS, M. O' BOYLE, E. BATES, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 291; S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 117; È bene sottolineare che come già accennato, l'articolo 5 rientra tra le disposizioni derogabili della Convenzione ai sensi dell'articolo 15 CEDU.

¹⁵⁵ Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, ric. no. 7367/76, sentenza del 6 novembre 1980, para 92; R. POWEL, The Right to Security of the Person in European Court of Human Rights Jurisprudence, in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 649; D. RIGGIU, The Concept of Freedom of Movement in Europe - An Analysis of the ECHR Norms and of the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in *Diritto e Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Questioni Giuridiche*, 9/2009, pp. 643 ss.

¹⁵⁶ Corte EDU, *Kurt e altri c. Turchia*, ric. no. 13932/03, sentenza del 23 gennaio 2007, para 123; D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 291.

Qualunque forma di privazione della libertà personale deve dunque rientrare nell'elenco esaustivo fornito al paragrafo 1, a meno che lo Stato non stia derogando alla Convenzione in base all'articolo 15¹⁵⁷. Ad ogni modo, il criterio-soglia ai fini dell'applicazione dell'articolo 5 risiede nella qualificazione della misura lamentata dal ricorrente in quanto privazione della libertà personale. Solo una volta stabilita la sussistenza di una privazione della libertà personale la Corte esaminerà se questa rientri in uno dei casi stabiliti dal paragrafo 1. È dunque opportuno affrontare in primo luogo il significato di libertà personale e della sua privazione ai sensi dell'articolo 5 così come definito dalla giurisprudenza in materia.

3.2. La definizione di privazione della libertà personale nella giurisprudenza della Corte EDU

Come già accennato, l'articolo 5 CEDU viene in rilievo quando vi sia una privazione della libertà personale, intesa nella sua primaria dimensione fisica, da tener debitamente distinta da altre forme di limitazione della libertà, prima fra tutte la restrizione della libertà di movimento, tutelata invece all'articolo 4 Protocollo 4. La Corte ha definito infatti la privazione della libertà personale come una forma estrema di limitazione della libertà di movimento e valuta in primo luogo, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 5, se la misura ricada nell'una o nell'altra categoria, in quanto «*[t]he difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance*»¹⁵⁸.

In diverse occasioni la Corte ha illustrato la differenza tra privazione della libertà personale e limitazione della libertà di movimento sulla base della situazione fattuale concreta del caso, non ritenendosi in alcun modo legata alle conclusioni delle autorità statali circa la qualificazione delle misure lamentate dai ricorrenti¹⁵⁹. Tale distinzione trova compiuta concretezza, *inter alia*, nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*, che riguardava un gruppo di soldati al servizio delle forze armate olandesi rei di diverse infrazioni disciplinari e per questo soggetti a sanzioni, che in diversa misura sortivano effetti sulla loro libertà personale. In particolare, ad alcuni soldati era stato applicato il regime di “*light arrest*”, ad altri quello di “*strict arrest*”, e infine ad alcuni quello di “*aggravated arrest*”, tutti disciplinati dal codice militare olandese¹⁶⁰.

Il regime di “*light arrest*” prevedeva l'obbligo di permanenza presso la propria dimora o la propria caserma durante le ore fuori servizio, la possibilità di ricevere visite, di usare il telefono e di ricevere corrispondenza e di partecipare alle attività associative della caserma¹⁶¹. Diversamente, il regime di “*aggravated arrest*” permetteva ai soldati di continuare a svolgere la propria attività lavorativa ma l'obbligo di permanenza presso alcune aree designate ma aperte nelle ore fuori servizio. Gli individui sottoposti a tale regime potevano ricevere visite previa autorizzazione scritta del proprio superiore ma, a differenza delle persone sottoposte a “*light*

¹⁵⁷ D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁸ Corte EDU (GC), *Austin e altri c. Regno Unito*, ric. no. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, sentenza del 15 marzo 2021, para 57; *Guzzardi*, para 93; *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, ric. no. 4158/05, sentenza del 12 gennaio 2020, para 56.

¹⁵⁹ D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 295.

¹⁶⁰ Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, sentenza del 23 novembre 1976, para 16.

¹⁶¹ *Ivi*, para 18.

arrest”, non era loro concessa la partecipazione alle attività associative della caserma di appartenenza¹⁶². Infine, il regime di “*strict arrest*”, quello più duro, implicava la sospensione totale dalla propria attività lavorativa e l’obbligo di permanenza continuativa presso le proprie abitazioni o presso le celle di alcune unità alloggiative designate a tale scopo¹⁶³.

Nel valutare se e quali di questi regimi costituissero una forma di privazione della libertà personale ai sensi dell’articolo 5(1), la Corte valuta la concreta situazione dei ricorrenti e conclude che una privazione della libertà personale si era verificata solamente nel regime di “*strict arrest*”, in quanto il grado di restrizione sulla libertà personale era decisamente più severo rispetto agli altri due regimi¹⁶⁴. La Corte raggiunge tali conclusioni sulla base di criteri come la natura, l’intensità, la durata, gli effetti e i modi di implementazione delle misure e prescindendo dal *nomen juris* di queste ultime, in modo da «*have regard to specific context and circumstances surrounding types of restriction other than the paradigm of confinement in a cell*»¹⁶⁵. In *Guzzardi*, la Corte elabora ulteriormente sui parametri in *Engel*, dando maggiore spessore e concretezza alla linea di demarcazione che separa la limitazione della libertà di movimento dalla privazione della libertà personale¹⁶⁶.

Nella fattispecie, *Guzzardi* era oggetto di misure di sorveglianza speciale in quanto soggetto pericoloso e per questo motivo era stato confinato sull’isola di Asinara, dove gli era permesso muoversi esclusivamente all’interno di un’area ristretta dell’isola, senza poter frequentare il centro abitato e intrattenere contatti con altre persone al di fuori delle forze dell’ordine e degli altri “prigionieri”. Il ricorrente era inoltre sotto la continua supervisione delle autorità, che doveva informare circa ogni suo eventuale spostamento e ogni sua corrispondenza telefonica¹⁶⁷. In considerazione della scarsità di contatti con l’esterno, della continua supervisione delle autorità, della durata della misura, e nonostante il confinamento non avvenisse in un contesto “carcerario”, la Corte afferma che vi era stata una chiara privazione della libertà personale del ricorrente, pur riconoscendo che «*it (le allegazioni del Governo italiano ndr) demonstrates very clearly the extent of the difference between the applicant’s treatment on Asinara and classic detention in prison or strict arrest imposed on a serviceman.*»¹⁶⁸.

È dunque la combinazione di diversi fattori insieme all’analisi concreta del caso a determinare l’orientamento della Corte: nessuno degli elementi da questa valutati, preso

¹⁶² *Ivi*, para 19.

¹⁶³ *Ivi*, para 20; Nel regime di “*strict arrest*” la permanenza poteva durare fino a 6 mesi e i contatti col mondo esterno potevano variare dall’essere molto ristretti (libertà di partecipazione alle attività della caserma nei soli fine settimana) a nulli (possibilità di ricevere visite due volte al mese); si veda anche D. CLINE, *Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a ‘Public Safety’ Exception?*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 26/76, 2013, pp. 23 ss; N. ALLEN, *Restricting Movement or Depriving Liberty?*, in *Journal of Mental Health Law*, 20, 2009, p. 20; D. WILSHER, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶⁴ *Engel*, cit. para 69: Se infatti i soldati sottoposti a “*strict arrest*” erano chiusi in cella per 24 ore, negli altri casi il grado di contatto col mondo esterno e la possibilità di svolgere diverse attività, per quanto ridotti, non erano tali da raggiungere l’intensità di una privazione della libertà personale.

¹⁶⁵ *Austin*, para 59.

¹⁶⁶ Cfr. D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 292.

¹⁶⁷ *Guzzardi*, para 95.

¹⁶⁸ *Ibidem*, affermando anche che «*[d]eprivation of liberty may, however, take numerous other forms. Their variety is being increased by developments in legal standards and in attitudes; and the Convention is to be interpreted in the light of the notions currently prevailing in democratic States*».

isolatamente, è sufficiente a rilevare una privazione della libertà personale¹⁶⁹. In *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, ad esempio, la Corte ha ritenuto l'articolo 5 applicabile alla perquisizione subita dai ricorrenti poiché, nonostante la breve durata della misura, 20 minuti per il primo ricorrente e 5 per il secondo, il grado di coercizione sugli individui e di restrizione della loro libertà di movimento, unito alle minacce di arresto e di denuncia in caso di ribellione, era stato di tale intensità da configurare una privazione della libertà personale¹⁷⁰.

Il contesto generale di attuazione della misura è tanto importante da aver costituito, talvolta, il fattore predominante nella decisione sull'applicabilità dell'articolo 5(1), con diverse critiche da parte della dottrina¹⁷¹ e dalle opinioni dissenzienti di alcuni giudici¹⁷². In *Austin e altri c. Regno Unito*, uno dei casi più controversi in cui il contesto ha assunto un peso determinante nelle conclusioni della Corte, i ricorrenti erano stati trattenuti contro la loro volontà dalle forze dell'ordine per un periodo che ha variato dalle 5 alle 7 ore presso una strada secondaria di Oxford Circus, a Londra, nell'ambito di una misura di contenimento della folla in occasione di un corteo *no global*, con lo scopo di prevenire scontri e danni alla città e alle proprietà. La Corte ha concluso per la non applicabilità dell'articolo 5, sulla base della valutazione del «tipo, modo di implementazione esaminati alla luce del contesto e delle circostanze specifiche», accogliendo l'argomentazione del governo secondo cui la misura sarebbe stata giustificata da cause di forza maggiore che imponevano il mantenimento dell'ordine pubblico per prevenire danni seri e irreversibili a cose e persone¹⁷³.

Infine, un altro elemento di rilevanza ai fini dell'applicazione dell'articolo 5 è rappresentato dall'assenza di consenso al confinamento. In *Stork*, che riguardava il confinamento presso un istituto psichiatrico del ricorrente, la Corte ha ritenuto che l'elemento soggettivo (la mancanza di consenso al confinamento), unito all'assenza di contatti col mondo esterno, alla continua supervisione da parte del personale dell'istituto e all'impossibilità di allontanarsi o lasciare la clinica, determinassero una privazione della libertà personale della ricorrente¹⁷⁴.

In buona sostanza, il test utile a determinare l'applicabilità dell'articolo 5, e a distinguere una semplice limitazione della libertà di movimento da una privazione della libertà personale, implica innanzitutto la presenza di una forma di confinamento e coercizione sull'individuo, unita ad uno o più fattori "aggravanti"¹⁷⁵, considerati alla luce della concreta situazione del ricorrente. Una volta stabilita l'applicabilità dell'articolo 5, la Corte valuta se la misura sia conforme al principio di legalità.

¹⁶⁹ *Gillan e Quinton*, para 57.

¹⁷⁰ *Ivi*, para 96.

¹⁷¹ W.A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 236; G. CORNELISSE, Human Rights for Immigration Detainees in Strasbourg: Limited Sovereignty or a Limited Discourse, in *European Journal on Immigration and Law*, 2004, pp. 93 ss.

¹⁷² Si vedano, ad esempio, le opinioni dissenzienti nel caso *Austin c. Regno Unito*: *Austin e altri*, cit. Joint dissenting opinion of Judges Tulken, Spielmann and Garlicki.

¹⁷³ Ad ogni modo, la Corte specifica che, in assenza di tali giustificazioni legate all'ordine pubblico, la misura in questione sarebbe stata qualificabile come privazione della libertà personale; cfr. W.A. SCHABAS, *op. cit.* p. 239.

¹⁷⁴ Corte EDU, *Stork c. Germania*, ric. no. 38033/02, sentenza del 13 luglio 2006, paras 74, 75.

¹⁷⁵ D. CLINE, *op. cit.*, p. 29.

3.3. La legalità della privazione della libertà personale

Il paragrafo 1 dell'articolo 5, come già illustrato, enumera una lista esaustiva di eccezioni al principio dell'inviolabilità della libertà personale, di casi in cui dunque la detenzione è permessa¹⁷⁶. Tuttavia, le autorità potrebbero violare l'articolo 5 anche quando la detenzione trovi una giustificazione in uno dei casi previsti, in quanto la Convenzione protegge dalla detenzione arbitraria¹⁷⁷. Il requisito della legalità della detenzione si basa sul paragrafo 1 dell'articolo 5, che prevede che nessuno può essere privato della libertà personale se non nei modi previsti dalla legge, ed è inoltre ribadito in quasi tutte le fattispecie elencate al paragrafo 1 dell'articolo 5, che prevedono che ogni forma di privazione della libertà personale sia “regolare”. Esso trova piena realizzazione nell'analisi di alcuni requisiti elaborati dalla stessa Corte la cui violazione comporterebbe il non rispetto dell'articolo 5, riassumibili nel modo seguente: innanzitutto, la misura deve avere una base legale nella legislazione nazionale e vi si deve conformare; la legislazione nazionale deve soddisfare una certa “qualità”, ovvero, deve essere sufficientemente certa e prevedibile; infine, la legge e la sua prassi applicativa devono essere in conformità con la Convenzione e i suoi principi generali, così come elaborati dalla giurisprudenza di merito; il tutto, col fine di proteggere l'individuo dalla discrezionalità e dalla arbitrarietà delle autorità nazionali¹⁷⁸.

La prima declinazione del principio di legalità prevede che la misura abbia una base legale nella legislazione nazionale e che vi si conformi in termini sostanziali e procedurali¹⁷⁹. Il giudizio sulla conformità della privazione di libertà con la legge nazionale è responsabilità primaria delle autorità nazionali, ma la Corte opera uno scrutinio indipendente, valutando innanzitutto la presenza di un provvedimento dell'autorità giudiziaria¹⁸⁰. Quest'ultimo deve avere dei contenuti necessari, che sono i dati anagrafici del ricorrente, il periodo e il luogo di detenzione, i motivi per i quali il ricorrente è detenuto, e i nomi degli individui che effettuano la misura¹⁸¹. In generale, la Corte ha ritenuto in alcuni casi che errori meramente formali non sollevassero profili di violazione del principio di legalità, soprattutto se le autorità hanno agito in “buona fede”¹⁸².

In secondo luogo, il principio di legalità impone che la legge stessa soddisfi il requisito della “qualità” della stessa, e dunque alcuni standard qualitativi¹⁸³. In particolare, la legge deve essere

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 34.

¹⁷⁷ N. ALLEN, *op. cit.*, p. 20; D. CHATZIVASSILIOU, *The Guarantees of Judicial Control with Respect to Deprivation of Liberty under Article 5 of the European Convention on Human Rights: An Overview of Strasbourg Case-Law*, ERA Forum, 5/2004, pp. 499 ss.

¹⁷⁸ W.A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 304; D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 304; B. RAINEY, E. WICKS, C. OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University press, Oxford, 2014, pp. 217 ss.

¹⁷⁹ *Ivi* p. 229; Corte EDU, *Bozano c. Francia*, ric. no. 9990/82, sentenza del 18 dicembre 1986, para 38; (GC) *Medvedyev e altri c. Francia*, ric. no. 3394/03, sentenza del 29 marzo 2020, para 79.

¹⁸⁰ W.A. SCHABAS, *cit.*, p. 230; Corte EDU, *H.L. c. Regno Unito*, ric. no. 45508/99, sentenza del 5 ottobre 2004, para 90.

¹⁸¹ W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 231; Corte EDU (GC), *Saadi c. Regno Unito*, ric. no. 13229/03, sentenza del 29 gennaio 2008, para 47.

¹⁸² Ma ha ad esempio riconosciuto una violazione dell'articolo 5(1) in un caso in cui le autorità non avevano provveduto ad estendere il provvedimento di fermo entro la scadenza prestabilita dalla legge; cfr. D. Harris ET AL., *op. cit.*, p. 231; Corte EDU (GC), *Douiyeb c. Paesi Bassi*, ric. no. 31464/96, sentenza del 4 agosto 1999, para 52.

¹⁸³ M. D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 305; *Medvedyev*, para 80; Corte EDU (GC), *Creanga c Romania*, ric. no. 29226/03, sentenza del 23 febbraio 2012, para 56.

certa, ovvero sufficientemente accessibile, chiara e prevedibile, di modo da permettere all'individuo di avere contezza degli effetti e delle conseguenze di una determinata azione¹⁸⁴.

I parametri di misurazione della qualità della legge così intesa sono, *inter alia*, l'esistenza di una norma che funga da base legale per la misura detentiva e che ne indichi chiaramente la durata così come la possibilità di una eventuale estensione, nonché i mezzi di ricorso disponibili¹⁸⁵. Nel caso *Baranoski c Polonia*, la detenzione del ricorrente non aveva una chiara base legale e non vi era, nella legislazione nazionale, una chiara previsione rispetto al destino delle persone detenute nell'ambito di un procedimento giudiziario dopo la fase investigativa. In questo contesto, la Corte ha ritenuto che l'assenza di una norma che disciplinasse l'eventuale prolungamento della privazione della libertà dopo la fase investigativa costituisca una chiara violazione del principio di legalità, anche alla luce della prassi successivamente sviluppata¹⁸⁶.

Una violazione del requisito della qualità della legge è stata riconosciuta anche nei casi in cui, pur esistendo una base legale nella legislazione nazionale, le autorità statali sviluppino prassi applicative e interpretative difformi e contraddittorie¹⁸⁷.

Infine, il principio di legalità si realizza anche nell'obiettivo primario dell'articolo 5, che è quello di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà e dalla discrezionalità delle autorità statali. La nozione di arbitrarietà non si limita alla non conformità con la legislazione nazionale, in quanto una misura che rispetti il diritto nazionale può risultare comunque arbitraria per la presenza di alcuni elementi di problematicità rispetto agli standard imposti dall'articolo 5. In particolare, la Corte ha ritenuto una misura arbitraria quando le autorità abbiano agito in "mala fede" o ingannando i ricorrenti nel modo di implementazione della misura¹⁸⁸.

Ancora, una misura è arbitraria se non è strettamente connessa ai motivi elencati al paragrafo 1 dell'articolo 5, e se il luogo e le condizioni di detenzione non si dimostrino idonei allo scopo. In *Saadi c Regno Unito*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che la misura non fosse arbitraria in quanto il luogo e le condizioni di detenzione erano stati concepiti direttamente col fine di "ospitare richiedenti asilo e offrire vari servizi, per la ricreazione, per il culto religioso, per le cure mediche e, elemento importante, assistenza legale"¹⁸⁹.

Infine, l'assenza di arbitrarietà si sostanzia anche nella proporzionalità e nella necessità della misura, che prevede che essa debba essere ragionevole e necessaria al raggiungimento del fine prestabilito¹⁹⁰. In generale, la Corte ha stabilito che la detenzione è «*such a serious measure that it is only justified where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained*»¹⁹¹, e che dunque debba essere considerata una misura di *extrema ratio*.

¹⁸⁴ Corte EDU (GC), *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. no. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, para 92

¹⁸⁵ *Creanga*, para 60; *Medvediev*, paras 82-102.

¹⁸⁶ Corte EDU, *Baranowski c Polonia*, ric. no. 28358/95, sentenza del 28 marzo 2000, para 52.

¹⁸⁷ Corte EDU, *Nasrulloev c Russia*, ric. no. 656/06, sentenza del 11 ottobre 2007, para 71.

¹⁸⁸ Corte EDU, *Čonka c. Belgio*, ric. no. 51564/99, sentenza del 5 maggio 2002, para 46.

¹⁸⁹ *Saadi c. Regno Unito*, cit. para 78.

¹⁹⁰ *Ivi*, para 68.

¹⁹¹ Corte EDU (GC), *S. V. A. c. Danimarca*, ric. no. 35553/12, 36678/12 and 36711/12, sentenza del 22 ottobre 2018, para 161.

3.4. Le garanzie procedurali contro la detenzione arbitraria

I paragrafi dal 2 al 4 contemplano alcune elementari garanzie procedurali che tutelano l'individuo dalla detenzione arbitraria e che devono essere rispettate in ogni caso e a prescindere da quanto previsto nel diritto nazionale. La prima in ordine di tali garanzie, consiste nel dovere di informare l'individuo dei motivi di fatto e di diritto della detenzione e di ogni accusa a suo carico, al più presto e in una lingua a lui comprensibile¹⁹². Il requisito della tempestività delle informazioni prevede che l'individuo sia informato delle ragioni sommarie della misura al momento dell'arresto, e che nell'arco di non più di "qualche ora" da questo, egli debba ricevere informazioni più dettagliate, salvo casi eccezionali in cui un ritardo è ammesso¹⁹³. Rispetto ai motivi della detenzione, la Corte ha ammesso una certa flessibilità nel contenuto dell'informativa, che può dunque essere fornita in qualunque forma e non deve essere particolarmente dettagliata, potendo limitarsi a «*fairly precise indications*»¹⁹⁴, purché contenga espressa menzione della base legale per l'arresto¹⁹⁵.

Il paragrafo 4 prevede invece il fondamentale principio dell'*habeas corpus*, e recita che «[o]gni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima». Tale diritto deve essere concreto, pratico ed effettivo e deve essere garantito anche quando vi siano considerazioni di ordine pubblico e di sicurezza¹⁹⁶.

Mentre generalmente la nozione di autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 5 e elaborata dalla Corte è piuttosto ampia e include qualsiasi autorità purché dotata di alcune caratteristiche sostanziali, quali l'indipendenza e l'imparzialità, il paragrafo 4 prescrive espressamente l'intervento di un tribunale ordinario dello Stato. Ciò implica che questo, oltre a soddisfare i requisiti di indipendenza e imparzialità, deve garantire una procedura giudiziaria che sia in grado, se del caso, di sospendere la misura¹⁹⁷.

3.5. La detenzione nel quadro del controllo dei flussi migratori nell'ambito dell'articolo 5(1)(f)

Il sottoparagrafo (f) dell'articolo 5(1) riconosce agli Stati parte la possibilità di fare ricorso alla detenzione nel contesto delle politiche migratorie, quando questa sia finalizzata ad impedire l'ingresso irregolare sul territorio o quando vi sia un procedimento di espulsione o di

¹⁹² D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 240; D. CHATZIVASSILIOU, *op. cit.*, p. 500.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Corte EDU, *Fox, Cambell e Harley c. Regno Unito*, ric. no. 12244/86; 12245/86; 12383/86, sentenza del 27 marzo 2001, para 2.

¹⁹⁵ *Khlaifia*, cit. para 106.

¹⁹⁶ Corte EDU, *I.A. c. Francia*, ric. no. 28213/95, sentenza del 23 settembre 1998, para 61.

¹⁹⁷ D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 307; Corte EDU, *Weeks c. Regno Unito*, ric. no. 9787/82, sentenza del 2 marzo 1987, para 54: in questo senso, la Corte ha espressamente affermato che «quando la sentenza privativa della libertà è stata emanata da un organo amministrativo, non c'è alcun dubbio che l'art. 5(4) CEDU obblighi gli Stati a garantire al detenuto un ricorso presso un tribunale competente [...] che presenta anche la garanzia – appropriata al tipo di privazione della libertà del caso concreto – di una procedura giudiziaria» e sono previsti gli stessi requisiti che valgono per l'articolo 6 CEDU».

estradizione in atto. Mentre è indubbio che su tale fattispecie si applichino i requisiti generali previsti dall'articolo 5, il modo in cui la Corte li ha articolati in relazione al paragrafo f appare meritevole di particolare attenzione. Infatti, nel bilanciare l'interesse generale dello Stato e quello particolare dell'individuo nei casi disciplinati dal sottoparagrafo (f), la Corte pare attribuire particolare peso alla prerogativa sovrana dello Stato di controllare l'ingresso e la permanenza sul proprio territorio, definita come «*undeniable sovereign right to control aliens*»¹⁹⁸. In particolare, quando la misura ricade nella sfera del paragrafo (f), la Corte ha escluso che il test di arbitrarietà della stessa debba prevedere la valutazione della necessità della detenzione, a meno che non sia la legislazione nazionale a prescriverlo¹⁹⁹.

In diversi casi la Corte ha infatti affermato che «*Article 5(1)(f) does not afford a detained alien the right to contest the 'proportionality' of the detention order, unlike other Convention issues, for example under Article 8 (2) of the Convention*»²⁰⁰, chiarendo che il test di arbitrarietà della detenzione ai sensi del paragrafo (f) deve esaminare alcuni criteri relativi alla misura, e in particolare che questa «deve essere condotta in buona fede; deve essere strettamente connessa allo scopo di impedire l'ingresso irregolare di una persona nel paese (quando si tratti della prima parte del sottoparagrafo; per la seconda, come si vedrà, è sufficiente che la detenzione avvenga mentre le autorità stanno attivamente preparando e predisponendo l'allontanamento dell'individuo); che il luogo e le condizioni di detenzione devono essere idonee, tenendo presente che tale misura non si applica a coloro che hanno commesso infrazioni penali ma a stranieri che, temendo spesso per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese»; e la durata della detenzione non deve eccedere il tempo ragionevolmente richiesto a raggiungere l'obiettivo perseguito»²⁰¹.

¹⁹⁸ Corte EDU, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, ric. no. 9214/80; 9473/81 e 9474/81, sentenza del 28 maggio 1985, para 50; cfr. S. J. SILVERMAN, E. MASSA, Why Immigration Detention is Unique?, in *Population, Space and Place*, 6/18, 2012, p. 679; M. FORDHAM, J. STEFANELLI, S. ESER *Immigration Detention and the Rule of Law. Safeguarding Principles*, BIICL, Londra, 2013, p. 60; A. S. PINTO OLIVEIRA, Alien's Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR), in *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, D. MOYA, G. MILIOS (a cura di), Brill, Leida, 2021, pp. 97 ss; cfr. D. WILSHER, *op. cit.*, p. 110.

¹⁹⁹ C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 285 ss; H. O'NIONS, *No Right to Liberty/ The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2/10, pp. 149 ss; L. HARTA, We Only Do What's Necessary? Detention of Asylum Seekers in European Law, in *Common Law Review*, 2018, pp. 46 ss; A. S. PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 117.

²⁰⁰ Corte EDU, *Batalov v. Lithuania*, ric. no. 30789/04, 15 novembre 2005, para 150; sulla necessità di implementazione di alternative alla detenzione, si veda, inter alia: cfr. A. EDWARDS, *Back to Basics: the Right to Liberty and Alternatives to Detention of Asylum Seekers, Refugees and other Migrants*, UNHCR Division on International Protection, PPLA/2011/01.Rev. 1, Aprile 2011; S. DUSKOVA, Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers-Motivations, Rationale and Challenges, in *Groningen Journal of International Law*, 1/5, 2017, pp. 23 ss; R. SAMPSON, G. MITCHELL, Global trends in immigration detention and alternatives to detention: practical, political and symbolic rationales, in *Journal of Migration and Human Security*, 1/3, 2013, pp. 76 ss.

²⁰¹ *Saadi c. Regno Unito*, para 74; vedi *Amuur*, para 43; Corte EDU, *Longa Yoinkeu c. Lituania*, ric. no. 57229/09, sentenza del 15 novembre 2011, para 119; *Kanagaratnam e altri c. Belgio*, ric. no. 15297/09, sentenza del 13 dicembre 2011, para 80; K. HAILBRONNER, Detention of Asylum Seekers, in *European Journal on Migration and Law*, 2/9, 2007, pp. 159 ss; Sul rapporto tra diritto dell'UE e giurisprudenza della CEDU in tema di requisito della necessità della detenzione ed una critica dell'approccio della Corte EDU si veda, V. MORENO-LAX, Beyond Saadi v UK: Why the Unnecessary Detention of Asylum Seekers is inadmissible under EU Law, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2011, pp. 166 ss.

Tale è l'approccio della Corte nei confronti delle politiche statali di controllo e gestione dei flussi migratori, al di là dello *status* del soggetto: si vedrà che la detenzione in tal senso è egualmente applicabile ai richiedenti asilo irregolarmente presenti sul territorio nel quadro dell'art. 5(1)(f) primo periodo, che dei c.d. migranti irregolari. "Unico" requisito è che essa sia applicata per prevenire l'ingresso non autorizzato sul territorio. Ciò implica quindi la detenzione sarà ammessa ogniqualvolta la persona versi in uno *status* di irregolarità all'atto dell'attraversamento della frontiera, con alcune eccezioni.

In questa luce, il paragrafo analizzerà dapprima la seconda parte del paragrafo (f), dunque il trattenimento ai fini dell'espulsione, per poi soffermarsi sulla prima parte della norma, che, per quanto meno affrontata a livello giurisprudenziale²⁰², si collega direttamente al tema del lavoro e al trattenimento nelle zone di transito aeroportuali.

3.5.1. ...segue: la detenzione in vista dell'espulsione

I casi in cui la Corte ha giudicato il trattenimento in vista dell'espulsione sono decisamente più numerosi rispetto a quelli relativi al trattenimento per impedire l'ingresso sul territorio e per questo motivo, tale profilo non presenta aspetti di particolare problematicità sotto l'aspetto definitorio. La locuzione "una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione" (*«of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition»*, nella versione inglese), come accennato più generalmente per il paragrafo (f), non implica una valutazione sulla necessità e sulla proporzionalità della detenzione rispetto al fine stabilito, l'espulsione²⁰³, a meno che il diritto nazionale non lo preveda. È infatti sufficiente che il ricorrente sia stato detenuto nel quadro di un procedimento di espulsione o allontanamento (*«with a view to extradition»*) e che la procedura in parola sia effettivamente in corso (*«action is being taken»*).

La durata della misura è forse l'unico elemento di misurazione della necessità e proporzionalità della detenzione, in quanto quest'ultima è giustificata solo quando la procedura sia in atto e deve dunque durare il tempo strettamente necessario a tal fine²⁰⁴. Pur non avendo mai stabilito una durata massima della detenzione nei casi di immigrazione, e sebbene l'articolo 5(1)(f) *«does not require domestic law to provide a time-limit for detention pending extradition proceedings»*, la Corte ha chiarito che *«[h]owever, if the proceedings are not conducted with the requisite diligence, the detention may cease to be justifiable under that provision»*²⁰⁵.

In questo contesto, la condotta del ricorrente è tuttavia un elemento di cui la Corte tiene debito conto nel valutare se la durata della detenzione sia o meno appropriata, in quanto i ritardi o l'eccessiva durata potrebbero dipendere dall'atteggiamento omissivo o impeditivo del

²⁰² H. LAMBERT, *The Position of Aliens in the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2006, p. 18; X.B. RUEDIN, *Aliens' and Asylum Seekers' Detention under Article 5(1)(f) ECHR*, in *Swiss Review of International Law*, 4/20, 2010, pp. 483 ss; I. BRYAN, P. LANGFORD, *The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2/80, 2011, pp. 193 ss; A. SPENA, *Resisting Immigration Detention*, in *European Journal on Migration and Law*, 2/18, 2016, pp. 201 ss.

²⁰³ X.B. RUEDIN, *op. cit.*, p. 500; Corte EDU (GC), *Chahal c. Regno Unito*, ric. no. 3455/05, sentenza del 19 febbraio 2009, para 127.

²⁰⁴ *Saadi c. Regno Unito*, para 70.

²⁰⁵ Corte EDU, *Singh c. Repubblica Ceca*, ric. no. 60538/00, sentenza del 25 gennaio 2001, para 61-68.

ricorrente stesso. In *Kolompar c. Belgio*, pur ammettendo che la durata della detenzione fosse “*unusually long*” (due anni), la Corte ha escluso che ciò implicasse una violazione dell’articolo 5 in quanto «*the Belgian State cannot be held responsible for the delays to which the applicant's conduct gave rise. The latter cannot validly complain of a situation which he largely created*»²⁰⁶. Infine, la legalità dell’espulsione che sta alla base del trattenimento è elemento a sé stante e non rientra nella valutazione della Corte sotto il profilo dell’articolo 5. Ad ogni modo, se l’allontanamento non è possibile per ragioni di natura legale o di altro tipo, o se vi siano profili di incompatibilità con l’articolo 3 CEDU e il rischio di refoulement o di tortura del ricorrente se rimpatriato, allora la detenzione violerà l’articolo 5, in quanto non avverrà più “*with a view to deportation*”²⁰⁷.

3.5.2. ...segue: la detenzione per prevenire l’ingresso non autorizzato sul territorio

La prima parte del paragrafo (f) permette la detenzione di una persona «per impedirle di entrare illegalmente nel territorio» e in termini applicativi e giurisprudenziali, rappresenta la parte più problematica per inquadramento giuridico e pratico, nonché quella meno affrontata dalla Corte.

La questione del significato di ingresso sul territorio è il primo elemento di ambiguità in tal senso, come si vedrà a breve analizzando il caso delle zone di transito aeroportuali. Per il momento, è opportuno chiarire che la Corte ha definito il concetto in questi termini: «*until a State has “authorized” entry to the country, any entry is “unauthorized” and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so, can be, without any distortion of language, to “prevent his effecting an unauthorised entry”. It does not accept that, as soon as an asylum seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking to effect an “authorized” entry, with the result that detention cannot be justified under the first limb of Article 5 § (f) To interpret the first limb of Article 5 § 1(f) as permitting detention only of a person who is shown to be trying to evade entry restrictions would be to place too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control*»²⁰⁸.

Non è sufficiente dunque l’ingresso fisico del ricorrente, né un’autorizzazione a permanere temporaneamente sul territorio in attesa di una decisione in merito all’istanza di permesso di soggiorno: ai sensi dell’articolo 5(1)(f), una persona non sarà più detenibile, e sarà dunque autorizzata a fare ingresso nello Stato solo a seguito del rilascio di un titolo di soggiorno, come confermato nel recente *Dshjiri c. Ungheria*. Nel caso di specie, il ricorrente aveva ricevuto un permesso per ragioni umanitarie e aveva poi presentato istanza di protezione internazionale. Nel quadro di tale procedura veniva detenuto per quattro mesi a fini identificativi, in quanto le

²⁰⁶ Corte EDU, *Kolompar c. Belgio*, ric. no. 11613/85, sentenza del 24 settembre 1992, para 42 (in questo caso, il ricorrente aveva distrutto i propri documenti di identità, il che aveva causato un ritardo nell’espletamento delle procedure).

²⁰⁷ D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 335; F. SPALTIERI, *I limiti alla durata della detenzione dello straniero destinato a essere espulso tra garanzie CEDU e disciplina dell’Unione*, in *Temi e questioni di diritto dell’Unione Europea*, AA.VV., Cacucci, Bari, 2019, p. 797.

²⁰⁸ *Saadi c. Regno Unito*, para 65.

autorità nutrivano dubbi sulla sua nazionalità. Le autorità sostenevano che la detenzione del ricorrente fosse giustificata ai sensi dell'art. 5(1)(f) per prevenirne l'ingresso non autorizzato sul territorio. Per la Corte, alla situazione del ricorrente non risulta applicabile l'art. 5(1)(f), poiché egli aveva ricevuto un permesso di soggiorno. Secondo la Corte, «*having regard to the fact that the applicant was in a possession of the aforementioned residence permit, and in the absence of any convincing argument to the contrary, the Court does not accept that in the present case the detention was meant to prevent an unauthorised entry into the country*»²⁰⁹.

Importante eccezione a tale automatismo detentivo è rinvenibile tuttavia, nei confronti dei nuclei familiari e dei minori. Nel recente caso *Nikoghosyan e altri c. Polonia*²¹⁰ la Corte si è pronunciata sul trattenimento di un nucleo familiare presso la zona di transito al confine tra Polonia e Bielorussia. I ricorrenti erano una famiglia armena, composta dai genitori accompagnati da tre figli minori che avevano tentato diverse volte, e senza successo, di fare ingresso in Polonia e lì presentare istanza di protezione internazionale, poiché le autorità polacche impedivano loro la formalizzazione della suddetta istanza. All'ennesimo tentativo, i ricorrenti riuscivano a fare ingresso nello Stato e a presentare domanda di asilo, e venivano così trasferiti nel centro di *Biała Podlaska* e lì trattenuti, in ragione della necessità di raccogliere informazioni sulla loro istanza. I ricorrenti venivano mantenuti in detenzione per sei mesi, nonostante un ricorso da loro presentato in occasione della prima proroga della misura. In tal caso, la Corte EDU riconosceva una violazione dell'art. 5(1)(f) CEDU in ragione della mancanza dei requisiti di proporzionalità e necessità della misura, valutazioni che le autorità statali avrebbero dovuto considerare in virtù della presenza di minori. Per la Corte, non vi era stato un esame sufficiente della situazione individuale dei ricorrenti per due motivi: numerosi errori nei decreti di proroga del trattenimento del nucleo familiare; la presenza di minori tra i ricorrenti, fattore decisivo nella valutazione della Corte nel riconoscimento di una violazione dell'art. 5 CEDU.

Così, la Corte stabiliva che «*as a matter of principle, the confinement of young children in detention establishments should be avoided*»²¹¹. Tale orientamento è invero andato a svilupparsi nell'arco degli ultimi 15 anni, a partire dal caso *Mubilanzila*²¹², col quale la Corte ha ritenuto imprescindibile che lo Stato valuti attentamente l'opportunità di ricorrere al trattenimento in presenza di minori, e solo se è dimostrabile che siano state vagliate delle alternative alla misura²¹³.

Salvo la presenza di minori, dunque, anche per la prima parte del paragrafo (f) la Corte ha affermato la non applicabilità dei requisiti di proporzionalità e necessità della misura, chiarendo che il requisito di legalità e di assenza di arbitrarietà «*must apply to detention under the first limb of Article 5 § 1(f) in the same manner as it applies to detention under the second limb*»²¹⁴.

²⁰⁹ Corte EDU, *Dshjiri c. Ungheria*, sentenza del 23 febbraio 2023, ric. no. 21325/16, para 12.

²¹⁰ Corte EDU, *Nikoghosyan e altri c. Polonia*, ric. n. 14743/2017, sentenza del 3 marzo 2022.

²¹¹ *Ivi*, para 86.

²¹² Corte EDU, *Mubilanzila Mayeka e Kainiki Mitunga c. Belgio*, ric. no. 13178/03, sentenza del 12 gennaio 2007.

²¹³ Corte EDU, *AB. e altri c. Francia*, ric. no. 11593/12, sentenza del 12 luglio 2016; *Bilalova e altri c. Polonia*, ric. no. 23685/14, sentenza del 26 marzo 2020; *M.H. e altri c. Croazia*, ric. nos. 15670/18 e 43115/18, sentenza del 18 novembre 2021; cfr. R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 153 ss.

²¹⁴ *Saadi c. Regno Unito*, para 73.

La questione è stata ampiamente dibattuta in occasione della sentenza nel caso *Saadi*: nel valutare l'arbitrarietà della misura, la Corte ha rigettato le obiezioni presentate da diverse organizzazioni²¹⁵, che mettevano in discussione la necessità della detenzione alla luce dell'atteggiamento sempre cooperativo del ricorrente, che dunque non presentava alcun rischio di fuga, e del fatto che allo stesso fosse stato rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo. Secondo la Corte, «*it was not incompatible with Article 5(1)f of the Convention to detain the applicant for seven days in suitable conditions to enable his claim to asylum to be processed speedily*»²¹⁶.

3.6. Il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali

Il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali rappresenta uno degli esempi più compiuti di detenzione per prevenire l'ingresso non autorizzato della persona, ed è infatti in questo ambito che la Corte ha generalmente inquadrato il trattenimento presso tali zone.

In dottrina è stato sottolineato come la detenzione in ambito di controllo dei flussi migratori sia un fenomeno ambiguo sotto molteplici profili, in virtù soprattutto della prerogativa accordata agli Stati di controllare i propri confini²¹⁷. Tali ambiguità e il deciso sbilanciamento verso la supremazia della sovranità statale hanno portato gli Stati parte a formulare diversi argomentazioni volte ad affermare la non applicabilità, o l'applicabilità "ridotta", delle garanzie costituzionali ordinarie alle zone di transito degli aeroporti, in virtù di una forma di extraterritorialità attribuita a tali zone che però, ancor più ambigualmente, non tange la questione della giurisdizione statale, come spiegato in precedenza, ma rileva ai fini della presunta inapplicabilità dell'articolo 5 CEDU.

In particolare, in questo contesto le argomentazioni degli Stati si basano sulla presunta differenza tra ingresso fisico e ingresso legale, che consente agli Stati la «*creation of legal identities, the creation of legal spaces and of legal borders, and the definition of the scope of legal rights*»²¹⁸. Come osservato in dottrina, «*[t]his requires the distinction between physical*

²¹⁵ *Ivi*, paras 54-58.

²¹⁶ Secondo le opinioni dissenzienti al caso *Saadi* (Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Kovler, Spelmann and Hirvela): «*[i]t is not disputed in the present case that the applicant's detention was aimed at ensuring the speedy resolution of his claim for asylum and hence the adoption of a decision on the subject at the earliest date possible. His detention therefore pursued a purely bureaucratic and administrative goal, unrelated to any need to prevent his unauthorised entry into the country. [...] As regards detention generally, the requirements of necessity and proportionality oblige the State to furnish relevant and sufficient grounds for the measure taken and to consider other less coercive measures, and also to give reasons why those measures are deemed insufficient to safeguard the private or public interests underlying the deprivation of liberty. Mere administrative expediency or convenience will not suffice. We fail to see what value or higher interest can justify the notion that these fundamental guarantees of individual liberty in a State governed by the rule of law cannot or should not apply to the detention of asylum seekers*».

²¹⁷ G. CORNELISSE, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 34; C. COSTELLO, *Immigration detention. The ground beneath our feet*, in *Current Legal Problems*, 68/2015, pp. 143 ss; G. CORNELISSE, *Detention and transnational law in European Union: constitutional protection between complementary and inconsistency*, in *Challenging Immigration Detention: Academics, Activists and Policy-Makers*, M. J. FLYNN (a cura di), Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 222 ss.; J.R. RAMOS, *The Right to Liberty of Asylum Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis*, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n. 39/2020, p. 7.

²¹⁸ T. BASARAN, *Security, Law, Borders*, cit., p. 339.

presence and legal presence, crystallized around the concept of legal entry. Legal entry departs from a physical definition of entry: mere physical presence on the territory is insufficient and only lawful admission amounts to entry – and hence the right to benefit from constitutional protection»²¹⁹.

In questa luce, i principali argomenti avanzati dagli stati possono essere così riassunti: innanzitutto, la cosiddetta teoria della “prigione con tre pareti”, secondo la quale il trattenimento dei migranti presso le zone di transito aeroportuali non costituirebbe detenzione ma una semplice limitazione della libertà di movimento, in quanto le persone sarebbero libere di lasciare le zone di transito in ogni momento facendo ritorno nei loro paesi di origine o di transito; in secondo luogo, la presunta non applicabilità delle garanzie legali ordinarie in virtù del fatto che gli individui trattenuti non si troverebbero ancora legalmente in territorio statale, sulla base della suddetta distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale.

3.6.1. La natura detentiva del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali

Nel giudicare i casi di trattenimento presso le zone di transito aeroportuali, la Corte si è innanzitutto confrontata, come accade in tutti i casi di trattenimento ai sensi dell’articolo 5, col dover stabilire se il trattenimento dei ricorrenti configurasse una privazione della libertà personale ai sensi della Convenzione. In questi casi, la Corte valuta se la misura ricade nella sfera applicativa dell’articolo 5, prendendo in considerazione quattro fattori: il regime giuridico applicabile a livello statale; la situazione individuale dei ricorrenti e le loro scelte; la durata della misura alla luce del suo scopo e delle tutele offerte al ricorrente; infine, il grado di restrizione incombente sul ricorrente²²⁰. Questi fattori sono analizzati congiuntamente e, secondo la giurisprudenza della Corte, nessuno di essi è in grado, da solo, di determinare una privazione della libertà personale, in quanto *«the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty imputable to the State, since in such cases the State authorities have undertaken vis-à-vis the individual no other steps than reacting to his or her wish to enter by carrying out the necessary verifications»²²¹.*

In questo senso, una delle argomentazioni sovente avanzata dagli Stati convenuti consiste nel ritenere che il trattenimento presso tali zone non sia categorizzabile in quanto privazione della libertà personale ma in una limitazione della libertà di movimento, poiché i ricorrenti, per quanto non autorizzati a fare ingresso sul territorio statale, sarebbero tuttavia liberi di lasciare lo Stato in qualunque momento per far ritorno al proprio paese di origine o in altro paese.

Questo era il principale argomento avanzato dallo Stato francese nel caso *Amuur*, che escludeva che la misura ammontasse ad una forma di privazione della libertà personale in

²¹⁹ T. BASARAN, *Legal borders: the Waiting zones*, cit., p. 57; J. C. HATHAWAY, *The Emerging Politics of non-entrée*, in *Refugees*, 91/1992, pp. 40 ss; ID, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 12 ss; cfr. introduzione.

²²⁰ *Z.A.*, para 138.

²²¹ *Ivi*, para 144.

quanto «*the applicants could at any time have removed themselves from the sphere of application of the measure in issue. [...] the transit zone is "closed on the French side", it remains "open to the outside", so that the applicants could have returned of their own accord to Syria, [...]. The Commission added that the applicants had not shown that their lives or physical integrity were in danger in Syria or that the French authorities had prevented them from boarding a plane bound for that country*»²²².

Nel caso di specie, così come in altri casi con simili caratteristiche, la Corte ha chiarito che «*not in every respect comparable to that which obtains in detention centres*»²²³, ammettendo dunque che non tutte le forme di trattenimento presso tali zone corrispondono a una privazione della libertà personale e che per questo motivo è necessario analizzare i fatti e le circostanze del caso di specie, a prescindere, come accennato in precedenza, dal *nomen juris* della misura.

I ricorrenti erano partiti dalla Somalia, passando per la Siria per poi giungere in Francia all'aeroporto di Parigi Orly, dove le autorità hanno loro impedito l'ingresso sul territorio. Erano poi stati trattenuti per venti giorni dapprima presso la zona internazionale dell'aeroporto e poi presso la struttura alberghiera hotel Arcade, all'epoca considerata come una estensione della zona di transito dell'aeroporto, sino alla decisione negativa in merito alla propria istanza di ingresso sul territorio e senza la possibilità concreta di presentare domanda di asilo all'autorità competente, per poi essere immediatamente rimpatriati in Siria²²⁴.

La Corte osserva che per la maggior parte del periodo in esame i ricorrenti si erano trovati sotto la stretta sorveglianza delle autorità e senza alcuna forma di assistenza legale, almeno sino a quando erano stati messi in contatto con alcuni legali di una associazione, senza tuttavia avere la possibilità di sottoporre il loro confinamento al vaglio dell'autorità giudiziaria. Alla luce delle circostanze del caso, la Corte afferma che «*[t]he 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, [...]. Furthermore, this possibility becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in*» e conclude che il trattenimento dei ricorrenti corrisponde a una privazione della libertà personale ai sensi dell'articolo 5, giungendo a tali conclusioni attraverso l'analisi concreta della situazione e valutando l'effettiva possibilità per i ricorrenti di lasciare concretamente il territorio statale.

Il caso *Riad e Idiab* è in questo senso alquanto singolare, poiché questa volta la Corte si trova confrontata col trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito dell'aeroporto di Bruxelles sotto il profilo della seconda parte del paragrafo (f). I ricorrenti erano infatti giunti all'aeroporto di Bruxelles ed erano subito stati trasferiti presso il centro di detenzione per immigrati irregolari di Bruges. Dopo il rigetto della loro istanza di protezione internazionale erano stati nuovamente trasferiti all'aeroporto e trattenuti presso la zona di transito in vista della loro espulsione, per 15 e 11 giorni rispettivamente.

Il governo escludeva che il trattenimento presso la zona di transito dell'aeroporto in vista dell'allontanamento costituisse una privazione della libertà personale in quanto l'unica

²²² *Amuur*, para 46.

²²³ *Ivi*, para 40.

²²⁴ *Ivi*, para 44.

restrizione posta ai ricorrenti era quella di fare nuovamente ingresso sul territorio Belga, e sarebbero stati quindi liberi di lasciare il territorio, avendone anche avuto l'opportunità grazie a diverse proposte delle autorità statali²²⁵. Riprendendo le conclusioni in *Amuur*²²⁶, la Corte ritiene invece che la misura costituisca un trattenimento *de facto*, rigettando l'argomentazione del Governo in quanto «*the mere fact that it was possible for the applicants to leave voluntarily cannot rule out an infringement of the right to liberty*»²²⁷.

L'elemento della possibilità concreta di lasciare il territorio non è puramente teoretico ma ha rilevato in senso opposto alle conclusioni appena citate in casi di "trattenimento" ai confini terrestri²²⁸. In *Ilias e Ahmed*, infatti, la Corte ha operato una distinzione tra il trattenimento presso le zone di transito aeroportuali e quelle terrestri, affermando che nel primo caso l'allontanamento dal territorio è reso più difficile, ed è talvolta impossibile, in ragione del tipo di frontiera e dei necessari accordi e adempimenti a tal fine: «*[i]t is further significant that, in contrast to, for example, persons confined to an airport transit zone, those placed in a land border transit zone, as the applicants in the present case, do not need to board an airplane in order to return to the country from which they came*»²²⁹.

La Corte nega, in quest'ultimo caso, il carattere detentivo del trattenimento presso la zona di transito serbo-ungherese, in quanto i ricorrenti avrebbero avuto una concreta e realistica possibilità, diversamente dal caso *Amuur* e dal trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti, di lasciare il territorio ungherese in direzione della Serbia.

Quanto al regime giuridico applicabile e alla sua valutazione, similmente a quanto espresso nei paragrafi precedenti²³⁰, oltre all'esistenza di una chiara base legale per il confinamento e all'aderenza della misura con lo scopo previsto dall'articolo 5(1)(f)²³¹ (prevenire l'ingresso non autorizzato dello straniero), un profilo decisivo di valutazione della legislazione nazionale risiede nella durata del confinamento e nella presenza di garanzie procedurali che tutelino i ricorrenti dal pericolo di una permanenza prolungata presso tali zone²³². Sebbene infatti la Convenzione non contempli un obbligo incombente sullo Stato di prevedere una durata

²²⁵ Corte EDU, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. no. 29787/03 e 29810/03, sentenza del 24 gennaio 2008, para 66.

²²⁶ *Ivi*, para 68.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ Si veda *infra*. Tale elemento pare dipendere anche dalle conclusioni della Corte in merito all'articolo 3 e al respingimento: "l'espellibilità" del ricorrente infatti è parte della valutazione circa l'effettiva possibilità per lo stesso di lasciare il territorio dello Stato parte in direzione di un altro Stato, e dunque della natura detentiva del trattenimento. Cfr. V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and How the Rights Beneath our Feet Continue to Erode*, Strasbourg Observer, 2019.

²²⁹ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed*, ric. no. 47287/15, sentenza del 21 novembre 2019, paras 214-219. La Corte opera un paragone con la situazione dei ricorrenti in *Amuur*, affermando che «*[i]t is further significant that, in contrast to, for example, persons confined to an airport transit zone, those placed in a land border transit zone, as the applicants in the present case, do not need to board an airplane in order to return to the country from which they came. The applicants came from Serbia, the territory of which was immediately adjacent to the transit zone area. In practical terms, therefore, the possibility for them to leave the Röszke land border transit zone was not only theoretical but realistic. Indeed, unlike the case of Amuur, where the French courts described the applicants' confinement as an "arbitrary deprivation of liberty", in the present case the Hungarian authorities were apparently convinced that the applicants could realistically leave in the direction of Serbia*».

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Tali profili saranno analizzati nel prossimo paragrafo.

²³² *ZA*, para 147.

massima del trattenimento, la Corte valuterà tuttavia se questa trovi giustificazione nella necessità di assicurare un esame efficace e celere delle istanze di ingresso sul territorio²³³.

Un ulteriore elemento di valutazione risiede nella situazione individuale dei ricorrenti, nelle loro scelte e azioni. Tale elemento ha avuto un ruolo dirimente nel caso *Mahdid e Haddar*, in cui la Corte ha escluso che il trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito dell'aeroporto di Vienna a seguito di un rifiuto di ingresso costituisca una privazione della libertà personale ai sensi dell'articolo 5. La Corte giunge a tali conclusioni considerando che i ricorrenti avevano ricevuto una risposta in merito alla loro istanza di protezione internazionale nell'arco di tre giorni e la loro permanenza sul territorio oltre tale termine era stata determinata da alcune scelte loro attribuibili. In particolare, la Corte conferisce particolare peso al fatto che i ricorrenti avessero volontariamente ritardato la propria partenza distruggendo i loro documenti di viaggio e di identità nel tentativo di essere autorizzati a fare ingresso in Austria. Inoltre, il grado di restrizione e di confinamento posto sui ricorrenti aveva avuto un peso decisivo nella decisione della Corte, che evidenziava come, durante la loro permanenza presso la zona di transito, i ricorrenti non erano stati sottoposti a particolare vigilanza da parte delle autorità, avevano avuto la possibilità di comunicare con l'esterno e con alcune organizzazioni umanitarie e i tentativi delle autorità di organizzare la loro partenza erano falliti per ben due volte per l'impossibilità di rintracciarli.

3.6.2. La distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale e lo status delle zone di transito aeroportuali

Si è detto che la prima parte dell'articolo 5(1)(f) consente la detenzione per prevenire l'ingresso non autorizzato dell'individuo sul territorio. Si è anche accennato al significato attribuito dalla Corte a tale locuzione, che consiste nel ritenere l'ingresso non autorizzato sino all'eventuale decisione dello Stato in tal senso. Sino a quel momento, la Convenzione permette dunque la detenzione dei migranti, siano essi richiedenti asilo o meno, anche in assenza di una valutazione sulla necessità e sulla proporzionalità della misura: l'unico criterio di valutazione della necessità che la Corte prende in considerazione è quello menzionata nella norma in esame, ovvero di prevenire l'ingresso irregolare della persona.

Su questa base, gli Stati hanno avanzato ipotesi di applicazione differenziale del diritto e, nella fattispecie, delle garanzie ai sensi dell'articolo 5, sulla base talvolta dello *status* dei soggetti e della suddetta distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale e talvolta attribuendo un particolare status territoriale alle zone di transito aeroportuali che, pur essendo parte territorialmente della loro giurisdizione, avrebbero delle caratteristiche tali da permettere un'applicazione differenziale del diritto e, infine, ricorrendo a entrambi gli argomenti congiuntamente, in quanto spesso essi si sovrappongono²³⁴.

La giurisprudenza della Corte sul punto non è sempre univoca e presenta diversi profili di ambiguità: per quanto infatti la giurisdizione statale nel caso delle zone di transito aeroportuali, come spiegato, non è oggetto di disputa, la questione pare non esaurirsi del tutto

²³³ *Ibidem*; X. B. RUEDIN, *op.cit.*, p. 501.

²³⁴ J. HIPPLER BELLO, J. KOKOTT, *Amuur v France*, in the American Journal of International Law, Vol. 91, issue 2, 1997, pp. 147 ss.

sotto il profilo dell'articolo 1 per riproporsi altrove, e nella fattispecie nell'articolo 5 attraverso la cd "finzione di non ingresso"²³⁵.

Nel primo capitolo si è evidenziato che la finzione di extraterritorialità in quanto "*traditional non entrée mechanism*"²³⁶ che agisce sul piano della giurisdizione è stata gradualmente sostituita da altre strategie di esclusione che si basano non più sullo *status* territoriale delle zone di transito ma su quello delle persone che lo attraversano. Se infatti, come osserva Hathaway, «*the notion that a state can delimit the geographical scope of its territory for purposes of avoiding legal liability—for example, by excision or the declaration of an international zone in an airport—has simply been rejected*»²³⁷, la giurisprudenza della Corte EDU ha tuttavia implicitamente ritenuto conforme alla Convenzione la possibilità di applicare un regime giuridico "speciale", spesso deteriore, in virtù dello *status* dell'individuo che attraversa la zona di transito²³⁸ e della non titolarità a permanere o a fare ingresso sul territorio statale. Ciò emerge chiaramente nella giurisprudenza relativa proprio all'articolo 5(1)(f) e al concetto di "azione volta a prevenire l'ingresso non autorizzato sul territorio" sopra delineato, che, se da un lato non tange la questione della giurisdizione statale, dall'altro ammette l'ambigua distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale sul territorio.

Il caso *Saadi*, pur non riguardando in modo specifico la detenzione presso una zona di transito aeroportuale, offre un ulteriore esempio in tal senso. Il ricorrente era giunto all'aeroporto di Heathrow nel dicembre del 2000 e qui aveva immediatamente presentato istanza di protezione internazionale. Nell'impossibilità di essere trasferito nel centro di detenzione di *Oaking*, che non era parte della zona di transito aeroportuale ma era un centro di detenzione per immigrati irregolari di tipo "ordinario", le autorità gli avevano rilasciato quotidianamente e per tre giorni, previa la sua richiesta in presenza fisica alle stesse autorità, un permesso temporaneo giornaliero in modo che egli potesse permanere presso un albergo di sua scelta. Il quarto giorno il ricorrente fu poi arrestato e trasferito presso il suddetto centro.

Ciò veniva deciso nonostante la legislazione nazionale non prevedesse la detenzione automatica dello straniero ai fini di un esame accelerato della propria istanza di protezione. Al ricorrente in detenzione era stato infatti lasciato un modulo che indicava una lista di motivi alla base della detenzione, dove non figurava uno corrispondente alla sua situazione. Il ricorrente presentò domanda di revisione della sua detenzione, che fu in un primo momento accolta, in quanto il giudice sostenne la contrarietà della detenzione automatica per motivi di "convenienza amministrativa", in assenza di un rischio di fuga.

La Corte di Appello ha tuttavia ribaltato tale conclusione, ritenendo la detenzione del ricorrente conforme all'articolo 5(1)(f) della CEDU che «ha lo scopo di salvaguardare il potere

²³⁵ Cfr., C. COSTELLO, *Immigration detention. The ground beneath our feet*, cit.; ID, *The Human Rights of Migrants*, p. 284

²³⁶ J.C. HATHAWAY, T. GAMMELTOFT-HANSEN, *op. cit.*, p. 235.

²³⁷ *Ibidem*, p. 247.

²³⁸ P. MAILLET, *Exclusion From Rights Through Extra-Territoriality at Home: The Case of Paris Roissy- Charles De Gaulle Airport's Waiting Zone*, Theses and Dissertations (Comprehensive), 2017, p. 81; T. GAMMELTOFT-HANSEN, *Access to asylum: international refugee law and the globalisation of migration control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 44 ss; H. O'NIONS, *Exposing Flaws in the Detention of Asylum Seekers: a critique of Saadi*, in *Nottingham Law Journal*, 2/8, 2008, pp. 34 ss; M. STARITA, *Recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *il foro italiano, gli speciali*, 3, 2021.

sovrano degli Stati membri di decidere se permettere ai cittadini stranieri di entrare nel proprio territorio a qualunque condizione e che la detenzione di un cittadino straniero rientra nell'ipotesi prevista da tale sottoparagrafo, a meno che e fintanto che l'ingresso venga autorizzato»²³⁹.

La Corte accoglie tale argomentazione, affermando che «*it is a necessary adjunct to [their sovereign right to control aliens' entry and residence in their territory] that States are permitted to detain would-be immigrants who have not applied for permission to enter, whether by way of asylum or not*»²⁴⁰, sulla base di una singolare interpretazione del concetto di ingresso sul territorio, e ricorrendo alla distinzione tra ingresso fisico e ingresso legale.

Nel caso di specie, infatti, non solo il ricorrente era fisicamente presente sul territorio, ma era anche stato ammesso a permanere presso il centro di detenzione di Oaking, e partecipava alla procedura di determinazione del suo *status* di rifugiato, infine ottenuto in appello²⁴¹ e dunque, in un certo senso, non solo fisicamente presente ma anche legalmente “visibile”²⁴².

Tale “non presenza” giuridica sul territorio, nella decisione della Corte, è dunque il fattore decisivo nell'esame della ragionevolezza e della proporzionalità della misura: la Grande Camera infatti rigetta esplicitamente, in primo luogo, l'argomentazione del ricorrente secondo cui «non appena un richiedente asilo si presenti da sé presso le autorità dell'immigrazione, tenta di entrare regolarmente, con la conseguenza che la detenzione non si può giustificare sulla base dell'articolo 5(1)(f)»²⁴³, accogliendo le conclusioni della Camera circa il fatto che «gli Stati abbiano una maggiore discrezionalità nel decidere se detenere potenziali immigrati di quella relativa ad altri casi di interferenza col diritto alla libertà»²⁴⁴. In questo caso, il fatto di aver transitato sprovvisto di un titolo adeguato attraverso una frontiera aeroportuale ha di fatto significato la permanenza del richiedente, a livello giuridico, nel limbo giuridico della frontiera.

Similmente, il caso *Amuur* rappresenta un esempio eloquente dell'evoluzione dei citati “*non entrée mechanisms*”, soprattutto se analizzato attraverso il prisma del processo di istituzionalizzazione della prassi condotte presso le zone di transito aeroportuali, alla base appunto del caso portato all'attenzione della Corte EDU, e di come questa abbia espresso il suo giudizio in merito ad essi. Invero, i fatti del caso avvenivano nell'anno 1992 mentre la sentenza della Corte è del 1996, ed è proprio in questa finestra temporale che sono avvenuti i principali cambiamenti giuridici in materia di disciplina delle zone di transito francesi attraverso l'adozione di una, contestata, legge in materia, con un evidente slittamento di paradigma, da un approccio che considerava le zone di transito come extraterritoriali ad uno impostato sulla distinzione tra ingresso fisico e legale. Sebbene questo fosse atto a dare una disciplina giuridica ad un insieme di prassi amministrative prive di base legale, ha anche istituzionalizzato l'idea che gli individui che si trovino a fare ingresso sul territorio francese attraverso le zone di transito sprovvisti di un titolo adeguato debbano ricevere un trattamento giuridico deteriore proprio in base al loro status giuridico all'attraversamento della frontiera²⁴⁵.

²³⁹ *Saadi c. Regno Unito*, para 17.

²⁴⁰ *Ivi*, para 69.

²⁴¹ *Ivi*, para 17.

²⁴² AIDA, *Boundaries of liberty. Asylum and de facto detention in Europe*, 2017, p. 17; V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi v UK*, cit., p. 166.

²⁴³ *Ivi*; C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants*, cit., p. 287; *Saadi c. Regno Unito*, para 65.

²⁴⁴ *Ivi*, para 45.

²⁴⁵ Si veda, introduzione, para 6.1.2.

La Corte EDU, nella sua sentenza, condannava la Francia, *inter alia*, per una violazione dell'art. 5(1), in quanto gli strumenti applicabili alla detenzione dei richiedenti asilo all'epoca dei fatti non rispettavano il principio di legalità né gli standard di qualità della legge previsti dalla giurisprudenza della Corte: non esisteva una base legale per il trattenimento e nessuna norma prevedeva l'intervento di un giudice a convalida della misura, né una durata massima della detenzione. Inoltre, non era prevista la possibilità per lo straniero di entrare in contatto con servizi di assistenza legale, umanitaria o sociale, privando gli individui delle garanzie previste dall'articolo 5 CEDU.

Nella stessa sentenza, la Corte, pur condannando la Francia, afferma che la detenzione presso le zone di transito aeroportuali non è «*in every respect comparable to that which obtains in detention centres*», affermando inoltre che all'epoca dei fatti nessuno degli strumenti giuridici applicabili al trattenimento dei richiedenti asilo presso le zone di transito degli aeroporti contenesse delle garanzie «*comparable to those introduced by the Law of 6 July 1992*»²⁴⁶.

Tale menzione, per quanto indiretta, pare indicare che la Corte EDU giudicasse le tutele offerte dalla suddetta legge sufficienti, sebbene discriminassero in modo evidente tra due categorie di individui. Si è infatti spiegato nell'introduzione che lo sviluppo e l'istituzionalizzazione della disciplina francese sulle zone di transito ha di fatto comportato la creazione di un regime differenziale applicabile ai soggetti c.d. "non ammessi" sul territorio, sulla base della c.d. finzione di non ingresso. Il fatto che la Corte EDU facesse menzione della Legge del 6 luglio 1992 e la ritenesse adeguata alla protezione dei diritti umani degli stranieri, con specifico riguardo alla detenzione dei richiedenti protezione internazionale, pare in linea con l'approccio della giurisprudenza di merito in materia di detenzione dei migranti irregolari, anche quando essi sono dei richiedenti protezione internazionale²⁴⁷. L'approccio della Corte, in buona sostanza, fa affidamento sulla c.d. finzione di non ingresso/di non presenza, che in tal modo permette e giustifica l'applicazione di un regime differenziale ai migranti irregolari alle frontiere statali per ciò che concerne, in particolare, il loro trattenimento, che in tal modo può ben essere una misura generalizzata e non rispondente ai requisiti di necessità e proporzionalità, in "deroga" ai requisiti imposti dall'art. 5(1) CEDU²⁴⁸.

4. L'allontanamento dello straniero e le condizioni di detenzione ai sensi dell'articolo 3 CEDU

4.1. L'articolo 3 CEDU

L'articolo 3 CEDU recita che: «[n]essuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti è tra le previsioni più rilevanti nel sistema istituito dalla CEDU, in virtù del suo carattere assoluto e inderogabile, che si esprime attraverso la struttura dell'articolo stesso, che non prevede deroghe e/o eccezioni. L'inderogabilità del divieto di tortura agisce su due piani: in primo

²⁴⁶ *Amuur*, para 54.

²⁴⁷ J.R. RAMOS, *op. cit.*, p. 8; L. BERNARDINI, La detenzione degli stranieri tra "restrizione" e "privazione" di libertà: la CEDU alla ricerca di Godot, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2021, p. 83.

²⁴⁸ V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi*, cit. p. 182.

luogo, lo stesso testo dell'articolo 3, nell'enunciare così concisamente il divieto, non prevede deroghe; inoltre, l'articolo è espressamente escluso dal campo applicativo dell'articolo 15 CEDU²⁴⁹ e, come stabilito dalla Corte, non può essere derogato in nessun caso, né per guerra né per minacce di ordine pubblico e sicurezza nazionale quali il terrorismo²⁵⁰ o il crimine organizzato²⁵¹ e a prescindere dalla condotta della vittima e della natura e gravità dell'eventuale reato o condotta di cui è accusata²⁵².

Sebbene non vi sia alcun margine di discrezionalità lasciato allo Stato circa il dovere di rispettare il divieto di tortura, lo stesso concetto di "tortura e trattamenti inumani e degradanti" può variare a seconda del periodo storico e delle prassi statali, nonché dei soggetti coinvolti. Affinché l'articolo 3 trovi applicazione, infatti, il trattamento in questione deve raggiungere «*a minimum level of severity*», che può riguardare la sfera fisica e anche quella psicologica. Ad esempio, in *D. c. Regno Unito*, la ricorrente, malata terminale di AIDS, rischiava di essere rimpatriata a St. Kittis, dove non avrebbe ricevuto le cure appropriate, né di tipo medico né palliativo. La Corte ha ritenuto che lo Stato convenuto avrebbe violato l'articolo 3 in caso di rimpatrio in quanto avrebbe esposto il ricorrente al rischio di morire «*under the most distressing circumstances*»²⁵³.

Il "*minimum level of severity*" è in ogni caso un concetto relativo, che dipende da «*all the circumstances of the case, such as the nature and the context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim*»²⁵⁴.

I parametri di valutazione della Corte tengono dunque in considerazione elementi soggettivi, quali le caratteristiche della vittima, l'appartenenza della vittima ad alcune categorie di soggetti che la Corte ha giudicato "vulnerabili", come i minori, gli anziani, i richiedenti asilo o anche gli individui sottoposti a misure detentive²⁵⁵ e elementi oggettivi, come il tipo di atto

²⁴⁹ W.A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 164; sul carattere inderogabile del divieto di tortura, anche nel diritto internazionale, cfr.: E. DE WET, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implication for National and Customary Law*, in *European Journal of International Law*, 1/15, 2004, pp. 97 ss; S. GREER, *Is the Prohibition Against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment really 'Absolute' in International Human Rights Law?*, in *Human Rights Law Review*, 15/1, 2015, pp. 101 ss; M. NOWAK, *Challenges to the Absolute nature of the Prohibition of Torture and Ill Treatments*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23/4, 2005, pp. 674 ss; per un commento sulla questione nella CEDU, cfr.: S. SMET, *The 'Absolute' Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment in Article 3 ECHR: Truly a Question of Scope Only?*, in *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of Human Rights*, E. BREMS, J. GERARDS (a cura di), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 5 ss; N. MAVRONICOLA, *'What is an 'Absolute Right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 12/4, 2012, pp. 723 ss; H. BATTJES, *In Search of a Fair Balance: the Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Re-assessed*, in *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 587 ss.

²⁵⁰ Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. no. 5310/71, sentenza del 18 gennaio 1978; (GC) *Al Skeini c. Regno Unito*, ric. no. 55721/07, sentenza del 7 luglio 2011.

²⁵¹ Corte EDU (GC), *Selmouni c. Francia*, ric. no. 25803/94, sentenza del 28 luglio 1990.

²⁵² W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 168.

²⁵³ Corte EDU, *D. c. Regno Unito*, ric. no. 30240/96, sentenza del 2 maggio 1997, para 53; si veda M.K. ADDO, N. GRIEF, *Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?*, in *European Journal of International Law*, 9/1998, pp. 510 ss.

²⁵⁴ Corte EDU (GC), *Kudla c. Polonia*, ric. no. 30210/96, sentenza del 26 ottobre 2000, para 91; cfr. A. ESPOSITO, *Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3/2012, pp. 154 ss.

²⁵⁵ *Khlaifia*, para 194.

perpetrato, i modi di implementazione e i suoi effetti. Ad esempio, la Corte ha ritenuto che la detenzione di due mesi di un minore di 5 anni in un centro di detenzione per immigrati adulti violasse l'articolo 3, mentre lo stesso tipo di misura non avrebbe rilevato profili di incompatibilità se avesse riguardato un adulto²⁵⁶.

Riguardo ai parametri oggettivi, oltre ad esaminare il tipo di atto e il modo di implementazione, la Corte valuterà anche se il grado di sofferenza e umiliazione causata dagli atti in questione vada oltre ciò che inevitabilmente consegue a forme legittime di punizione, come, *inter alia*, l'incarcerazione²⁵⁷.

4.2. La definizione di tortura e di trattamenti inumani e degradanti

L'articolo 3 menziona tre elementi: la tortura, i trattamenti inumani e i trattamenti degradanti, concetti che sono stati debitamente definiti dalla Corte in via giurisprudenziale. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, tuttavia, tale distinzione appare non necessaria, tanto che talvolta la Corte approccia all'analisi del caso considerando la norma nella sua interezza²⁵⁸, in quanto tutti e tre gli elementi che la compongono ne implicano una violazione e la loro distinzione viene in rilievo, eventualmente, quando si decida in merito alla compensazione²⁵⁹.

Non esiste a livello universale alcuna definizione univoca dei tre concetti, e nella giurisprudenza della Corte EDU, essi paiono differire sul piano dell'intensità e della gravità del maltrattamento inflitto.

In ordine di enunciazione, il concetto di tortura è stato generalmente definito dalla Corte come una forma aggravata di maltrattamento, molto spesso accompagnata da un elemento di intenzionalità nella sua inflizione, spesso col fine di ottenere informazioni o una confessione²⁶⁰. In *Irlanda c. Regno Unito*, la Corte ha affermato che tale distinzione dipende dalla differenza nell'intensità della sofferenza inflitta alla vittima, sulla base della Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone dalla tortura e altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti, che recita che «*torture constitutes an aggravated and deliberate form of cruel, inhuman and degrading treatment or punishment*»²⁶¹.

Da allora, la gravità è così diventato il parametro principe nella valutazione di merito della Corte²⁶². Negli anni, la Corte ha così ritenuto costituissero tortura un singolo atto di stupro, accompagnato da altre «*terrifying and humiliating experiences*» costituisse una forma di tortura; un regime rigido di isolamento carcerario; elettroshock, ma anche diverse forme di

²⁵⁶ *Mubilanzila*, paras 66-71.

²⁵⁷ D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 172; Corte EDU (GC), *Ramirez Sanchez c. Francia*, ric. no. 59450/00, sentenza del 4 luglio 2006, para 118.

²⁵⁸ D. HARRIS ET AL., *op. cit.*, p. 239.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ Commissione europea sui Diritti Umani, *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia*, ric. no. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, Commission Report of 5 November 1969, Vol 1.

²⁶¹ *Irlanda c. Regno Unito*, para 15; Y. ARAY YOKOY, Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, 2003, pp. 385 ss; A. CULLEN, Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights, in *California Western International Law Journal*, 34/2003, pp. 29 ss; C. DANISI, Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo, in *Diritto e Diritti*, 2009, p.19.

²⁶² W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 175.

violenza e maltrattamenti di natura psicologica, purché questa raggiunga la “minumim level of severity”²⁶³.

Tuttavia, come specifica la Corte nel caso *Selmouni*, la distinzione tra le tre forme di maltrattamenti deve essere intesa in modo fluido, in onore del dovere di considerare la Convenzione come uno strumento vivente interpretato in armonia col progresso sociale. Nel caso di specie la Corte ha infatti riconosciuto che alcuni atti un tempo classificati come trattamenti inumani e degradanti potrebbero invece costituire una forma di tortura nel futuro²⁶⁴, alla luce dell’evoluzione degli standard di protezione dei diritti umani che deve corrispondere ai valori fondamentali delle società democratiche.

Un secondo elemento distintivo del concetto di tortura è l’intenzionalità della sua inflizione e la necessità, sebbene abbia natura “sussidiaria”, nella misura in cui non costituisce un elemento necessario ma ne accresce la gravità²⁶⁵. La durata del maltrattamento non è in sé elemento dirimente ma contribuisce alla valutazione delle circostanze, in quanto la ripetitività del maltrattamento costituisce in genere un’aggravante nell’esame delle circostanze²⁶⁶.

Quest’ultimo è anche elemento dirimente la tortura dai trattamenti inumani e degradanti, termini spesso analizzati dalla Corte congiuntamente e talvolta costituenti un’unica fattispecie, che non devono essere necessariamente inflitti con intenzionalità, sebbene il parametro principale di distinzione risieda, come accennato, nel grado di sofferenza che accompagna il maltrattamento²⁶⁷.

Ad esempio, una minaccia di tortura col fine di ottenere informazioni è stata ritenuta un trattamento inumano²⁶⁸. Ancora, in *Selcuk a Asker c Turchia*, la distruzione dell’unica abitazione del ricorrente da parte delle autorità, ha costituito una forma di trattamento inumano²⁶⁹.

Infine, il termine degradante implica la presenza di una volontà di umiliazione e di degrado della vittima e, più generalmente, l’erosione della sua dignità, accompagnata da «*feelings of fear, anguish and inferiority, capable of humiliating and debasing them*» tali da causare un cedimento nella resistenza fisica e morale del ricorrente²⁷⁰.

4.3. L’allontanamento e il respingimento alla luce dell’articolo 3

Come noto, la CEDU non menziona alcun divieto esplicito di allontanamento o di *refoulement*, nemmeno se la misura comporti un rischio di tortura o trattamento inumano o degradante, né prevede alcuna norma a tutela del diritto di asilo o del diritto alla protezione internazionale.

²⁶³ Corte EDU (GC), *Gafgen c. Germania*, ric. no. 22978/05, sentenza del 1° giugno 2010, para 88.

²⁶⁴ *Selmouni*, para 101.

²⁶⁵ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2009, p. 171.

²⁶⁶ *Selmouni*, para 100; A.R. MOWBRAY, C. HARVEY, *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Londra, 2004; Sugli obblighi che derivano dall’art. 3 CEDU, cfr. B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, Londra, 2007, pp. 743 ss.

²⁶⁷ *Irlanda c Regno Unito*, para 135.

²⁶⁸ *Gafgen*, para 72.

²⁶⁹ Corte EDU, *Selcuk e Asker c. Turchia*, ric. no. 12/1997/796/998-999, sentenza del 24 aprile 1998.

²⁷⁰ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ric. no. 2346/02, sentenza del 29 aprile 2002, para 52.

Tuttavia, a partire dal celebre caso *Soering*²⁷¹, la Corte ha riconosciuto in via giurisprudenziale la possibilità che l'articolo 3 subisca una violazione che la dottrina ha poi definito “*par ricochet*”²⁷² nei casi in cui vi siano «seri motivi ed è verosimile credere che l'interessato, se lo si espelle verso il Paese di destinazione, correrà un reale rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'articolo 3»²⁷³. In questo caso la violazione della disposizione, sebbene avvenga per atti commessi da uno Stato terzo al sistema convenzionale, incombe anche sullo Stato parte che, espellendo lo straniero, lo sottopone al rischio di subire trattamenti contrari alla Convenzione.²⁷⁴

Nel caso di specie che ha poi aperto ad una evoluzione e elaborazione giurisprudenziale sul punto, il ricorrente era un cittadino tedesco rifugiatosi in Gran Bretagna dopo aver commesso un duplice omicidio negli Stati Uniti. Questi ultimi indirizzarono due domande di estradizione al Regno Unito²⁷⁵, che le accolse, e in ragione della quali il ricorrente avrebbe dovuto essere estradato negli Stati Uniti e lì punito con pena di morte. *Soering* ricorse alla Corte EDU, lamentando una possibile violazione dell'articolo 3 in virtù della cd “sindrome del braccio della morte”²⁷⁶.

²⁷¹ Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. no. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989; Sul caso *Soering*, si veda F. SUDRE, *Extradition et peine de mort: arrêt Soering de la Cour européenne des droits de l'homme* in *Revue générale de droit international public* 1990, pp. 103 ss; F. MAROTTA, Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza *Soering*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, p. 439 ss; A. DAMATO, Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, pp. 648 ss; M. P. SHEA, Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after *Soering*, in *Yale Journal International Law*, 87, 1992, pp. 85 ss; W. BREIRENMOSER, Human Rights v. Extradition: the *Soering* Case, in *Michigan Journal International Law*, 11, 1990, pp. 845 ss.; V. DEN WYNGAERT, Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, pp. 757 ss; W. A. SCHABAS, The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World's Court, in *Boston, Northern University Press*, 1996, pp. 96 ss.

²⁷² G.J. COHEN, La Convention européenne des droits de l'homme, in *Revue Internationale de Droit Comparé* 1989, pp. 797 ss; F. SUDRE, La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, in *Revue générale de droit international public*, 1984, pp. 856 ss.

²⁷³ Corte EDU, *Saadi c. Italia*, ric. no. 37201/06, sentenza del 28 febbraio 2008, para 244; cfr. G. COHEN-JONATHAN, *La convention européenne des droits de l'homme*, Decaux, Paris, 1989, pp. 84 e 304; l'articolo 3 così interpretato ha una portata più ampia del principio di *non-refoulement* così come previsto all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato, in quanto si applica a qualunque individuo ricada nella giurisdizione dello Stato parte, indipendentemente dal suo status. Sul principio di *non-refoulement* nella CEDU, cfr. Cfr. D. WEISSBROT, The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 5, 1999, pp. 1 ss; C. COSTELLO, M. FOSTER, J. MCADAM (a cura di), *The Oxford Handbook on International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, in particolare il capitolo 19 di L. TSOURDI, Regional refugee Regimes: Europe, pp. 352 ss; F. DE WECK, *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Brill, Leida, 2016, pp. 137 ss.

²⁷⁴ Si veda V. CHETAİL, Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ed dégradants, in *Revue belge de droit international*, 37, 2004, pp. 155 ss; sul rapporto tra l'art. 3 CEDU e il diritto di asilo, cfr. N. MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2000, pp. 9 ss; M.T. GIL BAZO, Refugee Protection under International Human Rights Law: from Non-Refoulement to Residence and Citizenship, in *Refugee Survey Quarterly*, 34/1, 2015, pp. 11 ss.

²⁷⁵ La prima al Regno Unito e la seconda alla Germania, in ragione di un trattato di estradizione in vigore tra i due paesi.

²⁷⁶ *Soering*, para 89.

Nella sua valutazione la Corte ha basato la sua decisione su «consistenti motivi di credere che *Soering* correva un reale rischio di essere condannato a morte e dunque di subire la sindrome del braccio della morte»²⁷⁷, resi sulla base di elementi quali le dichiarazioni del governo britannico circa la probabilità che il ricorrente fosse sottoposto alla pena capitale e le assicurazioni, giudicate inadeguate, del governo statunitense circa la comminazione della pena²⁷⁸.

A partire dal caso *Soering*, la Corte ha dunque riconosciuto una tale applicazione dell'articolo 3 ai casi di estradizione e di espulsione²⁷⁹, affermando l'obbligo negativo dello Stato di non allontanare l'individuo verso uno Stato dove esso potrebbe subire trattamenti contrari all'articolo 3 e dunque l'insorgenza di una responsabilità dello Stato qualora vi siano rischi in tal senso. In linea col carattere assoluto e inderogabile dell'articolo 3, la Corte ha affermato la non bilanciabilità del divieto di allontanamento così declinato con esigenze di tutela dell'interesse generale o della sicurezza nazionale, anche nei casi che coinvolgano il terrorismo o crimini particolarmente gravi²⁸⁰.

Il rischio di subire trattamenti contrari all'articolo 3 deve essere necessariamente di natura prospettica e prognostica, valutato alla luce di due dimensioni: quella oggettiva relativa alla situazione del paese di destinazione e una soggettiva, relativa alle condizioni soggettive e individuali del ricorrente²⁸¹. L'onere primario della prova incombe sul ricorrente, che deve dimostrare una sussistenza *prima facie* del rischio²⁸², che, una volta stabilita, spetterà allo Stato mettere in discussione.

Tale rischio, oltre ad essere reale, dunque basato su prove concrete e non esclusivamente su supposizioni o possibilità²⁸³, deve anche essere individuale, nella misura in cui deve riguardare soggettivamente il ricorrente e non derivare esclusivamente da una situazione di violenza generalizzata nello Stato di destinazione. Questo criterio subisce tuttavia delle deroghe se l'individuo può dimostrare che, in virtù di una situazione estrema di violenza generalizzata nel paese di destinazione, egli sia a rischio di subire maltrattamenti che superino la soglia di gravità prescritta per l'applicazione dell'articolo 3²⁸⁴.

²⁷⁷ *Ivi*, para 90.

²⁷⁸ Cfr. R. B. LILICH, *The Soering Case*, in *The American Journal of International Law*, 85, 1991, p. 140 ss; J. QUINGLEY, A. SHANK, *Death Row as a Violation of Human Rights: Is It Illegal to Extradite to Virginia?*, in *Virginia Journal of International Law*, 30, 1989, p.255.

²⁷⁹ Si veda M. LUGATO, *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2006.

²⁸⁰ A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, pp. 449 ss; H. BATTJES, *In Search of a Fair Balance*, *cit.*, pp. 583 ss.

²⁸¹ Cfr. D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 247; A. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 170.

²⁸² Cfr. T. SPIJKERBOER, *Subsidiarity and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases*, in *International Journal of Refugee Law*, 21/1, 2009, pp. 48 ss.

²⁸³ Cfr. D. HARRIS ET AL, *op. cit.*, p. 247.

²⁸⁴ Corte EDU, *N.A. Regno Unito*, ric. no. 25904/07, sentenza del 17 luglio 2008; *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, ric. no. 8319/07 and 11449/07, sentenza del del 28 giugno 2011; A. DEL GUERCIO, *La protezione dello straniero in fuga da situazioni di violenza generalizzata nella CEDU e nella direttiva «qualifiche»*, in *Percorsi Migranti*, G. C. BRUNO, I. CARUSO, M. SANNA, I. VELLECCO (a cura di), McGraws Hill, Milano, 2011, p. 47 ss; E. PARISCANI, *Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Sufi e Elmi*, in *SidiBlog*, 2013.

Sebbene la tutela così offerta si applichi a chiunque ricada all'interno della giurisdizione dello Stato che procede all'allontanamento, e l'onere circa la dimostrazione del rischio reale spetti in prima istanza al ricorrente, la Corte ha riconosciuto lo Stato è tenuto a concedere il beneficio del dubbio ai richiedenti asilo quando vi siano dubbi circa l'aspetto della credibilità, in ragione dell'intrinseca vulnerabilità che caratterizza tale categoria di persone²⁸⁵, sebbene l'aspetto della credibilità sia stato decisivo in casi in cui le autorità nutrivano forti dubbi circa le dichiarazioni del ricorrente²⁸⁶.

La tutela *par ricochet* così offerta copre anche casi in cui vi sia il rischio di “refoulement indiretto”, ovvero se l'espulsione dello straniero possa comportare il rischio di un respingimento “a catena” dallo Stato terzo verso un ulteriore Stato dove esso rischi di subire maltrattamenti contrari all'articolo 3²⁸⁷. Ciò vale anche quando viga tra gli Stati una reciproca “presunzione di sicurezza”, come nel caso degli Stati appartenenti all'UE nel quadro dell'applicazione del Regolamento Dublino²⁸⁸. La Corte EDU ha infatti chiarito che, anche in tali casi, il trasferimento verso un altro paese deve sempre basarsi sulla sicurezza circa il trattamento del ricorrente e la sua conformità con gli standard imposti dall'articolo 3, e che la presunzione di sicurezza non è assoluta, e viene meno quando lo Stato convenuto non poteva non essere al corrente delle condizioni contrarie all'articolo 3 del paese di destinazione²⁸⁹.

Circa il rapporto tra il divieto di allontanamento ex articolo 3 CEDU e gli artt. 32 e 33 della Convenzione di Ginevra, e più generalmente il diritto di asilo, la Corte ha affermato nel caso *Saadi c. Regno Unito* che la protezione offerta dal primo è più ampia di quella tutelata dal secondo strumento²⁹⁰. Con riguardo alla materia dell'asilo e dell'accesso alla procedura di asilo, l'articolo 3 si compone anche di una dimensione, per così dire, procedurale: infatti, una violazione può insorgere anche allorché lo Stato non fornisca allo straniero una possibilità concreta ed effettiva di presentare una istanza di protezione internazionale alle autorità competenti²⁹¹, e dunque far valere il suo timore circa il rischio di subire maltrattamenti. Come

²⁸⁵ Corte EDU, *M.A. c. Svizzera*, ric. no. 52589/13, sentenza del 18 novembre 2014, para 55; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 195.

²⁸⁶ Corte EDU, *Cruz Varas c. Svezia*, ric. no. 15576/89, sentenza del 20 marzo 1991.

²⁸⁷ Ivi; A. LIGUORI, La Corte Europea per i Diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, 2012, pp. 415 ss; F. LENZERINI, Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, in *Rivista di diritto internazionale*, 95/3, 2012, pp. 721 ss; M. FOSTER, Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State, in *Michigan Journal of International Law*, 28/2, 2007, pp. 245 ss.

²⁸⁸ Corte EDU (GC), *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. no. 30696/09, sentenza del 21 gennaio 2011, para 150; C. FAVILLI, Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2015, pp. 701 ss; E. R. BROWER, Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof, in *Utrecht Law Review*, 9/1, 2013, pp. 135 ss; G. VICINI, The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: reshaping non-refoulement in the name of mutual trust?, in *European Journal of Legal Studies*, 8/2, 2015, pp. 50 ss; M. MARCHEGIANI, Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2011, pp. 357 ss.

²⁸⁹ R. MARX, *Non – Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, in *International Journal of Refugee Law*, 7, 1995, pp. 383 ss.

²⁹⁰ *Saadi c. Regno Unito*, para 138.

²⁹¹ Corte EDU, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. no. 16643/09, sentenza del 21 ottobre 2014, cit., paras. 167 ss., *M.S.S.*, paras. 286 ss.; cfr. G. CILIBERTO, A. M. ROŞU, Asilo e protezione internazionale nella Cedu, in *Questione Giustizia*, 2019, pp. 381 ss; F. GATTA, *Espulsione dello straniero e rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU: la posizione del richiedente asilo esige un esame rigoroso e completo di tutti gli elementi*, in *Rivista eurojus*, 2015.

tuttavia osservato in dottrina, il divieto di respingimento non implica esplicitamente quello di ricevere una forma di protezione, lasciando allo Stato un, per quanto ristretto, margine di apprezzamento in materia²⁹².

4.4. Il divieto di respingimenti collettivi

Il divieto di respingimento così come declinato dalla Corte ai sensi dell'articolo 3 trova un corollario nell'articolo 4 del Protocollo 4 alla Convenzione, che vieta le espulsioni collettive. Sebbene tale disposizione abbia avuto una applicazione più ristretta e un'attenzione minore da parte della dottrina²⁹³, essa rappresenta una delle poche disposizioni della Convenzione espressamente dedicate alla tutela degli stranieri²⁹⁴.

La Corte ha definito la locuzione "espulsioni collettive" come «*any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien in the group*»²⁹⁵. Mentre il termine espulsione si riferisce a qualunque misura attuata con l'obiettivo di allontanare il gruppo di stranieri da un luogo, il suo carattere collettivo emerge dalla eventuale "serialità" della misura, il cui principale indicatore risiede nell'assenza di un esame sufficientemente individualizzato delle circostanze personali di ogni membro del gruppo²⁹⁶, cui non viene lasciata alcuna realistica opportunità di opporsi alla detta misura²⁹⁷.

Sebbene storicamente riferito alle espulsioni degli stranieri regolarmente residenti sul territorio²⁹⁸, con *Hirsi Jamaa* la Corte ha esteso l'applicabilità della disposizione anche allo straniero intercettato nel tentativo di penetrare il territorio statale, attraverso la dottrina del controllo effettivo²⁹⁹. Nel caso di specie la Corte agevolmente riscontrava una violazione della disposizione, in quanto i fatti alla base del caso costituivano chiaramente una forma di espulsione collettiva: ai ricorrenti, infatti, non era stata data alcuna possibilità di perorare le proprie cause ed erano stati riconsegnati in gruppo alla guardia costiera libica.

In generale, la Corte ha chiarito che la disposizione in esame copre non solo gli stranieri regolarmente residenti, ma anche tutti i soggetti che non vantano diritti di nazionalità nel paese, siano essi in transito o residenti o ivi abbiano il loro domicilio usuale, siano essi rifugiati, apoliti o aventi altra nazionalità³⁰⁰.

La dottrina ha sottolineato l'autonomia di tale disposizione dall'articolo 3 CEDU: infatti, esso, a differenza di quanto previsto per l'articolo 3, non richiede che lo straniero dimostri di

²⁹² Cfr. V. CHETAIL, *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 191.

²⁹³ Cfr. M. DI FILIPPO, Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case-Law, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 2020, pp. 1971 ss.

²⁹⁴ In questo senso, la dottrina ha criticato la necessità di distinguere tra espulsione dei nazionali e degli stranieri nel Protocollo 4. La Carta dei diritti fondamentali UE prevede un divieto generale di espulsioni collettive. Cfr. W.A. SCHABAS, *The European Convention*, cit., p. 1075; M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 1972.

²⁹⁵ *Hirsi Jamaa*, para 167; *Conka*, para 59; *M.A. c. Cipro*, para 23.

²⁹⁶ *Čonka*, 184.

²⁹⁷ *Ibidem*; A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, p. 35; F. SUDRE, J. P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, ThemisDroit, Parigi, 2022, p. 153.

²⁹⁸ Si veda *Čonka*.

²⁹⁹ Si veda *infra*.

³⁰⁰ Cfr. W.A. Schabas, R, p. 1075.

essere a rischio di tortura o trattamenti inumani e degradanti nel paese di destinazione ma prevede degli obblighi di carattere procedurale in capo allo Stato parte che si concretizzano nel garantire un esame sufficientemente individualizzato delle istanze dei ricorrenti.

Inoltre, il contenuto essenziale della norma riguarda principi di natura procedurale relativi giusto processo, il cui obiettivo è di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà³⁰¹. In tal senso, l'articolo 4 Protocollo 4 gode dunque di un certo grado di autonomia dal divieto di respingimento ai sensi dell'articolo 3, sebbene le due disposizioni siano spesso legate³⁰².

La giurisprudenza di merito ha nel corso del tempo dato maggiori dettagli circa il contenuto degli obblighi procedurali insorgenti dalla disposizione in esame. In generale, la disposizione da diritto ad un esame individuale delle circostanze personali del ricorrente: in *Čonka*, la Corte ha rilevato una violazione dell'articolo in quanto il gruppo di stranieri coinvolti era stato soggetto alla stessa procedura, convocato nello stesso momento presso la stazione di polizia, i decreti di espulsione loro rilasciati erano formulati in termini identici tra loro, era stato impossibile per i ricorrenti contattare un avvocato e nessuna delle procedure di asilo dei ricorrenti era giunta a termine³⁰³.

In *Hirsi*, la Corte, nel rilevare come i ricorrenti non avessero avuto alcuna *chance* di far valere la propria situazione individuale, afferma anche che il personale a bordo delle navi «non aveva la formazione necessaria per condurre colloqui individuali e non era assistito da interpreti e consulenti giuridici»³⁰⁴. Tuttavia, il diritto ad un colloquio individuale non pare rilevare ai fini del contenuto minimo della norma e dunque, la sua negazione, da sola, non basta a far concludere nel senso di una violazione della disposizione.

Infatti, restringendo, secondo una parte della dottrina³⁰⁵, la portata delle conclusioni in *Hirsi*, nel caso *Khlaifia* la Corte EDU ha affermato che «[a]rticle 4 Protocol 4 does not warrant an unfettered right to an individual interview, but only the effective possibility to submit arguments against deportation»³⁰⁶ e che il contenuto minimo della disposizione consiste principalmente nella concreta possibilità per i ricorrenti di essere identificati e poter far valere i propri argomenti contro la loro espulsione³⁰⁶.

³⁰¹ M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 1977.

³⁰² Cfr. M. GIUFFRÈ, Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 62/3, 2012, pp. 728 ss; I. PAPANICOLOPULU, *Hirsi Jamaa v. Italy*. Application No. 27765/09, in *American Journal of International Law*, 107/2, 2013, pp. 417 ss; M. DEN HEJER, Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the *Hirsi* Case, in *International Journal of Refugee Law*, 25/2, 2013, pp. 265 ss; S. CARRERA, *The Strasbourg court judgement 'N.D. and N.T. v Spain': a 'carte blanche' to push backs at EU external borders?*, EUI Working Papers, 2020.

³⁰³ *Čonka*, para 184.

³⁰⁴ *Hirsi Jamaa*, para 185, 186.

³⁰⁵ Cfr. M.R. MAURO, A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber's Judgment in *Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 27, 2017, p. 289; A.I. MATONTI, Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso *Khlaifia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2017, p. 523; A. SACCUCCI, I 'ripensamenti' della Corte europea sul caso *Khlaifia*: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2017, p. 552; A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, Aprile 2020; F. SCUTO, *Aliens Protection against Collective Expulsion by the Jurisprudence of the European Court on Human Rights*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, Vol. 1, 2018, p. 11.

³⁰⁶ *Khlaifia*, para 241.

Molto dipende, tuttavia, dal contesto entro il quale i fatti hanno luogo: in *Khlaifia*, infatti, i ricorrenti erano già presenti sul territorio, erano stati identificati e non avevano lamentato alcun ostacolo al loro allontanamento, sebbene la Corte sia stata criticata per aver effettuato la sua valutazione *ex post*, alla luce del rischio concreto di maltrattamenti a seguito dell'espulsione, negando in parte l'autonomia della disposizione dall'art. 3³⁰⁷.

Come opportunamente osservato dal giudice Serghes nella sua opinione dissenziente, in questo modo, la Corte ha fatto incombere sul migrante un onere di dimostrare di meritare la protezione internazionale ai fini dell'applicazione della norma³⁰⁸. Inoltre, con il citato *ND e NT*, la Corte, secondo una parte della dottrina, sembrerebbe mostrare una virata conservatrice all'applicazione dell'art. 4 Protocollo 4.

Nel caso di specie la Corte EDU chiarisce innanzitutto i confini *rationae loci* dell'applicabilità dell'art. 4 Protocollo 4, nel cui contesto la nozione di espulsione ha carattere essenzialmente territoriale, ed assume dunque la forma dell'allontanamento dal territorio e può ben concretizzarsi in un respingimento alla frontiera, come nelle relative vicende³⁰⁹.

In casu, tuttavia, non è stata rilevata una violazione della norma a causa della condotta dei ricorrenti. Sulla base di una giurisprudenza già sviluppata in precedenza, infatti, la Corte afferma che può non configurarsi una violazione della norma se la mancata adozione di un provvedimento individuale e di un esame individuale delle situazioni dei ricorrenti è attribuibile alla condotta di questi ultimi³¹⁰.

Nel caso di specie, l'attraversamento non autorizzato della frontiera, era avvenuto, secondo la ricostruzione delle vicende accolta, attraverso l'uso della forza e l'uso strumentale di un numero elevato di persone, allo scopo di generare una situazione incontrollabile e mettendo in pericolo la sicurezza pubblica. A causa di ciò, la Corte ritiene che la mancata adozione del provvedimento individuale sia una circostanza imputabile al ricorrente³¹¹.

4.5. Accesso al territorio e respingimento alla frontiera presso le zone di transito aeroportuali nella giurisprudenza della Corte EDU

Si è visto come l'articolo 3 CEDU funge da limite alla prerogativa statale di espellere il cittadino straniero verso un paese in cui rischierebbe di essere sottoposto a trattamenti contrari alla disposizione. Nel caso delle zone di transito, ed in particolare quelle degli aeroporti, l'elemento di maggior criticità risiede nella concreta possibilità per i cittadini stranieri alla frontiera di far valere il timore di essere sottoposto a maltrattamenti se respinto³¹². L'analisi

³⁰⁷ Cfr. M.R. MAURO, *op. cit.*, p. 290

³⁰⁸ P. BONETTI, *Khlaifia* contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017, p. 180.

³⁰⁹ *N.D. e N.T.*, para 178.

³¹⁰ *Ivi*, para 200; cfr. *inter alia*, *Hirsi* para 184; *Khlaifia*, para 240.

³¹¹ S. CARRERA, *op. cit.*, p. 15; I. BARBERO, M. ILLAMOLA-DAUSA, Deportations without the right to complaint: cases from Spain, in *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, S. CARRERA AND M. STEFAN (a cura di), Routledge, Londra, 2020, pp. 43-63; inoltre, in una tale situazione, La corte ritiene che rilevi la presenza di mezzi di ingresso legale sul territorio, che erano disponibili nel caso di specie. Tutto ciò porta la Corte EDU a negare la violazione dell'art. 4 Protocollo 4, *N.D e N.T.*, paras 220 ss.

³¹² Cfr. C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum*, cit. 296.

dell'art. 3 e dell'art. 4 Protocollo 4 in relazione al tema di questo lavoro, chiama in causa la questione dell'accesso al territorio e della concreta possibilità per il ricorrente, quando egli sia un richiedente asilo, di vedere analizzata la sua istanza di protezione.

Il tentativo di eludere i propri obblighi agendo all'interno di zone grigie del diritto, come spiegato nel primo paragrafo di questo lavoro, attraverso riduzioni e manipolazioni artificiose della propria giurisdizione, trova un limite nella giurisprudenza evolutiva della Corte, attraverso anche la dottrina del controllo effettivo, che ha permesso alla Corte di colmare ed evitare lacune nella protezione dei diritti della Convenzione a prescindere da interpretazioni formalistiche della Convenzione stessa.

Ciò è evidente nel citato caso *Hirsi*, dove la Corte ha affermato la piena giurisdizione statale italiana in ragione del controllo continuo ed effettivo, *de jure* e *de facto*, delle autorità italiane sui ricorrenti e nonostante i fatti si svolgessero in acque internazionali (su nave italiana, tuttavia).

Su questa base, la Corte rileva una violazione dell'articolo 3 e del principio del non respingimento, rigettando le affermazioni del governo italiano, che sosteneva di non aver violato tale principio sulla base del fatto che i ricorrenti non avevano avanzato espressa richiesta di protezione internazionale. Sul punto, la Corte afferma che «*[c]omunque sia, secondo la Corte, spettava alle autorità nazionali, di fronte ad una situazione di mancato rispetto sistematico dei diritti dell'uomo quale quella sopra descritta, informarsi sul trattamento al quale i ricorrenti sarebbero stati esposti dopo il respingimento. Il fatto che gli interessati abbiano ommesso di chiedere espressamente asilo, tenuto conto delle circostanze del caso, non dispensava l'Italia dal rispettare gli obblighi derivanti dall'articolo 3*»³¹³.

La Corte proseguiva rilevando come l'Italia avesse violato la disposizione tenendo conto anche del fatto che la Libia non si era dotata di una normativa in materia di asilo, non avesse ratificato la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato e, inoltre, il fatto che l'UNHCR fosse in via ufficiosa operante sul territorio non fornisse garanzie sufficienti. In questa luce, la Corte conclude che «le autorità italiane sapevano o dovevano sapere che non esistevano garanzie sufficienti a tutelare gli interessati dal rischio di essere rinviati arbitrariamente nei loro Paesi di origine, tenuto conto in particolare dell'assenza di una procedura di asilo e dell'impossibilità di far riconoscere da parte delle autorità libiche lo status di rifugiato accordato dall'HCR»³¹⁴.

Venendo al caso specifico delle zone di transito, ed in particolare quelle degli aeroporti, l'elemento rilevante risiede nel valutare se le autorità abbiano reso effettivo l'accesso alla procedura di asilo e se dunque lo straniero abbia avuto in concreto una *chance* di esprimere il suo timore di essere respinto³¹⁵.

La giurisprudenza di merito, tuttavia, nei casi di permanenza presso specificamente le zone di transito degli aeroporti, ha affrontato la questione solo indirettamente e attraverso il prisma dell'articolo 5 CEDU e della detenzione in connessione all'accesso/ammissione al territorio.

³¹³ *Hirsi Jamaa*, para 133.

³¹⁴ *Ivi*, para 157.

³¹⁵ A. AMMIRATI, V. CAPEZIO, G. CRESCINI, A. MASSIMI, Zone di transito aeroportuali: definizioni, funzionamento e criticità alla luce della prassi, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2021, p. 78.

Il nucleo centrale della connessione tra le condizioni del trattenimento e l'accesso alla procedura di richiesta della protezione internazionale risiede nell'eventualità che le prime finiscano con l'ostacolare la seconda. L'argomento è trattato nel caso *Z.A. c. Russia*, dove la Corte afferma l'impossibilità di accedere alla procedura di richiesta della protezione internazionale nel quadro dell'articolo 5(1) e della qualità della legge nazionale di merito in quanto fattore aggravante la situazione personale del ricorrente, affermando che «*the applicants' access to the asylum procedure was considerably impeded as a result of their detention, as there was no information available on asylum procedures in Russia in the transit zone and their access to legal assistance was severely restricted*»³¹⁶.

Nel caso di specie, l'assenza di una base legale per quello che *de facto* ammontava a un confinamento dei ricorrenti nella zona di transito dell'aeroporto di Mosca, e di conseguenza l'assenza di un regime giuridico che ne regolasse la durata e i modi di implementazione, aveva di fatto ostacolato la possibilità di presentare istanza di asilo, nonostante i ricorrenti avessero esplicitamente manifestato la volontà di farlo, anche attraverso delle richieste in forma scritta³¹⁷.

Sebbene non strettamente relativi alle zone di transito aeroportuali, vi sono diversi casi concernenti le zone di transito terrestri in cui la Corte si è espressa in merito alla questione del diritto di accesso al territorio ai fini dell'istanza di protezione internazionale, che possono, con le dovute differenze, dare indicazioni circa le zone di transito degli aeroporti.

In *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, la Corte riscontrava una violazione dell'articolo 3 sotto l'aspetto procedurale, sebbene con diverse critiche da parte della dottrina³¹⁸ in ragione di alcuni profili di ambiguità che verranno qui analizzati. In particolare, i due ricorrenti avevano raggiunto l'Ungheria attraverso la Macedonia, la Grecia e infine la Serbia. In Ungheria avevano presentato istanza di protezione internazionale ed erano stati trattenuti presso la zona di transito terrestre con la Serbia per 23 giorni. La loro richiesta veniva infine rigettata, anche in appello, in quanto le autorità magiare ritenevano la Serbia un "pese terzo sicuro"³¹⁹ e, in ragione di ciò, venivano ivi riaccompagnati.

Nella sua decisione, la Corte riconosceva una violazione dell'articolo 3, nella misura in cui le autorità statali non avevano adeguatamente valutato il rischio di trattamenti contrari alla disposizione prima di effettuare l'allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia, che si concretizzavano principalmente nel pericolo di *refoulement* indiretto verso la Macedonia. La Corte chiarisce che la valutazione di merito deve essere effettiva e deve riguardare la situazione concreta del ricorrente e della situazione nel paese di destinazione, evitando automatismi derivanti da presunzioni di sicurezza³²⁰.

È opportuno tuttavia chiarire che le conclusioni della Corte nel caso di specie sono legate anche al ragionamento in merito all'art. 5 e alla configurabilità del trattenimento in quanto privazione della libertà personale. In questo senso, infatti, «il ragionamento della Corte si

³¹⁶ *ZA*, para 165.

³¹⁷ *Ivi*, para 166.

³¹⁸ *Ex plurimis*, AMMIRATI ET AL, *op. cit.*, p. 80; V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment*, cit. p. 411.

³¹⁹ Cfr. C. PITEA, La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi "sicuri" e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2020, pp. 192 ss.

³²⁰ *Ilias e Ahmed*, para 158; E. NEUMAYER, *Bogus Refugees? The Determinants of Asylum Migration to Western Europe*, in *International Studies Quarterly*, 49/3, 2005, pp. 389 ss.

interrompe nell'analisi del legame tra l'art. 3 e l'art. 5»³²¹, sulla base di una distinzione della tipologia di frontiera presso la quale i ricorrenti si presentano: una frontiera aeroportuale, un centro di accoglienza su un'isola e una frontiera terrestre tra due Stati parte del Consiglio d'Europa³²².

La Corte nega, nel caso di una frontiera terrestre, il carattere detentivo del trattenimento presso la zona di transito serbo-ungherese³²³, poiché le autorità sarebbero state “sinceramente convinte” della possibilità per i ricorrenti di dirigersi verso la Serbia, al di là del fatto che ciò implicasse una violazione dell'articolo 3³²⁴. La possibilità di tornare in Serbia concretizza dunque l'opportunità di allontanarsi dalla zona di transito e dunque di uscire dal “regime detentivo”. In realtà, a ben vedere, tale corto circuito è più comprensibile se si considera che la Corte riconosce all'Ungheria una violazione di natura procedurale e non già sostanziale del divieto di respingimento ai sensi dell'articolo 3 CEDU³²⁵.

La questione dell'accesso alla procedura di asilo e al diritto ad un esame individualizzato delle proprie istanze è ancor più rilevante nel caso dell'applicabilità dell'articolo 4 Protocollo 4 e del divieto di espulsioni collettive. L'unico caso in cui l'allora Commissione per i diritti umani si è confrontata con l'applicazione di tale disposizione nelle zone di transito aeroportuali è *D.S., S.N. e B.T. c. Francia*³²⁶.

In questo caso, di poco precedente *Amuur*, i ricorrenti, tre cittadini Singalesi di origine Tamil facenti parte di un più largo gruppo di 8 persone, erano arrivati all'aeroporto Charles de Gaulle di Parigi sprovvisti di un titolo di ingresso e avevano immediatamente presentato domanda di protezione internazionale. Erano dunque stati ivi trattenuti e sottoposti alla procedura già descritta per il caso *Amuur*³²⁷. La loro istanza era stata rigettata, e, a seguito di diversi tentativi di imbarco, tutti i richiedenti (i tre ricorrenti e il resto del gruppo), erano stati infine fatti salire su un aereo a destinazione Colombo.

La Corte dichiarava ricevibili le doglianze dei ricorrenti in merito alla violazione dell'articolo 4 Protocollo 4, nonostante il governo francese sostenesse la non applicabilità della disposizione in virtù del fatto che essi non si trovavano sul territorio francese. Il caso non è stato tuttavia giudicato nel merito e rimane l'unico in cui una misura di respingimento alla frontiera presso le zone di transito aeroportuali sia stata collegata all'articolo 4 del Protocollo 4 alla CEDU.

Tuttavia, alcune indicazioni in tal senso possono essere rinvenute in casi relativi alle zone di transito terrestri. Si è già detto che la Corte ha espressamente chiarito l'applicabilità di tale divieto anche allo straniero che sia coinvolto in operazioni di controllo delle frontiere nel

³²¹ V. STOYANOVA, *op cit.*, p. 412.

³²² *Ilias e Ahmed*, paras 214, 261, 219.

³²³ Si veda, *supra*.

³²⁴ *Ilias e Ahmed*, para 239.

³²⁵ Infatti, essa afferma che il timore dei ricorrenti «*was not a direct threat to their life or health but deficiencies in the functioning of Serbia's asylum system*», para 236; la Corte afferma che la Serbia è dotata di un sistema di asilo funzionante, ha ratificato la Convenzione di Ginevra e non presenta profili di “systematic deficiencies” nel suo sistema di accoglienza.

³²⁶ Commissione europea per i diritti umani, *D.S., S.N. e B.T. c. Francia*, ric. no. 18560/91, sentenza del 16 ottobre 1992; il ricorso fu cancellato dal ruolo ai sensi dell'art. 27 CEDU poiché i ricorrenti non avevano esaurito le vie di ricorso interno ex art. 35(1) CEDU.

³²⁷ Si veda *infra*.

tentativo di attraversarle, in alto mare, così come ai confini esterni terrestri³²⁸. Nonostante l'orientamento restrittivo nel caso *Khlaifia*, la Corte è tornata a esprimersi in merito nel già citato *M.K. e altri* in senso ampliativo³²⁹.

Qui essa ha ribadito che la disposizione si applica a tutte le persone «*who arrived at the territory of the respondent State and were stopped and returned to the originating State, irrespective of whether or not they arrived in the respondent State legally [...] as well as to persons who were apprehended in an attempt to cross a national border by land and were immediately removed from a State's territory by border guards*»³³⁰.

Riguardo gli aspetti più strettamente procedurali, nella decisione di merito viene affermato che le prassi in atto alla frontiera non tutelavano sufficientemente i ricorrenti³³¹ in quanto non solo erano parte di una politica più ampia di deterrenza nei confronti dei migranti alla frontiera, contraria agli obblighi internazionali ma anche alla legislazione nazionale, ma non garantivano un esame sufficientemente approfondito delle istanze in ragione della superficialità e breve durata dei colloqui e della sottostima attribuita alle ragioni presentate dai ricorrenti circa la necessità di ricevere protezione. Sebbene infatti i ricorrenti avessero ricevuto delle decisioni di rigetto individuali, queste non contenevano menzione degli argomenti sostenuti da ciascun ricorrente a sostegno della sua istanza, né li analizzavano nel merito.

Per quanto tali conclusioni appaiano divergenti dal caso *Khlaifia*, è opportuno sottolineare la diversità del contesto di riferimento. Infatti, un peso decisivo pare essere attribuito al fatto che i ricorrenti fossero dei richiedenti asilo e avessero espressamente presentato istanza, diversamente dal caso *Khlaifia*³³².

In buona sostanza, dunque, l'articolo 4 Protocollo 4 è rilevante nei casi di respingimento alla frontiera, anche aeroportuale, quando lo Stato impedisca l'ingresso sul territorio alla frontiera ad un gruppo di stranieri senza che questo sia basato su un esame individuale della loro situazione.

Ciò non esclude che procedure di frontiera o accelerate siano giudicate compatibili con gli obblighi richiesti dalla disposizione: appare infatti evidente che questa imponga degli obblighi minimi di tutela, che consistono nel garantire un esame individuale delle istanze, senza automatismi ma senza che questo necessariamente comporti un diritto ad un colloquio individuale. Senza dubbio, è necessario che la legislazione e le prassi attuative prevedano almeno l'identificazione dei soggetti e garantiscano loro l'accesso ad un avvocato.

³²⁸ Si veda infra.

³²⁹ A. FAZZINI, Buoni e cattivi alle frontiere terrestri: la progressiva definizione del divieto di espulsioni collettive a margine della sentenza MK, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 3/2021, pp. 534 ss; L. MAJETSCHAK, L. REIMER, *Poland's Power Play at its Borders Violates Fundamental Human Rights Law*, in *EJIL: Talk!*, 2021.

³³⁰ Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. no. 40503/17, 42902/17 and 43643/17, sentenza del 23 luglio 2020, para 198, cfr. F. L. GATTA, *Systematic Push backs of well behaving asylum seekers*, Strasbourg Observer, 2020.

³³¹ E costituivano una infrazione non solo delle disposizioni della Convenzione ma anche del diritto nazionale, che invece tutela pienamente i diritti fondamentali della persona (para 152).

³³² La questione del test di colpevolezza operato dalla Corte nei casi di espulsioni collettive non è qui analizzata in quanto attiene maggiormente alle frontiere terrestri, mentre risulterebbe remotamente applicabile nel caso delle frontiere aeroportuali, in ragione della loro natura e del tipo di eventi che vi hanno luogo. In questo senso, si veda.; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte Europea dei Diritti Umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 2020; D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *eumigrationlawblog*, 2020; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 2020.

Altro aspetto rilevante, relativo alla questione dell'accesso al territorio dei richiedenti asilo alla frontiera, è legato proprio alla questione del significato del concetto di presenza sul territorio. Si è visto che la Corte in linea di principio permette la detenzione sistematica dei richiedenti asilo che giungono irregolarmente alle frontiere statali, sulla base della finzione giuridica di non ingresso. In tal senso, il richiedente è giudicato fisicamente presente ma giuridicamente ancora non ammesso, caratteristica che lo rende automaticamente detenibile, salvo esso sia un minore.

Tuttavia, come accennato, la Corte ha ripetutamente sottolineato la necessità di garantire l'accesso al territorio del richiedente asilo che sia in grado di “*make an arguable claim*” sotto il profilo dell'art. 3 CEDU (inteso come articolazione nella CEDU del principio di *non-refoulement*). In tal caso, dunque, gli Stati sono tenuti non già a garantire allo straniero un diritto di permanenza sul territorio e conferirgli un titolo di soggiorno (dunque a ritenerlo un *authorised entrant*), ma a non espellere la persona fintantoché la sua istanza di protezione internazionale sia pendente. Il già citato caso *M.K. c. Polonia* è in tal senso eloquente. Le vicende avevano luogo al confine terrestre tra Polonia e Bielorussia, e i tentativi dei ricorrenti di entrare nel territorio polacco e lì presentare istanza di protezione internazionale. Lo Stato polacco riteneva, in primo luogo, che non sussistesse la propria giurisdizione sui ricorrenti, poiché questi ultimi non erano mai stati formalmente ammessi nello Stato essendo stati immediatamente respinti in Bielorussia. La Corte ha fermamente rigettato l'argomentazione polacca, poiché «*[b]oth checkpoints are located at the border with the neighbouring State and are operated by the relevant units of the Polish Border Guard. In consequence, the presumption of the jurisdiction of the Polish State applies to all actions taken with respect to the applicants presenting themselves at those checkpoints*»³³³. Inoltre, le vicende relative ai ricorrenti e le decisioni di rifiuto di ingresso di questi ultimi erano di esclusiva competenza delle autorità polacche ed avvenivano nel quadro del diritto interno polacco.

Per tali motivi, sussisteva la giurisdizione polacca sui ricorrenti. Stabilito ciò, la questione da affrontare era relativa alla presunta violazione dell'art. 3 CEDU e del divieto di *refoulement*, e dunque del simmetrico diritto di accesso al territorio per presentare istanza di protezione. Nel caso di specie i ricorrenti sostenevano che le autorità, avendo ripetutamente rifiutato ai ricorrenti l'accesso al territorio e la registrazione delle loro istanze, li aveva esposti al rischio di trattamenti contrari alla disposizione, in quanto il loro respingimento in Bielorussia li esponeva al concreto rischio di essere allontanati verso la Russia, in particolare la Cecenia³³⁴, dove i ricorrenti potevano dimostrare di aver subito precedenti persecuzioni. Vi erano inoltre diversi rapporti di organizzazioni internazionali che descrivevano eventi quali sparizioni forzate, esecuzioni sommarie e il ricorso alla tortura e detenzione illegale. La Corte ritiene che

³³³ *M.K.*, para 129.

³³⁴ I ricorrenti affermavano che il loro ritorno in Bielorussia li aveva esposti al rischio di essere deportati in Cecenia, poiché la Bielorussia non era un paese sicuro per i rifugiati russi. I ricorrenti hanno dimostrato, attraverso statistiche e documenti ufficiali, che tutte le domande di protezione internazionale presentate da cittadini russi in Bielorussia dal 2004 erano state respinte. I ricorrenti hanno inoltre citato alcuni casi in cui cittadini russi che avevano presentato domanda di protezione internazionale in Bielorussia (o avevano tentato senza successo di richiederla ai valichi di frontiera polacco-bielorussi ed erano tornati in Bielorussia) erano stati deportati in Russia o consegnati direttamente alle autorità russe. I ricorrenti hanno sottolineato che in molti di questi casi i diritti procedurali delle persone deportate o consegnate alle autorità russe erano stati violati (paras 152 ss).

i ricorrenti avessero dimostrato la sussistenza di un “arguable claim” nel quadro dell’art. 3 CEDU, avendo motivato la loro istanza sia attraverso esperienze personali che con resoconti oggettivi del paese di origine.

La Corte afferma così che *«in order for the State’s obligation under Article 3 of the Convention to be effectively fulfilled, a person seeking international protection must be provided with safeguards against having to return to his or her country of origin before such time as his or her allegations are thoroughly examined. Therefore, the Court considers that, pending an application for international protection, a State cannot deny access to its territory to a person presenting himself or herself at a border checkpoint who alleges that he or she may be subjected to ill-treatment if he or she remains on the territory of the neighbouring State, unless adequate measures are taken to eliminate such a risk»*³³⁵. Il diniego di accesso al territorio polacco ha dunque causato una violazione dell’art. 3 CEDU. In tal senso, la Corte ha chiarito in altri casi che la non ammissione sul territorio equivale all’allontanamento dello straniero³³⁶. È dunque configurabile un simmetrico obbligo per le autorità statali di garantire l’accesso al proprio territorio in presenza di richiedenti asilo con un “arguable claim”, che tuttavia non si traduce in un dovere di “ammissione formale”. Tali richiedenti, presenti sul territorio ma non necessariamente ammessi formalmente, pur non potendo essere espulsi, potranno in ogni caso essere detenuti col fine di “prevenirne l’ingresso non autorizzato sul territorio” ai sensi dell’art. 5(1)(f) CEDU.

4.6. L’articolo 3 e le condizioni di detenzione, con specifico riguardo al trattenimento dei migranti

Nella sua giurisprudenza la Corte ha spesso giudicato le condizioni di detenzione attraverso il prisma dell’articolo 3, generalmente sotto il profilo dei trattamenti inumani e degradanti³³⁷. In Ramirez Sanchez la Corte ha affermato che *«[t]he State must ensure that prisoners are detained in conditions that are compatible with the respect for their human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject them to distress or hardship of any intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention given the practical demands of imprisonment, their health and well-being are adequately secured»*³³⁸.

In particolare, viene in rilievo nella valutazione della Corte il modo di implementazione della misura, dunque le azioni concrete delle autorità nei confronti dei detenuti e la tutela della loro salute fisica e mentale, nonché le condizioni materiali della detenzione, ivi comprese lo spazio fisico entro il quale l’individuo è privato della sua libertà la cui adeguatezza, in linea con

³³⁵ *Ivi*, para 179, enfasi aggiunta. A simili conclusioni la Corte EDU è giunta anche nel caso *A.B. e altri c. Polonia*, ric. no. 42907/17, sentenza del 14 novembre 2022, in particolare paras 34-43.

³³⁶ *ND e NT*, para s181 e 184.

³³⁷ W.A. SCHABAS, *The European Convention*, cit. p. 184; D. HARRIS ET AL, *op. cit.* p. 246; Cfr. N. MAVRINCOLA, *Crime, punishment and article 3 ECHR: puzzles and prospects of applying an absolute right in a penal context*, in *Human Rights Law Review*, 2015, pp. 721 ss; S. LIVINGSTONE, *Prisoners Rights in the context of the European Convention on Human Rights*, in *Punishment and Society*, 2/3, 2010, pp. 309 ss; R. G. CONTI, G. DI ROSA, C. R. PISCITELLO, *Articolo 3 CEDU e condizioni umane di detenzione*, Key Editore, Milano, 2017.

³³⁸ *Ramirez Sanchez*, para 119.

l'interpretazione dell'articolo 3, varierà a seconda delle caratteristiche della persona, e in particolare del suo stato di salute e della sua età³³⁹.

Nel caso *Torreggiani*, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata una violazione dell'articolo 3 in ragione delle degradanti condizioni di detenzione dei ricorrenti, costretti in celle sovraffollate con meno di 4 mq a disposizione ciascuno, e in assenza di adeguata ventilazione e illuminazione, nonché di acqua calda per lunghi periodi³⁴⁰.

L'articolo 3 ha trovato applicazione anche nei casi di trattenimento dei migranti, richiedenti asilo e c.d. migranti economici, nel quadro sia del divieto di ingresso che della detenzione ai fini dell'allontanamento, nonché dell'accoglienza. Una parte della dottrina ha osservato che la Corte pare operare una distinzione nella valutazione di merito tra richiedenti asilo e migranti c.d. "economici", in virtù della presunta vulnerabilità che caratterizzerebbe i primi a scapito dei secondi³⁴¹.

Sono infatti numerosi i casi di detenzione dei richiedenti asilo in cui la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 3 in virtù delle condizioni del trattenimento. Tra i più rappresentativi, in *M.S.S.*, il ricorrente, un richiedente asilo afgano trasferito dal Belgio alla Grecia in virtù del Regolamento Dublino, era stato immediatamente arrestato al suo arrivo in Grecia, e lamentava, inter alia, le condizioni della sua detenzione, che si era svolta in condizioni igieniche deplorevoli, costretto in una minuscola cella con altre 20 persone senza mai poterne uscire, con accesso limitato al cibo e ai servizi igienici e subendo maltrattamenti e insulti da parte delle autorità.

Nonostante il trattenimento fosse durato pochi giorni, la Corte ha riscontrato una violazione dell'articolo 3, alla luce del «*feeling of arbitrariness and the feeling of inferiority and anxiety often associated with it, as well as the profound effect such conditions of detention indubitably have on a person's dignity*»³⁴². Nel decidere in questo modo, la Corte dà estremo peso al fatto che il ricorrente fosse un richiedente asilo: «*the applicant, being an asylum-seeker, was particularly vulnerable because of everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously*»³⁴³.

Diversamente, la Corte pare invece applicare standard diversi quando non siano coinvolti richiedenti asilo, come ad esempio nel caso *Khlaifia*, dove i ricorrenti erano stati trattenuti dapprima presso il centro di primo soccorso e accoglienza dell'isola di Lampedusa e successivamente su alcune imbarcazioni. In questo caso, la Corte enfatizza le considerevoli difficoltà di ordine organizzativo, logistico e strutturale fronteggiate dal governo italiano nel gestire la crisi migratoria conseguente alle cd "primavere arabe" e, conclude che, nonostante gli evidenti problemi di sovraffollamento e di igiene, «[r]imane comunque il fatto che gli interessati, che non erano richiedenti asilo, non avevano la vulnerabilità specifica inerente a questa qualità e non hanno affermato di avere vissuto esperienze traumatizzanti nel loro paese

³³⁹ Vedi *infra* para. 4.1.

³⁴⁰ Corte EDU, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. no. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, sentenza del 8 gennaio 2013, para 77; Cfr. M. MIGLIACCIO, Il sovraffollamento carcerario in Italia: la sentenza *Torreggiani* della Corte Europea dei Diritti Umani, in *Cultura e Diritti: per una formazione giuridica*, 2/3, 2013, pp. 141 ss.

³⁴¹ D. HARRIS ET AL., *op. cit.* p. 261.

³⁴² *M.S.S.*, para 233.

³⁴³ *Ivi*, para 232.

d'origine [...] Inoltre, non appartenevano né alla categoria delle persone anziane né a quella dei minori [...] avevano un'età compresa tra 23 e 28 anni, e non hanno affermato di soffrire di una qualsiasi patologia particolare»³⁴⁴.

4.7. Le condizioni del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali

La Corte ha in diverse occasioni riscontrato una violazione dell'articolo 3 anche in casi di trattenimento dei migranti presso le zone di transito degli aeroporti. Si è già evidenziato come le condizioni materiali del trattenimento costituiscano un profilo di valutazione della legalità della detenzione ai sensi dell'articolo 5(1)(f), specialmente quando siano coinvolti dei richiedenti asilo, in virtù del fatto che «tale misura non si applica a coloro che hanno commesso infrazioni penali ma a stranieri che, temendo spesso per la propria vita, sono fuggiti dal proprio Paese»³⁴⁵.

L'articolo 3 viene in rilievo in tal senso proprio in ragione della atipicità delle zone di transito degli aeroporti come luoghi di detenzione e dell'informalità che generalmente caratterizza le prassi nazionali, che hanno spesso portato la Corte a concludere nel senso di una violazione della norma e conseguentemente a sviluppare degli standard qualitativi ai quali gli Stati parte devono conformarsi³⁴⁶.

Citando la necessità di interpretare la Convenzione come uno “strumento vivente”, in *Riad e Idiab* la Corte afferma che «[t]he transit zone was not an appropriate place in which to detain the applicants. By its very nature it is a place designed to accommodate people for very short periods. With characteristics liable to give those detained there a feeling of solitude, with no access outside to take a walk or have physical exercise, without internal catering arrangements or contact with the outside world, the transit zone is wholly inappropriate to the needs of a stay of more than ten days»³⁴⁷, riconoscendo una violazione dell'articolo 3 sotto il profilo dei trattamenti inumani nonostante l'assenza di una deliberata intenzione nell'inflizione del maltrattamento³⁴⁸. La Corte ha dunque chiaramente affermato che le zone di transito aeroportuali non possono in sé, essere considerate come di luoghi di detenzione adeguati. In particolare, nel caso di specie i ricorrenti erano stati trattenuti per 15 giorni senza poter consultare un legale né poter ricevere visite, in assenza totale di servizi igienici, cibo, acqua e di qualunque servizio di accoglienza³⁴⁹.

La dottrina ha evidenziato che a partire da *Riad e Idhiab*, la Corte pare aver attribuito un ruolo decisivo alla durata del trattenimento in relazione all'appropriatezza delle condizioni della detenzione, nella misura in cui tanto più sarà lungo il trattenimento, tanto più grave sarà

³⁴⁴ *Khlaifia*, para 194; cfr. D. MOYA ET AL, *op. cit.*, p. 110; K. HAILBRONNER, Detention of Asylum Seekers, in *European Journal on Migration and Law*, 9, 2007, pp. 169 ss; R. PALLADINO, Dal caso Khalaiifia agli hotspot: alcune riflessioni sulla compatibilità della detenzione dei migranti rispetto alla Cedu, in *Iura and Legal Systems*, 2016, pp. 28 ss; E. CARLI, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 3, 2020, pp. 689 ss; E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e i diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018.

³⁴⁵ *Amuur*, para 43; *Saadi c. Regno Unito*, para 74.

³⁴⁶ D. HARRIS ET AL, *op. cit.* p. 261.

³⁴⁷ *Riad e Idiab*, para 104.

³⁴⁸ *Ivi*, para 95.

³⁴⁹ *Ivi I vi*, cit., para 88.

l'inadeguatezza delle sue condizioni, elemento enfatizzato anche in *ZA c Russia*, dove questa similmente riscontra una violazione dell'articolo 3 alla luce della situazione materiale del ricorrente, in quanto «*the conditions of the applicants' stay in the transit zone of Sheremetyevo Airport were unsuitable for an enforced long-term stay*»³⁵⁰.

A riprova di ciò, sebbene il caso non riguardasse il trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti ma fosse avvenuto presso una zona di transito terrestre al confine tra Serbia e Ungheria, in *Ilias e Ahmed c Ungheria* la grande Camera ha escluso la violazione dell'articolo 3 sulla base della "relatively short duration" del trattenimento e alla luce delle condizioni materiali di detenzione, ritenute soddisfacenti in relazione alla sua durata³⁵¹. Inoltre, nel caso delle zone di transito, decisiva rilevanza è attribuita alla condizione soggettiva dei ricorrenti e alle loro caratteristiche personali quali l'età, le condizioni di salute, la presenza di nuclei familiari con bambini molto piccoli, ed eventuali situazioni di vulnerabilità. Invero, proprio a complemento della decisione nel caso *Ilias e Ahmed*, nel caso *R.R. et al c. Ungheria* la Corte è giunta a conclusioni opposte.

Le vicende riguardavano, in particolare, una famiglia di richiedenti asilo afgani composta dai due coniugi, di cui la moglie in stato di gravidanza, e da tre figli minori, trattenuta presso la zona di transito di *Röszke*. Durante il trattenimento, durato circa quattro mesi, la famiglia era stata posta in una zona del campo adibita all'accoglienza delle famiglie. Tuttavia, i *contanier* dove erano alloggiati non disponevano di areazione sufficiente, la loro collocazione incentivava una situazione di isolamento dalle altre famiglie, l'assistenza medica fornita non era stata adatta alle condizioni specifiche della famiglia e, inoltre, non era stata fornita alcuna forma di assistenza psicologica. Inoltre, *in casu*, la Corte ritiene che, data la situazione soggettiva dei ricorrenti, la durata della permanenza era decisamente troppo elevata. Per tali motivi, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni materiali del trattenimento³⁵².

Questa tendenza è stata successivamente confermata in un caso simile, *W.O. et al c. Ungheria*. Le vicende riguardavano egualmente una famiglia afghana, la cui situazione e le cui condizioni del trattenimento erano sovrapponibili a quelle del caso *R.R.* La situazione era aggravata dal fatto che uno dei ricorrenti non aveva ricevuto cibo e nutrimento sufficiente, e, inoltre, egli necessitava anche di particolare assistenza psicologica legata a dei vissuti personali precedenti l'arrivo in Ungheria. Dunque, la Corte ritiene vi sia stata una violazione dell'art. 3 CEDU in ragione dei seguenti elementi: la durata del trattenimento e il grado di restrizione fisica sui minori del nucleo familiare; lo spazio pro capite insufficiente nei container e l'assenza di una adeguata areazione degli spazi; lo spazio esterno disponibile, troppo limitato in relazione alle esigenze della famiglia e che era inoltre esposto perennemente al caldo e al sole nel periodo estivo; la vulnerabilità psicologica di uno degli adulti del nucleo familiare³⁵³.

³⁵⁰ *ZA c Russia*, cit., paras 191-197; cfr. *Supra*.

³⁵¹ Corte EDU (GC), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. no. 47287/15, sentenza del 21 novembre 2019, para 182; cfr. F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I-Espulsione e Art. 3 CEDU)*, in AdimBlog, dicembre 2019; *(Parte II-detenzione e Art. 5 CEDU)*, in AdimBlog, gennaio 2020.

³⁵² Corte EDU, *R.R. e altri c. Ungheria*, ric. no. 36037/17, sentenza del 2 marzo 2021, paras 51-65;

³⁵³ Corte EDU, *W.O. e altri c. Ungheria*, ric. no. 36896/18, sentenza del 25 agosto 2022, paras 8-14.

Infine, quanto al trattenimento presso le zone di transito aeroportuali, la Corte si è di recente espressa su un caso coinvolgente l'Italia che mostra diversi elementi di quanto sinora discusso. Le vicende riguardavano un cittadino senegalese (il sig. Thiam, ricorrente), che il 15 aprile 2016, a seguito di un controllo svolto alla frontiera aeroportuale di Malpensa, veniva colpito da un provvedimento di respingimento immediato alla frontiera. Il ricorrente veniva così mantenuto nella zona di transito dell'aeroporto per cinque giorni, in attesa del primo volo utile a ricondurlo nel paese di origine³⁵⁴.

Il trattenimento avveniva in una sala priva di finestre, senza la possibilità di uscirne e sotto la continua supervisione delle autorità. Nella stanza erano presenti letti da campo e il ricorrente lamentava l'impossibilità di cambiarsi e di fare una doccia. Inoltre, la polizia di frontiera, seguendo una prassi già documentata da diverse fonti³⁵⁵, ha sequestrato il telefono cellulare e il bagaglio del ricorrente. Non erano ammesse visite dall'esterno, nemmeno di familiari e/o rappresentanti legali, né le autorità hanno provveduto a informare il ricorrente riguardo la sua situazione³⁵⁶. Nel suo ricorso, il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3 CEDU in relazione alle condizioni della sua detenzione.

La Corte EDU sostiene che le condizioni del trattenimento del ricorrente non abbiano raggiunto la soglia di gravità necessaria per ricadere nella sfera applicativa della disposizione. Le motivazioni risiedono principalmente nella valutazione dell'elemento della durata del trattenimento, che la Corte ritiene troppo breve per configurare una violazione dell'art. 3, unita al fatto che, come esplicitamente affermato, «*le requérant n'était pas un réfugié ou un demandeur d'asile et ne se trouvait dans un état de vulnérabilité particulière ni du fait de son parcours migratoire ni du fait de son âge et/ou son état de santé*»³⁵⁷.

In buona sostanza, è possibile affermare che in relazione alle condizioni del trattenimento presso le zone di transito, e dunque anche quelle degli aeroporti, la Corte valuta elementi oggettivi e soggettivi. Tra i primi, un peso decisivo è attribuito alla durata del trattenimento e la sua relazione con le condizioni materiali di questo. Quanto agli elementi soggettivi, il parametro principale risiede nella presenza di condizioni di vulnerabilità dei ricorrenti. Un discrimine fondamentale risiede nella presenza di richiedenti asilo, nelle condizioni di salute fisica e mentale, nell'età dei ricorrenti e la presenza o meno di nuclei familiari. In tali casi, la Corte appare più propensa a riconoscere una violazione dell'art. 3 CEDU.

L'esame delle circostanze operato dalla Corte riguardo le condizioni della detenzione e i loro profili di compatibilità con il divieto di tortura si basa su prove documentarie fornite da diversi enti e organizzazioni. Tra le prove più autorevoli figurano le osservazioni e le linee guida sviluppate dal Comitato per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CTP), la cui attività in ambito carcerario si è estesa alla detenzione dei migranti e ai luoghi in cui essa avviene, dunque anche le zone di transito degli aeroporti e sarà l'oggetto specifico del seguente paragrafo.

³⁵⁴ Corte EDU, *Thiam c. l'Italie*, ric. no.21329/16, sentenza del 30 agosto 2022.

³⁵⁵ Cfr. infra, capitolo III.

³⁵⁶ *Thiam*, para 8.

³⁵⁷ *Ivi*, para 36.

5. Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e la sua attività

5.1. La Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti e l'attività del Comitato

La Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti è stata adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1987 ed è entrata in vigore nel 1989³⁵⁸.

Diversamente dalla CEDU, e sebbene ispirata dal suo articolo 3, la Convenzione contro la tortura non contiene norme di natura sostanziale ma istituisce un Comitato ad hoc, attribuendogli la missione di svolgere attività di controllo e monitoraggio nell'ambito della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, con scopo preventivo.

La *ratio* di un tale approccio non tipicamente normativo ma più squisitamente operativo risiede nella volontà di istituire un meccanismo più efficace nella prevenzione e nell'osservanza degli standard di tutela dei diritti umani, e del divieto di tortura in particolare, sanciti da ormai numerosi strumenti di natura pattizia, i cui rimedi sono tuttavia accessibili a pochi e hanno natura eccezionale e non invece sistematica³⁵⁹, e, soprattutto, intervengono ex post, a violazione avvenuta e non si occupano di prevenirne l'insorgere. Ciò è tanto più vero quando si tratti di violazioni subite da soggetti detenuti, il cui isolamento dal mondo esterno complica ulteriormente l'accesso agli strumenti di tutela disponibili e li rende ancor più vulnerabili a maltrattamenti³⁶⁰.

Un primo aspetto di rilievo della Convenzione e dell'attività del Comitato consiste nel mandato di quest'ultimo, competente a svolgere visite, programmate o ad hoc, presso tutti i luoghi "dove vi siano persone private della loro libertà dall'autorità pubblica"³⁶¹, che dunque comprendono, oltre a quelli di esecuzioni di pene detentive, tutti gli altri luoghi ove la persona sia privata della propria libertà per altri motivi, come, inter alia, gli istituti psichiatrici, i centri di detenzione per migranti e, come si vedrà, anche le zone di transito degli aeroporti, ove al loro interno abbiano luogo misure detentive. In ordine al concetto di privazione della libertà personale, il Comitato si è dapprima attenuto al significato attribuito al concetto dalla Corte EDU³⁶², per poi gradualmente adottare un approccio ancor più sostanzialistico, nella misura in cui è sufficiente che le persone siano trattenute contro la propria volontà, anche quando questo avvenga de facto, purché, tuttavia, la misura sia disposta dall'Autorità pubblica e a prescindere dai motivi che la giustificano³⁶³.

³⁵⁸ Consiglio d'Europa, Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti, Strasburgo, 26 novembre 1987, ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 7 del 2 gennaio 1989, GU n. 12 del 16 gennaio 1989.

³⁵⁹ A. CASSESE, A new Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture, in *The American Journal of International Law*, 83, 1989, p. 128; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, cit. p. 187.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Art. 2. A norma dell'Art. 20, inoltre, ogni Stato "può, al momento della firma o del deposito del suo strumento di ratifica [...] indicare il territorio o i territori per i quali troverà applicazione la presente Convenzione".

³⁶² Si veda *infra*.

³⁶³ Rapporto esplicativo alla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, 2002, p. 15.

È bene sottolineare il legame di continuità e di complementarità che intercorre tra la Convenzione Europea per la prevenzione della tortura e il suo Comitato e la CEDU, che si rinviene primariamente nel Preambolo della prima, che riprende il testo ed il contenuto dell'articolo 3 CEDU, e nel Rapporto esplicativo, che recita che "l'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo fornisce al Comitato un punto di riferimento per il suo esame di situazioni che possono dar luogo a episodi di tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti"³⁶⁴.

Il Comitato gode tuttavia di una certa autonomia sostanziale ed operativa rispetto alla Corte EDU, in quanto non espressamente vincolato unicamente alla CEDU nelle sue valutazioni e potendo avvalersi di ulteriori strumenti internazionali e della relativa giurisprudenza³⁶⁵. Il legame che intercorre tra i due organi è tuttavia reciproco: se infatti il Comitato può avvalersi della CEDU e della relativa giurisprudenza nelle sue valutazioni, allo stesso modo la Corte EDU fa riferimento ai rapporti stilati dal Comitato nell'esame dei fatti e delle circostanze dei ricorsi ad essa presentati, rapporti che dunque divengono vere e proprie prove ed evidenze, nonché preziose ed autorevoli fonti³⁶⁶.

5.2. L'attività del Comitato e il suo *modus operandi*

L'attività del Comitato, sebbene sia notevolmente mutata nel tempo in senso ampliativo, si ispira da sempre a tre principi fondamentali: quello, già accennato, della prevenzione; quello della cooperazione; e, infine, il principio di riservatezza³⁶⁷. Il primo principio risponde al mandato originario del Comitato che, come indicato nella stessa Convenzione, deve realizzare la tutela dell'articolo 3 CEDU attraverso una attività preventiva e non giudiziaria³⁶⁸, secondo una logica di natura complementare e cooperativa rispetto ai meccanismi e agli organi giudiziari operanti nel settore.

Tale attività si realizza attraverso visite e sopralluoghi periodici che il Comitato svolge presso i luoghi di privazione della libertà personale, cui gli Stati devono garantire pieno e incondizionato accesso. È opportuno sottolineare che il Comitato non si limiterà ad osservare e segnalare esclusivamente le violazioni macroscopiche dell'articolo 3, ma il suo esame si estende anche ad altri tipi di profili oltre quello della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti e gli esperti incaricati delle visite e dei Rapporti non sono tenuti a limitarsi alla definizione e alla interpretazione della nozione fornita dalla giurisprudenza della Corte EDU.

La funzione preventiva è altresì composta da una fase che segue la raccolta dei dati e delle informazioni e che prevede la formulazione di osservazioni indirizzate allo Stato parte ed un ulteriore controllo successivo per verificare l'implementazione delle sue osservazioni³⁶⁹.

³⁶⁴ Rapporto esplicativo, para 22.

³⁶⁵ D. MALCOM EVANS, R. MORGAN, *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 253.

³⁶⁶ *Ivi*, p. 300.

³⁶⁷ V. C. N. ROBERT, Si può o si deve migliorare il carcere? L'attività del Comitato per la Prevenzione della tortura presso il Consiglio d'Europa, in *Antigone. Quadrimestrale di Critica del Sistema Penale e Penitenziario*, 2009, p. 184.

³⁶⁸ Rapporto esplicativo, cit. p. 18.

³⁶⁹ *Ivi*.

Il principio della cooperazione riguarda invece il piano relazionale che intercorre tra lo Stato e il Comitato, che deve necessariamente distinguersi da uno di natura giurisdizionale, in quanto al Comitato non spetta condannare lo Stato ma confrontarsi con esso emettendo pareri non vincolanti³⁷⁰, nonché Rapporti singoli indirizzati ad uno Stato specifico o generali, in un'ottica di natura cooperativa, agevolata dal principio di segretezza delle informazioni. Quest'ultimo obbliga il Comitato a non rivelare pubblicamente quanto osservato in occasione delle visite senza il consenso dello Stato interessato, al quale corrisponde dunque il dovere positivo di adeguarsi alle raccomandazioni ad esso indirizzate attraverso azioni proattive. Simmetrici a tali principi sono due strumenti previsti dalla Convenzione di segno opposto, che sono l'obiezione al sopralluogo e la dichiarazione pubblica di biasimo, in virtù delle quali, ad un rifiuto prolungato dello Stato di concedere accesso alle strutture, corrisponderà la possibilità per il Comitato di denunciare pubblicamente le violazioni dei diritti dei detenuti³⁷¹.

Quest'ultima eventualità può avverarsi nel caso in cui il principio base della leale cooperazione venga meno a causa di un atteggiamento poco collaborativo da parte dello Stato coinvolto, che potrebbe, ad esempio, rifiutarsi reiteratamente di dar seguito alle raccomandazioni del Comitato o di collaborare con esso. La sua base giuridica risiede nell'articolo 10.2 della Convenzione, che prevede la possibilità per il Comitato di ricorrere ad uno strumento di natura sanzionatoria, la c.d. "dichiarazione pubblica di biasimo" (*public statement*). Il suo carattere sanzionatorio risiede non già in un potere coercitivo, ma in una "sanzione morale derivante dalla pubblica stigmatizzazione del comportamento"³⁷². In ragione della sua natura, la procedura di approvazione della misura prevede un iter "aggravato", nella misura in cui il Comitato è tenuto in primo luogo a consultare lo Stato coinvolto sollecitando osservazioni in merito alla questione, in ottica dialogica; successivamente, stante il fallimento di quest'ultima, la procedura di approvazione della censura richiede una maggioranza qualificata dei 2/3 del Comitato.

L'oggetto della censura, alla luce di quanto previsto dalla Convenzione, è alquanto vario e ampio, in quanto la dichiarazione pubblica può riferirsi a tutti i casi in cui lo Stato non coopera o si rifiuta di cooperare³⁷³ e, ai sensi del Rapporto esplicativo e del Regolamento interno, il Comitato gode di ampio potere discrezionale circa le informazioni che desidera rendere pubbliche in questo contesto, ad esclusione delle informazioni trasmesse in via riservata³⁷⁴. Una volta approvata, la dichiarazione pubblica è pubblicata sul sito istituzionale del Comitato ed immediatamente adottata in sede di riunione generale. A questa è poi dedicata una apposita sezione nel Rapporto annuale, che la riporta per intero e, in questo modo, essa diventa pubblicamente visibile alla generalità degli Stati e alla Comunità internazionale³⁷⁵. È bene

³⁷⁰ Rapporto esplicativo, para 27. Cfr. CPT, 1° Rapporto Generale (1989-1990), 20 febbraio 1991, para 5, il CPT "non è vincolato alla giurisprudenza di organismi giudiziari o quasi-giudiziali che agiscono nel suo stesso campo, tuttalpiù esso può utilizzarla come punto di partenza o come riferimento al momento di valutare il trattamento delle persone private della libertà personale nei singoli Stati".

³⁷¹ Rapporto esplicativo, para 72.

³⁷² E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018, p. 71.

³⁷³ Articolo 10(2), Convenzione per la prevenzione della tortura.

³⁷⁴ Si veda, Regola n. 41.3, Regole procedurali; Rapporto esplicativo, para 75, che puntualizza che il Comitato nel rendere pubbliche le informazioni «dovrà tenere debitamente conto della necessità di garantire che le informazioni che gli sono state trasmesse in via riservata non siano rivelate».

³⁷⁵ E. SCAROINA, *op. cit.*, p. 80.

sottolineare che il Comitato ha chiaramente affermato che il ricorso a tale strumento avviene in *extrema ratio*, e che esso predilige gli altri strumenti previsti dalla Convenzione, di natura cooperativa e collaborativa³⁷⁶.

Infine, il principio della riservatezza rappresenta il naturale contrappeso alle ampie prerogative concesse al Comitato. In base a tale principio, sancito all'articolo 11 della Convenzione, il Comitato è tenuto a non diffondere il da esso stilato se non previo consenso dello Stato coinvolto, insieme alla necessità di non diffondere dati di natura personale raccolti in occasione delle visite se non, anche in questo caso, col consenso delle persone coinvolte.

Sulla base di tali principi, l'attività del Comitato si sviluppa attorno alla seguente prassi: a seguito della visita, ad hoc o di routine, il Comitato stila un Rapporto che viene trasmesso riservatamente all'Autorità nazionale competente a ricevere le comunicazioni del CPT. Fa seguito una fase di dialogo tra il CPT e lo Stato, che ha la possibilità di formulare delle contro-osservazioni in merito a quanto indicato dal Comitato. Tale corrispondenza tra lo Stato e il CPT è anch'essa coperta dal principio della riservatezza, a meno che lo Stato non indichi diversamente³⁷⁷.

Sono tuttavia esenti da tale dovere di segretezza due documenti, che consistono nella lista degli Stati oggetto di visita, pubblicata annualmente, e il Rapporto annuale, che non deve tuttavia rivelare informazioni riguardanti i singoli Rapporti e che fornisce un resoconto pubblico della sua opera di prevenzione e monitoraggio. La funzione del Rapporto annuale è di carattere conoscitivo, permettendo a tutti i soggetti interessati di poter accedere ad informazioni relative al bilancio finale delle visite condotte dagli ispettori³⁷⁸.

L'azione del Comitato si basa su un sistema di visite e sopralluoghi che possono essere periodici o ad hoc, ovvero giustificati da una situazione di urgenza e situazioni particolari o organizzate su una base di rotazione equa tra Stati, e sulla base di un diritto di accesso illimitato e immediato ai luoghi di detenzione, pur sempre tuttavia previa notifica allo Stato. Le questioni affrontate dal Comitato in occasione delle visite toccano necessariamente i seguenti punti: informazioni generali; maltrattamenti; condizioni materiali di vita; assistenza sanitaria; strumenti di contenzione; garanzie e tutele contro la privazione della libertà personale; garanzie e tutele contro i trattamenti sanitari obbligatori; garanzie e tutele contro la privazione della capacità giuridica; infine, altre questioni di carattere più generale³⁷⁹.

Infine, le Regole Procedurali del Comitato prevedono un terzo tipo di visite, conosciute come visite di controllo (*follow-up visits*), che in realtà appartengono alla più ampia categoria delle visite *ad hoc*, in quanto si svolgono in luoghi già visitati in precedenza e con lo specifico

³⁷⁶ Cfr. 24° Rapporto Generale (2013-2014), CPT, p. 7, che recita che «[i]l Comitato continua a ritenere che lo strumento della dichiarazione pubblica debba essere utilizzata solo come ultima risorsa. Esso preferisce di gran lunga che altri strumenti e modalità siano messe in atto per provocare i necessari cambiamenti. In particolare, a tal fine, non dovrebbe esserci alcuna remora da parte degli Stati nel richiedere l'assistenza qualificata o ricorrere ad altre forme di cooperazione che il Consiglio d'Europa può loro offrire nelle diverse aree di interesse della Convenzione»; cfr. V. U. KRIEBAUM, *Prevention of torture in Europe – CPT modus operandi*, Association for The Prevention of Torture, Ginevra, 2002, p. 12. Le dichiarazioni pubbliche sinora adottate hanno riguardato, in ordine cronologico crescente: la Turchia, nel 1992 e nel 1996; la Federazione russa nel 2001, 2003, 2007 e nel 2021; la Grecia nel 2011, la Bulgaria nel 2015, il Belgio nel 2017.

³⁷⁷ 24° Rapporto Generale, paras 55 ss.

³⁷⁸ C. DANISI, *op. cit.*, p. 20.

³⁷⁹ Rapporto esplicativo, *cit.*, p. 10.

obiettivo di verificare il miglioramento delle loro condizioni sulla base delle raccomandazioni e delle osservazioni precedentemente formulate sui relativi punti critici rilevati³⁸⁰, in onore appunto del principio di cooperazione.

La visita di controllo può risolversi in due modi: nel primo caso, il Comitato può esprimere parere positivo circa i miglioramenti e le modifiche osservate in sede di raccomandazione, ritenendo dunque superati i problemi precedentemente messi in rilievo. In caso contrario, il Comitato sollecita dapprima lo Stato a intervenire e, nei casi più problematici, è solito aumentare gradualmente la frequenza delle visite, in modo da sollecitare lo Stato a prendere i necessari provvedimenti. Se anche tale strategia risultasse priva di efficacia, il Comitato ricorrerà allo strumento di *extrema ratio* della denuncia pubblica³⁸¹. Il graduale diversificarsi delle attività del Comitato e dei luoghi da esso visitato hanno portato l'organo ad elaborare standard e linee guida diversificati a seconda del luogo di detenzione.

5.3. La cooperazione tra il CPT e i meccanismi nazionali di prevenzione

Il principio della cooperazione sinora enfatizzato si realizza ancor più efficacemente attraverso il dialogo tra il CPT e i meccanismi nazionali di prevenzione della tortura, quegli organi o strutture di monitoraggio che si occupano della questione a livello, appunto, nazionale. L'argomento è stato oggetto specifico del 22° Rapporto annuale, che ha dedicato un'apposita sezione ai meccanismi nazionali, al loro funzionamento e al loro rapporto col CPT³⁸². La nascita di meccanismi di prevenzione per la difesa delle persone private della propria libertà ha ricevuto forte impulso dalla ratifica del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione O.N.U. per la prevenzione della tortura (OPCAT), la cui adesione impegna gli Stati a predisporre un meccanismo nazionale di monitoraggio indipendente (NMP) che svolga attività di monitoraggio e controllo, attraverso poteri e strumenti simili a quelli del CPT, come *inter alia* visite e accesso ai documenti, nell'ambito dei luoghi di privazione della libertà personale³⁸³.

In questo contesto, il CPT ha ravvisato la necessità e l'opportunità di prevedere meccanismi di coordinamento tra i vari meccanismi di prevenzione nazionali e tra il livello europeo e quello internazionale, oggetto appunto del 22° Rapporto generale. In primo luogo il Comitato ha categorizzato le soluzioni adottate da ciascuno Stato in tre sottogruppi: il primo, che prevede l'ampliamento di funzioni nell'ambito di un organo già operante a livello statale, quali i Garanti e gli *ombudsman*; il secondo implica invece la creazione di un organo *ex novo ad hoc*, che ricopre il mandato previsto dal Protocollo; infine, la partecipazione di più organismi specializzati, coordinati attraverso una suddivisione per compiti e responsabilità³⁸⁴. Il CPT, sebbene non prediliga una forma in particolare, sottolinea che gli Stati devono assicurare che il Meccanismo possieda alcuni requisiti, quali quello dell'indipendenza, della professionalità e

³⁸⁰ Regole Procedurali, Regola n. 31.

³⁸¹ V. U. KRIEBAUM *op. cit.*, p. 10.

³⁸² CPT, 22° Rapporto generale, CPT/Inf (2012) 25, Strasburgo, 6 novembre 2012, pp. 13-21.

³⁸³ Cfr. Introduzione, para 7.2.3.

³⁸⁴ In Italia, come si vedrà nel corso del lavoro, si è deciso che il Meccanismo Nazionale di Prevenzione ai sensi del Protocollo ONU fosse diviso tra il sistema dei garanti locali e regionali, coordinati dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della propria libertà, istituito con la L. 10/2014. La soluzione è stata comunicata al Sottocomitato ONU con una nota il 28 aprile 2014.

multidisciplinarietà dei suoi membri e dell'adeguata disponibilità di risorse³⁸⁵, sulla scia di quanto previsto dal Protocollo ONU.

Nel suo 22° Rapporto generale il Comitato sottolinea quanto sia fondamentale un attivo e costante scambio in informazioni e conoscenze, di modo da allineare i diversi approcci di lavoro in termini di sia di standard che di metodi, evitando messaggi e raccomandazioni contraddittorie o divergenti. Ad ogni modo, il CPT tiene a enfatizzare che la collaborazione tra i diversi livelli debba ispirarsi all'obiettivo di «*support and inspire each other*»³⁸⁶. L'occasione più adatta allo sviluppo di una tale cooperazione risiede, secondo il Comitato, nelle visite presso i luoghi di interesse e in tutte le fasi che le riguardano.

In particolare, il CPT sottolinea che nella fase precedente allo svolgimento della visita è utile che esso venga informato circa gli elementi più rilevanti dai Meccanismi nazionali, attraverso un'intensificazione nello scambio di informazioni e la previsione di un apposito meeting. Durante la visita, il Comitato sottolinea che i suoi rappresentanti agiscono autonomamente e non ritiene opportuno che le visite siano svolte congiuntamente, in onore del principio di riservatezza e della regola per la quale i membri della delegazione del CPT in visita non debbano mai essere dei nazionali del luogo visitato, anche se il CPT incentiva la presenza di un rappresentante del meccanismo nazionale dello Stato coinvolto³⁸⁷. Infine, il Rapporto mette in evidenza la necessità di una rapida comunicazione ai Meccanismi Nazionali dei risultati della visita e delle relative osservazioni e raccomandazioni nella fase che segue la visita stessa³⁸⁸, per poi stabilire congiuntamente una strategia di azione quanto più efficace e rispondente alle esigenze e specificità nazionali³⁸⁹.

Attraverso questo tipo di cooperazione, dunque, il sistema di prevenzione istituito dal CPT incontra un complemento favorevole, nella misura in cui, a completamento della sua prerogativa di accesso illimitato ai luoghi di privazione della libertà, esso guadagna indirettamente una prossimità fisica e operativa ai luoghi stessi, grazie ad un ulteriore livello di intervento e di collaborazione.

5.4. Gli *standard* elaborati dal CPT

L'elaborazione di *standard* in materia di misure detentive fu prevista già nel primo Rapporto generale del Comitato nel 1989, sulla base dall'osservazione sul campo operata dal Comitato in occasione delle visite³⁹⁰. Tali standard prendono la forma di linee guida, le quali furono dapprima inserite all'interno dei singoli Rapporti annuali e poi riunite in un testo unico ed autonomo a partire dal 2002³⁹¹, secondo un approccio dinamico. Infatti, essendo fondate

³⁸⁵ CPT, 22° Rapporto generale, para 32.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ CPT, Regole procedurali, adottate il 16 novembre 1989 (ultima modifica 7 marzo 2008), regola 45; 22° Rapporto generale, para 44.

³⁸⁸ Pur nel rispetto del principio di confidenzialità. Il Comitato chiarisce, infatti, che tale comunicazione debba avvenire a patto che le informazioni così rivelate debbano essere trattate come informazioni confidenziali sino al consenso delle autorità statali alla loro pubblicazione (22° Rapporto generale, para 45).

³⁸⁹ *Ivi*, para 46.

³⁹⁰ CPT, Primo Rapporto generale, CPT/Inf (91) 3, Strasburgo, 20 febbraio 1991, p. 26.

³⁹¹ La prima pubblicazione integrale degli Standard è del 12 Settembre 2002. In precedenza le linee-guida del Comitato potevano essere consultate all'interno dei Rapporti Generali annuali; cfr. V. R. MORGAN, M. EVANS *op.*

sull'osservazione concreta dei luoghi, tali linee guida cambiano e si evolvono nel tempo, secondo un approccio simile a quello adottato dalla Corte EDU in merito alle sue norme e alla necessità di interpretare la Convenzione come uno strumento vivente³⁹².

Le linee guida costituiranno poi a loro volta i parametri di osservazione proprio per le delegazioni incaricate di svolgere le visite e stilare i loro resoconti di merito³⁹³. Le linee guida sono ovviamente sprovviste di forza vincolante, e il loro valore risiede, oltre che nel merito di sollevare questioni relative alle condizioni dei detenuti, anche nel crescente utilizzo che ne viene fatto dalla Corte EDU nella sua giurisprudenza di merito sull'articolo 3 e non solo. L'utilizzo che ne viene fatto agisce in due direzioni: in primo luogo, le linee guida possono divenire uno strumento probatorio attestante maltrattamenti ai sensi dell'articolo 3; inoltre, possono assumere valore di tipo argomentativo, nel senso in cui essi vanno a formare le basi per una nuova interpretazione della norma e delle nozioni di tortura e trattamenti inumani e degradanti³⁹⁴.

Ciò ha avuto importanti riverberi proprio su forme di detenzione sui generis, sia per i motivi che per i luoghi, e dunque anche sulla detenzione e sul trattenimento dei migranti, cui il Comitato ha dedicato apposite linee guida, oggetto del seguente paragrafo.

5.5. Le Regole penitenziarie europee

Sottoposte recentemente a revisione, le Regole penitenziarie europee rappresentano la controparte regionale delle c.d. *Mandela Rules*. La prima versione del documento fu approvata nel 2006 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa³⁹⁵ e raccolgono le norme e i principi giuridici rilevanti per il trattamento dei detenuti in un totale di ora 108 articoli, divisi in nove parti, rispettivamente dedicate ai principi di base, alle condizioni di detenzione, alla salute, al buon ordine, alla gestione del personale, all'ispezione e al monitoraggio, allo status dei prigionieri imputati e a quello dei condannati e, infine, in una sola regola di chiusura, all'invito al costante aggiornamento della normativa.

Di estrema rilevanza è proprio la definizione dell'ambito soggettivo di applicazione delle regole. Le regole 10-13 chiariscono che un "detenuto" è qualunque soggetto sottoposto a custodia cautelare da un'autorità giudiziaria o privato della libertà in seguito ad una condanna. Tuttavia, il documento equipara la definizione di "detenuto" a tutti i soggetti che si trovano in

cit., pp. 104 ss; CPT, Estratto dal 7° Rapporto Generale del CPT. Stranieri ristretti in base alla legge sull'immigrazione, CPT/Inf(97)10-part, pubblicato il 1997; cfr. CPT, *Gli Standard del CPT. Rilievi essenziali e generali dei Rapporti Generali del CPT*, 2010.

³⁹² V. J. MURDOCH, *The treatment of prisoners - European standards*, Council of Europe, 2006, p. 45.

³⁹³ CPT, 22 Rapporto Generale, p. 5.

³⁹⁴ J. Murdoch, *The Impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the 232 Evolution of Standard-setting in Relation to Places of Detention*, in *European Human Rights Law Review.*, 2006, pp. 158-179.

³⁹⁵ Per il testo del nuovo documento v. Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules Rec (2006)2, 11 gennaio 2006; si veda, E. Valente Sardina, *Le nuove regole penitenziarie del Consiglio d'Europa. Aspetti teorici e limiti pratici di applicabilità*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2020, p. 3; M. Crétenot, *Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria*, Antigone Edizioni, 2013, p. 8.

una condizione di privazione della loro libertà personale, sia in carcere che in qualsiasi luogo adibito, anche temporaneamente, a tale scopo³⁹⁶.

Le regole 1-4 ribadiscono che qualunque forma di privazione della libertà personale debba avvenire nel rispetto dei diritti umani e di ulteriori norme in materia civile e sociale. La maggior parte delle regole, come nel caso delle *Mandela Rules*, riguardano la detenzione ordinaria presso gli istituti penitenziari e non già situazioni sui generis di detenzione, o ancora la detenzione di natura amministrativa. Tuttavia, appare opportuno dare conto in tal sede delle regole applicabili anche alla detenzione dei migranti, ed in particolare al trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti.

La parte 3 delle regole riguarda le condizioni materiali del trattenimento. In particolare, si prevede che queste debbano rispettare condizioni di igiene adatte nei servizi igienici, che garantiscano anche adeguata *privacy* dei trattenuti. La regola 21 dispone che ogni detenuto deve disporre di un letto separato e di biancheria da letto personale e idonea che deve essere mantenuta in buono stato e cambiata con la frequenza necessaria ad assicurarne la pulizia. Nella stessa sezione vengono poi affrontate le questioni della consulenza legale e dei contatti con l'esterno, entrambe estremamente rilevanti ai fini della nostra analisi date le caratteristiche del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali.

Quanto alla prima, la regola 23 prevede che i detenuti hanno diritto a richiedere assistenza legale, e le autorità statali devono fornire adeguata assistenza per garantire l'accesso ad esse. Inoltre, ogni detenuto ha diritto a consultare un consulente legale, a sue spese, ogni volta ne abbia bisogno. I colloqui e altre forme di comunicazione –compresa la corrispondenza- su punti di diritto tra un detenuto e il suo avvocato devono essere riservati. Rispetto ai contatti con l'esterno, la regola 24 prevede che i detenuti devono poter comunicare con l'esterno, ovvero con i propri familiari, assistenti legali e associazioni di settore, il più frequentemente possibile e con ogni mezzo (lettera, telefono etc.). Qualunque restrizione deve essere motivata e in ogni caso deve essere tale da garantire un contatto minimo accettabile con l'esterno. La regola 27 riguarda invece le attività fisiche e ricreative, e dispone che ad ogni detenuto deve essere data la possibilità di svolgere attività fisica per almeno un'ora al giorno all'aria aperta. Le Regole 34 e 35 elaborano tutele specifiche per i trattenuti di sesso femminile e i minori e dispongono che le autorità debbano tenere conto dei bisogni specifici di tali categorie, oltre a prevedere che il trattenimento avvenga in locali separati per sesso ed età.

5.6. L'attività e gli standard del Comitato nell'ambito del trattenimento dei migranti

Il Comitato si è occupato per la prima volta del trattenimento degli stranieri in modo organico in occasione del suo 7° Rapporto generale, dove ha tracciato le principali linee di problematicità del fenomeno. In questa sede, il Comitato specifica in primo luogo l'eterogeneità dei motivi in base ai quali lo straniero si trova a essere ristretto: «persone a cui è stato rifiutato di entrare nel paese in questione; persone che sono entrate nel paese in maniera illegale e sono stati identificati dalle autorità; persone la cui autorizzazione a rimanere in quel paese è scaduta; richiedenti asilo

³⁹⁶ Recommendation of the Committee of Ministers, art. 10(4).

politico la cui detenzione è considerata necessaria dalle autorità; etc»³⁹⁷. Nel documento il Comitato evidenzia anche come l'eterogeneità del fenomeno riguardo i luoghi di detenzione, che vanno dalle strutture per l'arresto ai luoghi di ingresso delle stazioni di polizia e ai centri di detenzione specializzati e, come verrà analizzato nel prossimo paragrafo, le zone di transito degli aeroporti, cui esso dedica ampia trattazione³⁹⁸.

Tra le questioni di maggiore problematicità, il Comitato sottolinea l'inadeguatezza dei luoghi di ingresso delle strutture detentive, spesso non concepite per permanenze di lunga durata, specialmente nel caso delle stazioni di polizia, usate a sproposito come luoghi di detenzione in cui gli immigrati, ivi costretti per periodi prolungati, si trovano «soggetti a condizioni materiali di detenzione scadenti, privati di ogni forma di attività e a volte obbligati a condividere le celle con sospetti criminali. Una tale situazione è insostenibile»³⁹⁹. Pur riconoscendo la necessità di trattenere gli stranieri presso tali luoghi per periodi prolungati, il Comitato sottolinea che alla luce delle condizioni generali riscontrate, il periodo di tempo trascorso dai detenuti immigrati in tali strutture deve essere tenuto entro il minimo assoluto⁴⁰⁰.

Il CPT si concentra poi su un altro profilo, quello della detenzione degli stranieri in carcere, condannando tale prassi in quanto «[u]n carcere è per definizione un luogo non idoneo in cui detenere qualcuno che non è né condannato né sospettato di reati»⁴⁰¹, che dovrebbe al contrario essere detenuto presso centri specificamente concepiti a tale scopo «che offrano condizioni materiali di detenzione e un regime appropriati alla loro situazione legale e circondati da personale adeguatamente qualificato»⁴⁰², che deve possedere competenze comunicative, culturali e socio-psicologiche specifiche. È di estrema importanza il fatto che il CPT sottolinei la necessità di evitare che tali strutture ricordino un ambiente carcerario, proprio in virtù dei motivi non penali del trattenimento. Tali strutture dunque dovrebbero massimizzare tutti gli elementi di natura non detentiva, come la possibilità di passare del tempo all'aria aperta, quella di partecipare ad attività ludiche, culturali e sociali e di garantire l'accesso ai mezzi di comunicazione⁴⁰³.

Il Rapporto dedica poi una sezione alle tutele durante il trattenimento. È bene sottolineare come, in questa sede, le garanzie sostanziali e procedurali che generalmente ricadono sotto il profilo dell'articolo 5 CEDU contribuiscano direttamente alla qualità della detenzione e delle sue condizioni. Il CPT afferma infatti che allo straniero deve essere garantito l'accesso a un legale, con la possibilità di consultarlo sia in privato che in sede di colloquio con le autorità, e a un medico, nonché il diritto all'informazione, in una lingua a lui comprensibile, sui propri diritti⁴⁰⁴.

Infine, in virtù della natura non penale del trattenimento, il CPT osserva che gli immigrati privati della libertà dovrebbero avere il diritto di mantenere i contatti con il mondo esterno

³⁹⁷ CPT, 7 Rapporto Generale, 22 agosto 1997, CPT/Inf (97) 10, para A(24).

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ CPT, *Stranieri ristretti*, p. 2.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

durante la detenzione e, in particolare, il diritto di accesso a un telefono e di ricevere visite da parenti e rappresentanti di organizzazioni interessate.

Tali rilievi sono stati interamente ripresi dalle linee guida del 2002, che integrano gli standard con una ampia sezione dedicata all'allontanamento e al rimpatrio degli stranieri con mezzo aereo e alle prassi sviluppate in materia.

Nel 2017 il CPT ha poi pubblicato una scheda tematica relativa al tema, dove delinea i concreti standard qualitativi che le strutture di detenzione degli stranieri dovrebbero rispettare per non incorrere in possibili violazioni del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti⁴⁰⁵. La scheda riprende le fondamenta di quanto già affermato nel 2002: «il trattenimento dei migranti presso una struttura d' identificazione non deve avere un carattere punitivo: non si tratta né di una sanzione, né dell'applicazione di una pena. Di conseguenza, i migranti trattenuti in tali centri dovrebbero usufruire di un regime di detenzione e di condizioni materiali di accoglienza adattate alla loro situazione giuridica»⁴⁰⁶.

Diversamente da quanto previsto per l'articolo 5(1)(f) e dalla giurisprudenza di merito, che non prevede un esame della necessità e della proporzionalità della detenzione⁴⁰⁷, il CPT sottolinea la necessità che il trattenimento sia una misura di *extrema ratio*, basata su un esame attento delle circostanze del singolo caso, soggetta a riesami periodici e, ove possibile, sostituita da misure alternative meno invasive. Similmente, e contrariamente alla giurisprudenza citata, il Comitato invita gli Stati a prevedere una durata massima della detenzione nella loro legislazione nazionale, in quanto «il trattenimento prolungato dei migranti ai sensi della legislazione relativa agli stranieri senza alcun limite di durata e senza precise prospettive di essere rimessi in libertà possa essere facilmente considerato come un trattamento inumano»⁴⁰⁸. I richiedenti asilo, in virtù della loro situazione giuridica e della loro vulnerabilità, dovrebbero inoltre godere di un trattamento più favorevole e adatto alla loro condizione. La scheda ribadisce, approfondendoli, alcuni elementi già accennati nel 2002, come il diritto, anche dei migranti in condizione irregolare, di poter accedere a un legale e di avvisare un parente o una terza persona della loro detenzione, così come la possibilità di entrare in contatto col proprio consolato, nonché diversi diritti di natura sostanziale, come quello a un ricorso effettivo.

È ancora ribadita la necessità di rendere il trattenimento quanto più distante dalla detenzione carceraria, anche per i migranti irregolari che «devono avere ogni possibilità di mantenere un contatto concreto con il mondo esterno, e devono essere autorizzati ad avere regolarmente accesso a un apparecchio telefonico o al loro telefono cellulare»⁴⁰⁹.

Ciò si realizza attraverso la garanzia della maggior libertà di movimento possibile, con l'accesso alle aree aperte e a spazi destinati alle attività all'aperto, a una biblioteca e a una sala di preghiera, a una connessione internet e a un computer, nonché alla possibilità di ricevere visite⁴¹⁰. In questo senso, il CPT raccomanda l'uso minimo di metodi di costrizione fisica, come l'uso di manette e di sanzioni disciplinari che implicino l'isolamento della persona⁴¹¹.

⁴⁰⁵ CPT, *Scheda tematica: Trattenimento dei migranti*, CPT/Inf(2017)3, marzo 2017.

⁴⁰⁶ *Ivi*, p. 2.

⁴⁰⁷ Si veda *infra*.

⁴⁰⁸ CPT, *Scheda tematica*, p. 2.

⁴⁰⁹ *Ivi*, p. 3.

⁴¹⁰ *Ivi*, p. 6.

⁴¹¹ *Ivi*, p. 8.

La scheda dedica poi una sezione alle condizioni del trattenimento la cui durata superi le 24 ore, dettagliando in modo specifico le concrete condizioni materiali dei luoghi in cui questo avviene. Innanzitutto, i centri devono disporre di locali adeguatamente ammobiliati, puliti e in buone condizioni, che offrano una superficie abitabile sufficiente rispetto al numero di persone ospitate. L'illuminazione, l'aerazione e il riscaldamento devono essere appropriati e i locali devono disporre di campanelli di chiamata in modo che i soggetti trattenuti possano facilmente contattare il personale anche quando questo non è fisicamente presente. Inoltre, i locali devono avere un letto o brandina, un materasso e coperte pulite; accesso ai servizi igienici, a tutte le ore; un accesso alla doccia e all'acqua calda; la possibilità per i soggetti di avere vestiti e di poterli lavare, nonché di essere dotati di prodotti per mantenere puliti i locali di alloggio; disporre di un armadietto che si possa chiudere a chiave in cui conservare gli effetti personali; infine, avere accesso all'acqua potabile, nonché al cibo che, se necessario, dovrebbe tener conto delle fedi religiose e delle abitudini alimentari degli stranieri⁴¹².

5.7. L'attività e gli standard del CPT e le zone di transito degli aeroporti

Il CPT ha dedicato particolare attenzione al trattenimento presso le zone di transito aeroportuali sin dalla pubblicazione del suo 7 rapporto generale del 1996 e dunque a partire dal momento in cui si è occupato del fenomeno della detenzione degli stranieri nell'ambito delle politiche migratorie⁴¹³, mantenendo una attenzione costante nei confronti del fenomeno sino al presente, sulla base dei risultati di diverse visite condotte negli anni precedenti presso tali luoghi.

Siccome il mandato del CPT si estende ai *luoghi di trattenimento*, la prima questione affrontata dal Comitato è consistita nella qualificazione di tali zone in quanto luoghi di privazione della libertà personale, alla luce del fatto che, in diverse occasioni, la natura detentiva del trattenimento presso tali zone era stata messa in dubbio dagli Stati sulla base della già citata teoria della prigione con 3 pareti⁴¹⁴.

Ebbene, nel rapporto del 1997 e in quelli seguenti, il CPT afferma la sua competenza in merito rifacendosi all'articolo 5(1)f CEDU, ed in particolare alla sentenza della Corte EDU nel caso *Amuur*, dove viene riconosciuta la natura detentiva del trattenimento dei ricorrenti nella zona di transito dell'aeroporto di Orly a scapito della giustificazione della Francia attraverso il ricorso alla teoria della prigione con tre pareti, in particolare nella misura in cui la Corte afferma che “[i]l mero fatto che sia possibile per i richiedenti asilo lasciare volontariamente il paese dove vorrebbero rifugiarsi non può escludere una restrizione della libertà...” e sostiene che “tenere i richiedenti nella zona di transito...è equisvalso nella pratica, considerate le restrizioni subite, a una privazione della libertà”⁴¹⁵.

Il CPT ha in diverse occasioni ritenuto tali luoghi inadeguati per misure detentive prolungate, sottolineando che «[è] assiomatico che tali persone dovrebbero essere provviste di mezzi adatti per dormire, avere garantito l'accesso al proprio bagaglio e a bagni opportunamente attrezzati,

⁴¹² *Ibidem*.

⁴¹³ C. DANISI, *op. cit.*

⁴¹⁴ Si veda *infra*.

⁴¹⁵ *Amuur*, para 28; CPT, 7 Rapporto generale, para 25.

e avere il permesso di fare esercizio all'aria aperta quotidianamente. Inoltre, occorre garantire l'accesso al cibo e, se necessario, alle cure mediche»⁴¹⁶, raccomandando agli Stati di limitare al minimo indispensabile il trattenimento presso tali zone e di istituire strutture dedicate allo scopo che rispettino gli standard da esso elaborati⁴¹⁷. Gli standard elaborati nel 1997 in occasione del sesto Rapporto Generale si basano d'altronde su diverse visite condotte presso le zone di transito aeroportuali di diversi Stati parte del Consiglio d'Europa negli anni precedenti e sulle osservazioni elaborate in questo ambito ed anche su alcuni importanti precedenti giurisprudenziali della Corte EDU che avevano coinvolto anche l'attività del Comitato.

5.8. Il caso *Amuur* come esempio di interazione tra il CPT e la Corte EDU in tema di trattenimento presso le zone di transito aeroportuali

Un buon esempio di interazione e di interdipendenza tra l'attività del CPT e la giurisprudenza della Corte EDU in materia di zone di transito aeroportuali è rappresentato proprio dal caso *Amuur c Francia*, dove la Corte EDU ha preso in considerazione, per fondare la sua decisione, anche i rilievi del CPT in merito alla condizione degli stranieri trattenuti presso gli aeroporti francesi.

In particolare, la zona di transito dell'aeroporto Charles de Gaulle di Parigi fu l'oggetto di un'attenta disamina del Comitato in occasione della visita da questo effettuata nel 1991, le cui osservazioni furono incluse nel Rapporto finale⁴¹⁸. Nella fattispecie, il CPT visitò sia le sale di attesa all'interno dell'aeroporto che l'Hotel Arcade, al tempo considerato come una estensione della zona di transito⁴¹⁹, entrambi luoghi che furono poi al centro della vicenda da cui trasse origine il caso presentato alla Corte. Le osservazioni del Comitato misero in luce diversi profili di problematicità sia delle condizioni della detenzione presso tali locali che della relativa normativa, non sufficientemente precisa circa la base giuridica della detenzione e la durata della stessa⁴²⁰.

In particolare, il CPT mise in evidenza la scarsa illuminazione e areazione dei locali della zona di transito dell'aeroporto Charles de Gaulle, l'impossibilità per gli stranieri trattenuti presso l'hotel Arcade di passare del tempo all'aria aperta. Sotto l'aspetto legislativo, il Comitato osservò come la detenzione presso le zone di frontiera, e nella fattispecie presso la zona di transito aeroportuale, trovava la sua base legale in un'ordinanza ministeriale del 1945, che prevedeva il trattenimento dello straniero al quale lo Stato avesse rifiutato l'ingresso per il

⁴¹⁶ *Ivi* para 26.

⁴¹⁷ CPT, Scheda tematica, p. 5.

⁴¹⁸ CPT, *Rapport au gouvernement de la République française 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 France du 27 octobre au 8 novembre 1991*, 19 gennaio 1993, CPT/Inf (93) 2 Part 2.

⁴¹⁹ *Amuur*, para 28.

⁴²⁰ Il Rapporto del CPT fa riferimento all'aeroporto di Parigi Charles de Gaulle, mentre le vicende nel caso *Amuur* avvenivano presso la zona di transito dell'aeroporto di Parigi Orly. Tuttavia, i rilievi del CPT, sia in merito alle condizioni del trattenimento che, soprattutto, all'assenza di una base legale e di una disciplina nella legislazione francese, possono applicarsi anche alle vicende nel caso *Amuur*, come riconosciuto dalla stessa Corte EDU nella sua sentenza.

“tempo strettamente necessario” ad organizzare il suo allontanamento, presso dei locali non appartenenti all’amministrazione penitenziaria⁴²¹.

Il Rapporto del Comitato metteva in evidenza che tale tipo di trattenimento non prevedeva l’intervento dell’autorità giudiziaria né una durata massima della detenzione, esortando lo Stato a fornire maggiori spiegazioni in merito e a prevedere la possibilità di un ricorso effettivo contro le decisioni di non ammissione, norma di cui la legislazione di merito era sprovvista⁴²². I rilievi del Comitato sono stati presi in considerazione dalla Corte EDU nel caso *Amuur*, i cui fatti si svolgevano nel mese di marzo del 1992, che ha portato la Corte a condannare la Francia per aver violato l’articolo 5 CEDU. Nella fattispecie, la Corte citava i rilievi del Comitato in occasione della sua visita nel 1991, a supporto dell’analisi sia sulle condizioni della detenzione che della legalità di questa⁴²³.

Un anno dopo la visita del Comitato e le relative raccomandazioni, la Francia adottava la Legge del 6 luglio 1992 sulle “zone d’attesa”, che da un lato, istituzionalizzava una situazione e una prassi già esistenti e, dall’altro, ne definiva contenuti e garanzie fornendo il trattenimento nelle zone di transito di una disciplina giuridica, che comprendeva la previsione di una durata massima del trattenimento, la convalida della misura da parte dell’autorità giudiziaria e il diritto dello straniero di ricevere visite e essere assistito da un legale e da un interprete⁴²⁴.

Come da prassi, il dialogo col Comitato è proseguito negli anni successivi, sino al Rapporto del governo francese stilato nel 1994⁴²⁵, dove venivano messi in evidenza i miglioramenti apportati alla luce delle osservazioni del Comitato durante la sua visita.

Il governo sottolineava come «*aux termes d’un an d’application, il se confirme quel es mesures de la loi 92-625 du 6 juillet 1992 sur les zones d’atteinte des ports et aéroports permettant d’assurer une protection efficace de la liberté individuelle des demandeurs d’asile à la frontière*»⁴²⁶ sottolineando come la nuova legge adottata nel 1992 avesse introdotto un tempo limite per la detenzione e l’intervento dell’autorità giudiziaria in caso fosse necessario il suo prolungamento, nonché il diritto a prendere visione degli atti relativi, di ricevere assistenza legale e di essere assistiti da un interprete.

6. Conclusioni

Alla luce dell’analisi appena conclusa è possibile tracciare il modo in cui il Consiglio d’Europa, nella sua duplice articolazione della Corte EDU e del Comitato per la prevenzione della tortura, ha inquadrato il complesso fenomeno del transito dello straniero presso le zone di transito degli aeroporti.

⁴²¹ *Amuur*, para 25.

⁴²² *Ibidem*.

⁴²³ *Ivi*, paras 28-29.

⁴²⁴ Cfr., CPT, *Réponse du gouvernement de la République Française au Rapport du Comité Européen de la Torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 12 gennaio 1993; si veda, a proposito dell’evoluzione della legislazione francese in materia, *infra*.

⁴²⁵ CPT, *Rapport de suivi du gouvernement français en réponse au rapport du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) relatif à sa visite en France du 27 octobre au 8 Novembre 1991*, 17 febbraio 1994, CPT/Inf (94) 1.

⁴²⁶ *Ivi*, p. 27.

Si è visto in primo luogo come non sussista alcuna ambiguità in relazione allo status giuridico, presunto extraterritoriale, di tali zone, che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, appartengono al territorio dello Stato senza alcuna eccezione. La Corte EDU ha egualmente rigettato la validità della teoria della c.d. “prigione con tre pareti”, cui gli Stati ricorrono col fine di negare il carattere detentivo della permanenza presso le zone di transito.

Proprio in merito al trattenimento dello straniero, alcuni profili di ambiguità emergono tuttavia rispetto alla nozione di ingresso sul territorio, in relazione alla quale la stessa Corte ammette la possibilità di distinguere, attraverso una finzione giuridica, la presenza fisica dello straniero sul territorio da quella “legale”, che sussiste solo nel momento in cui lo Stato fornisce allo straniero un titolo di ingresso e soggiorno.

Tale distinzione strumentale ha ricadute sul regime giuridico applicabile allo straniero. In particolare, sebbene la Corte non abbia mai mancato di garantire le tutele ordinarie anche allo straniero trattenuto presso tali zone, è riscontrabile una tendenza verso l’applicazione a livello nazionale di un regime giuridico deteriore a chi si trovi trattenuto avendo fatto ingresso attraverso tali zone sprovvisto di un titolo di ingresso e/o soggiorno, rispetto a quello invece applicato a chi abbia un titolo di soggiorno e sia stato ammesso sul territorio, relativamente, in particolare, alla questione del trattenimento. A parer di chi scrive, tale circostanza rimane un elemento di criticità e di ambiguità nel quadro del sistema di protezione dei diritti umani del Consiglio d’Europa. In tal modo, la giurisprudenza della Corte mostra la persistenza di diversi elementi di ambiguità quanto al regime detentivo applicabile alle zone di transito aeroportuali, specificamente in merito alla durata del trattenimento, alla valutazione dei requisiti di proporzionalità e necessità della misura e al grado di restrizione imposta sullo straniero trattenuto. Si è visto che la Corte ha in ogni caso attribuito importanza alla questione dell’accesso sul territorio quando il ricorrente sia in grado di “*make an arguable claim*” nel quadro dell’art. 3 CEDU. In buona sostanza, come osservato in dottrina⁴²⁷, ciò mostra come garantire l’accesso fisico al territorio dello Stato ai fini dell’art. 3, non preclude la possibilità per gli Stati di considerare la persona “non presente” sul territorio a livello giuridico sotto il profilo dell’art. 5(1)(f), consentendone dunque il trattenimento nel quadro del primo periodo del paragrafo (f) della disposizione.

Inoltre, buona parte dell’azione del Consiglio d’Europa ha riguardato le condizioni di tale trattenimento, che sono state l’oggetto sia di un discreto *corpus* giurisprudenziale della Corte EDU che delle visite e delle linee guida elaborate nel contesto dell’attività svolta dal Comitato per la prevenzione della tortura. In questo ambito le due istituzioni paiono aver sviluppato una prassi orientata alla cooperazione e alla interazione reciproca. Infatti, diversi sono i casi in cui la Corte EDU ha incluso tra le fonti documentali anche i rapporti del Comitato redatti a seguito delle visite, nonché le considerazioni di quest’ultimo in merito alle condizioni del trattenimento, come nel caso *Amuur*. Allo stesso modo, il Comitato orienta la sua attività e elabora le proprie osservazioni sulla base delle definizioni e dei concetti elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU, pur non essendo vincolato ad essi e potendo orientarsi in senso ampliativo ed evolutivo.

⁴²⁷ V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi*, cit., p. 187.

In buona sostanza, sebbene la Corte EDU e il Comitato abbiano perimetrato diritti e garanzie applicabili agli stranieri presso tali zone, alcune criticità permangono in relazione proprio alla questione della definizione di ingresso legale sul territorio.

È proprio nel solco esistente tra la presenza fisica sul territorio e quella legale che si realizza quel margine di apprezzamento di cui lo Stato è titolare, che spesso si trasforma in un margine di discrezionalità i cui confini paiono spesso incerti. Per comprendere le articolazioni del tema del presente lavoro, in particolare nel contesto europeo, e descriverlo con maggiore concretezza, è necessario affrontare la questione dalla prospettiva del diritto dell'Unione europea, oggetto del prossimo capitolo.

Capitolo II: le zone di transito aeroportuali nel diritto dell'Unione europea

1. Introduzione

Questo capitolo ha come oggetto la disciplina delle zone di transito aeroportuali, e la relativa condizione giuridica dello straniero, nel diritto dell'Unione europea.

La particolarità di tale disciplina risiede, in primo luogo, nella compresenza di una pluralità di fonti normative le cui interazioni e le cui configurazioni sono assai rilevanti per la materia in esame, soprattutto in ragione della particolare qualificazione di confini europei nel diritto dell'Unione. La locuzione di zona di transito non è del tutto estranea al diritto dell'Unione, che menziona il concetto in diversi strumenti normativi, senza tuttavia darne una definizione chiara. Così, il termine finisce col comprendere le acque territoriali, le zone di frontiera terrestri o quelle aeroportuali. Tale mutevolezza, se da un lato ne esalta il carattere incerto, dall'altro ne assicura la flessibilità e l'applicabilità del diritto dell'Unione al di là degli aspetti meramente formali.

La disciplina di tali zone nel diritto dell'Unione viene a coincidere ed è primariamente determinata dalla loro qualificazione in quanto frontiera esterna dello spazio. La loro caratterizzazione in quanto frontiera esterna conferisce loro una duplice dimensione: tali zone possono essere infatti contemporaneamente dei luoghi ma anche un insieme di procedure che si applicano esclusivamente a quei luoghi, o entrambe le cose.

Ciò, tuttavia, ne rivela anche il carattere mutevole. Infatti, la definizione giuridica di tali zone appare mutare anche e soprattutto a seconda di chi le attraversa e del diritto che i soggetti in frontiera reclamano. Tali zone appaiono dunque definite attraverso diverse dimensioni interconnesse tra loro: quella geografica e dunque "fisica", quella procedurale e quella, per così dire, personale, attinente alla identità e allo *status* dei soggetti che le attraversano.

Si vogliono altresì qui enfatizzare due fili rossi che tengono insieme la disciplina: in primo luogo, la "triangolazione" che sussiste tra procedura di asilo in frontiera, rifiuto di ingresso e detenzione, inoltre, la tendenza a semplificare, e dunque a dotare di minori garanzie, le procedure che hanno luogo in frontiera⁴²⁸.

In questa luce, questo capitolo si articola come segue: una prima sezione si occupa di ricostruire le origini e il divenire giuridico della nozione di frontiera esterna nel diritto dell'Unione, attraverso l'analisi dello sviluppo dello spazio Schengen. Si procede poi col tentare di dare una definizione al concetto di zona di transito nel diritto dell'Unione, esaminando i modi in cui gli strumenti di riferimenti menzionano e definiscono tale concetto, con l'obiettivo di dare concretezza fisica, materiale e tangibile al concetto.

Successivamente, il capitolo si focalizza sulle regole relative all'attraversamento delle frontiere esterne: è attraverso questo prisma, infatti, che si sorregge buona parte della costruzione giuridica del concetto di frontiera, zona di transito e delle interazioni tra i due concetti nel diritto dell'Unione. Con l'obiettivo di sottolineare i legami tra i due, si esamineranno i requisiti di ingresso per l'attraversamento della frontiera esterna relativi ai cittadini di paesi terzi.

⁴²⁸ G. CORNELISSE, Territory, Procedures and, Rights: Border Procedures in European Asylum Law, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016, pp. 74 ss.

A questo punto, l'analisi prende in considerazione ciò che accade nelle more della decisione delle autorità rispetto all'ingresso della persona nel diritto dell'Unione, nel caso in cui il soggetto sia sprovvisto dei requisiti di ingresso o che sussistano ragioni di carattere umanitario che impediscono il suo allontanamento. In questo contesto, il capitolo analizza la richiesta di asilo presso le zone di transito, attraverso l'esame della direttiva procedure e dalla cosiddetta procedura di frontiera, insieme alla questione della detenzione in frontiera e delle sue condizioni, disciplinata sia dalla direttiva procedure che dalla direttiva accoglienza.

Viene poi esaminata la questione speculare del respingimento alla frontiera e del rifiuto di ingresso, nel quadro della disciplina disposta dal codice frontiere Schengen e della direttiva rimpatri, che con esso intrattiene una relazione particolare. Infatti, è proprio attraverso una analisi dell'applicazione delle disposizioni della direttiva rimpatri al caso di specie che emerge la differenza tra i meccanismi di "esclusione" tipici del trattamento differenziale dei migranti in frontiera da quelli che invece regolano l'espulsione di chi è già presente sul territorio, a detrimento dei primi⁴²⁹.

Infine, il capitolo si conclude con l'analisi delle nuove proposte di riforma del sistema europeo comune di asilo, con una particolare attenzione alla "nuova" procedura di frontiera e all'introduzione del c.d. *screening* all'ingresso, ai sensi della proposta di "regolamento accertamenti" alla frontiera nel quadro del nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo⁴³⁰.

2. La creazione dello spazio-frontiera esterna nel diritto dell'Unione europea: storia, basi giuridiche e evoluzione normativa

Per comprendere la configurazione giuridica delle zone di transito nel diritto dell'Unione, è imprescindibile che l'analisi si muova a partire dalla genesi delle frontiere esterne prima e della loro disciplina nel diritto dell'Unione poi.

È bene chiarire che la questione dei confini e della circolazione delle persone non nasce all'interno dell'arena dell'Unione europea, nel cui ambito, almeno inizialmente, la necessità di un'area interna priva di confini era funzionale all'esigenza di creare un mercato interno unico che abolisse limiti diretti e indiretti agli scambi commerciali⁴³¹.

In effetti, la nascita delle frontiere esterne è strettamente connessa alla necessità di una gestione comune delle frontiere, a sua volta legata funzionalmente all'abolizione dei controlli alle frontiere interne nel quadro degli accordi di Schengen⁴³², inizialmente stipulati al di fuori

⁴²⁹ *Ivi*, p. 81; si ripropone, in tal senso, la differenza gli *excludable aliens* e gli *irregular aliens* di cui si è dato conto nell'introduzione.

⁴³⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, Bruxelles, 23.9.2020 COM(2020) 609 final.

⁴³¹ B. TONOLETTI, Confini, Diritti, Migrazioni. Catastrofe del Diritto Pubblico Europeo, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 20 ss; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 224; si veda anche F. SCUTO, L'Unione europea ed il contrasto all'immigrazione irregolare: una questione dirimente e al contempo problematica della nascente politica comune, in ID, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Torino, 2012, pp. 71 ss.

⁴³² Cfr. B. NASCIMBENE, (a cura di) *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995; M. CONDINANZI, B. NASCIMBENE, A. LANG, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006; B. NASCIMBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto*

del quadro normativo dell'Unione, ma ad esso intimamente legati⁴³³. Il sistema di Schengen ha origine in due trattati sottoscritti nel 1985 e nel 1990: il primo riguardante l'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere tra Francia, Benelux e Germania; il secondo che segue il primo e ne sviluppa gli elementi, e che consiste nella relativa Convenzione di applicazione che disciplina le garanzie relative all'attuazione della libera circolazione tra i suddetti paesi, nonché le regole dettagliate circa le modalità e le misure di compensazione⁴³⁴.

Tali accordi nulla disponevano in merito alle norme sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di paesi terzi, ma avevano come necessario corollario l'assunto che al progressivo abbattimento dei controlli alle frontiere interne corrispondesse un rafforzamento e l'adozione di politiche omogenee ed uniformi di controllo delle frontiere degli Stati collocati al confine esterno dello spazio così creato, principalmente in materia di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi⁴³⁵.

Gli Accordi definivano infatti due tipi di azioni, a breve termine e a lungo termine: le prime riguardano proprio quelle relative alla libera circolazione di capitali, merci e persone all'interno dello spazio, col fine di «riavvicinare nei tempi più brevi le proprie politiche in materia di visti al fine di evitare le conseguenze negative che possono risultare da un alleggerimento dei controlli alle frontiere comuni in materia di immigrazione e sicurezza. Esse adottano, (*omissis*) le disposizioni necessarie al fine di applicare le proprie procedure relative al rilascio dei visti e all'ammissione sul proprio territorio, tenendo conto della necessità di garantire la protezione dell'insieme dei territori dei 5 Stati dall'immigrazione clandestina e da quelle attività che potrebbero minacciare la sicurezza»⁴³⁶.

Le seconde sono invece relative proprio al conseguente trasferimento del presidio delle frontiere su quelle esterne, stabilendo che «le Parti si adopereranno per eliminare i controlli alle frontiere comuni, trasferendoli alle proprie frontiere esterne. A tal fine, si adopereranno in via preliminare per armonizzare, se necessario, le disposizioni legislative e regolamentari relative ai divieti ed alle restrizioni sulle quali si basano i controlli e per adottare misure complementari per la salvaguardia della sicurezza e per impedire l'immigrazione clandestina di cittadini di Stati non membri delle Comunità europee»⁴³⁷.

Negli anni successivi e per tutto l'arco degli anni '90 gli altri Stati membri dell'Unione europea (allora Comunità Europea) aderirono alla Convenzione in forma di accordo interazionale. La Convenzione ha trovato concreta applicazione nelle azioni e negli atti del Comitato esecutivo Schengen istituito all'art. 8 della Convenzione, sulla base del metodo

dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato, *rivistaeurojus*, 3/2020; F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

⁴³³ B. NASCIBENE, Lo "spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Vol II, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 307 ss.

⁴³⁴ G. CELLAMARE, Schengen, sistema di, in *Enciclopedia del diritto Annali X*, Giuffrè, 2017, p. 841.

⁴³⁵ B. TONOLETTI, *op. cit.*, p. 61.

⁴³⁶ Accordo fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, Schengen, 14 giugno 1985, art. 7.

⁴³⁷ *Ivi*, art. 17.

intergovernativo⁴³⁸. L'adesione di nuovi Stati membri alla Convenzione era subordinata all'accertamento di alcune condizioni sostanziali da parte del Comitato esecutivo, in settori quali la realizzazione di un controllo efficace delle frontiere esterne; l'adempimento degli obblighi in materia d'asilo; l'armonizzazione della politica nazionale in materia di visti; l'esistenza di una legislazione nazionale sulla protezione dei dati personali; l'adeguamento della normativa relativa alla lotta contro il traffico di stupefacenti; e, non da ultimo, l'adeguamento delle strutture aeroportuali⁴³⁹.

Sebbene nel quadro degli accordi di Schengen il presidio dei confini esterni rimanesse prerogativa degli Stati che erano posti all'estremità del territorio così delineato, gli Accordi prima e la Convenzione poi rappresentano un primo passo verso la metamorfosi dell'idea di confine e la definizione del concetto di frontiera esterna⁴⁴⁰ che è diventata strutturante nel diritto dell'Unione: il presidio dei confini esterni degli Stati dello spazio Schengen era infatti funzionale al mantenimento della sicurezza non solo di questi ultimi ma anche del resto degli Stati parte⁴⁴¹.

In questa prospettiva, non è possibile la piena realizzazione della libera circolazione delle persone senza un effettivo controllo delle frontiere esterne, che deve essere dunque un controllo rafforzato, nella tutela degli interessi di tutte le parti coinvolte⁴⁴².

Perciò, la Convenzione di applicazione prevedeva che i confini esterni dello spazio Schengen potessero essere varcati soltanto in orari stabiliti e ai valichi di frontiera designati a tal scopo, prevedendo contemporaneamente la completa abolizione dei controlli alle frontiere interne, che potevano essere attraversate in qualunque luogo e momento senza controlli. Questa area interna a quella della allora Comunità Europea aveva dunque una architettura che prevedeva i seguenti elementi: il diritto per i cittadini di una delle parti contraenti, e gli stranieri da esse provenienti, di attraversare i confini interni senza controlli; la sottoposizione degli stranieri provenienti dall'esterno dello spazio Schengen a controlli approfonditi ai sensi della Convenzione e della legislazione nazionale; infine, un cittadino di uno degli Stati parte che attraversava la frontiera esterna per fare ingresso nello spazio era soggetto al solo controllo della sua cittadinanza⁴⁴³.

⁴³⁸ Mentre gli Stati fondatori proseguono il loro percorso di adeguamento, una cerchia di paesi esterni rispetto al nucleo originario aderisce al Sistema, firmando gli Atti di adesione ai Trattati istitutivi. In ordine cronologico, le tappe dell'allargamento sono le seguenti: Italia (27 novembre 1990), Spagna (25 giugno 1991), Portogallo (25 giugno 1991), Grecia (5 novembre 1992), Austria (28 aprile 1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (dicembre 1996). Nello stesso dicembre 1996 la Norvegia e l'Islanda, per non compromettere il regime di libera circolazione da tempo vigente con gli altri paesi Scandinavi (Nordic Passport Union), firmano con i paesi Schengen accordi di cooperazione che conferiscono loro lo status di membri associati del Sistema. Gli unici paesi della Comunità europea che non aderiscono al Sistema sono Irlanda e Gran Bretagna, ovvero paesi dove l'applicazione della Convenzione avrebbe posto non pochi problemi considerato il fatto che in entrambi le frontiere interne coincidono con quelle esterne.

⁴³⁹ O. DI MAURO, *L'evoluzione storica della politica migratoria in Europa*, in ADIR-l'altro diritto.

⁴⁴⁰ R. ZAIOTTI, *Cultures of border control. Schengen and the Evolution of European Frontiers*, The University of Chicago Press, Chicago, 2011, p. 23.

⁴⁴¹ C. SICCARDI, *op. cit.*, p. 225.

⁴⁴² Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, Schengen, 19 giugno 1990, art. 6.1.

⁴⁴³ *Ivi*; cfr. O. DI MAURO, *op. cit.*

La Convenzione armonizzava anche il regime dei visti di breve durata, lasciando invece alla legislazione nazionale la disciplina di quelli di lunga durata. Era inoltre introdotto un primo meccanismo per stabilire lo Stato membro competente alla valutazione di una richiesta di protezione internazionale presentata nel territorio dello spazio così istituito. La Convenzione è stata poi affiancata da altre misure di attuazione, in particolare il manuale pratico per le guardie di frontiera e una serie di decisioni adottate dal comitato esecutivo⁴⁴⁴.

Come accennato, nell'ambito dell'Unione l'idea di creare uno spazio di libera circolazione prese forma nel quadro di esigenze meramente economiche di libero mercato. Questa impronta era evidente nel Trattato di Roma del 1957 che istituiva la Comunità Europea, che perseguiva esplicitamente l'obiettivo di creare un mercato comune senza frontiere fisiche e giuridiche che ostacolassero la libera circolazione di merci, capitali e persone, queste ultime allo stesso modo concepite in chiave economicista e in quanto fattori produttivi: la libera circolazione era infatti prerogativa del cittadino di uno degli Stati membri che svolgesse una attività produttiva in uno stato diverso da quello di cittadinanza (cittadino-lavoratore transfrontaliero)⁴⁴⁵. In questo contesto, il mercato comune aveva la funzione di assicurare «uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano»⁴⁴⁶.

Con l'Atto unico europeo, questa impostazione ebbe uno sviluppo in senso più politico, in quanto si prevedeva per la prima volta l'obiettivo di creare un mercato interno, che «comporta uno spazio senza frontiere, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone». Tale obiettivo rimase tuttavia inattuato poiché, come sottolineato in dottrina, alcuni stati membri temevano un aumento incontrollato della immigrazione irregolare di cittadini di paesi terzi. Tuttavia, derivava dalle modifiche introdotte dall'Atto unico, la necessità di rafforzare il controllo delle frontiere esterne armonizzando le legislazioni degli Stati membri come conseguenza della prospettiva dell'abbattimento dei controlli alle frontiere interne e, per questo motivo, la reticenza degli Stati venne aggirata trasferendo il tema in ambito intergovernativo, di cui l'arena Schengen rappresenta l'esempio più compiuto⁴⁴⁷.

Tale spazio senza frontiere nel quadro del diritto dell'Unione vede la luce nel 1992 col Trattato di Maastricht che, segnando il passaggio dalla CEE alla CE ne superava le impostazioni economiciste fondando le premesse per una Europa unita, col compito di promuovere il progresso economico e sociale attraverso «la creazione di uno spazio senza frontiere interne»⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴In merito, si veda S. PEERS, D. ACOSTA ARCARAZO, K. GROENENDJIK, V. MORENO-LAX, *EU immigration and asylum law. Text and commentary*, Brill, Leida, 2011, p. 35; per una analisi più approfondita degli strumenti si vedano i paragrafi successivi.

⁴⁴⁵ Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCE), 25 marzo 1957, art. 48.

⁴⁴⁶ *Ivi*, art. 2.

⁴⁴⁷ Cfr. M. DI FILIPPO, *Il sistema comune di gestione delle frontiere elaborato dall'Unione Europea*, in *Immigrazione, diritto, diritti. Profili internazionalistici ed europei*, A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), CEDAM, Padova, 2012, pp. 136 ss. Atto unico europeo (AUE), Lussemburgo, 17 febbraio 1986, art. 8(A).

⁴⁴⁸ Trattato sull'Unione Europea (TUE), Maastricht, 7 febbraio 1992, art. b ora art. 2 TUE; il Trattato segnò il passaggio dalla Comunità economica europea alla Comunità europea, ampliando gli obiettivi e le competenze della Comunità da un campo più squisitamente economico a uno maggiormente politico.

Sebbene queste novità non incidevano in alcun modo su Schengen e sul suo funzionamento, esse introducevano diverse misure in materia di controllo delle persone alle frontiere e alla loro circolazione nel mercato interno⁴⁴⁹, competenze attribuite alla neo istituita Comunità europea, limitate tuttavia ai visti di ingresso⁴⁵⁰. Inoltre, Maastricht introdusse la cittadinanza dell'Unione, attribuendo a tutti i cittadini dell'Unione il diritto di circolare e di soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri⁴⁵¹. Il diritto o meno di fare ingresso e di circolare liberamente all'interno del territorio dell'Unione è stato l'elemento attraverso il quale si è iniziata a modulare l'idea e la necessità di presidiare in modo efficace i confini esterni di tale spazio e dunque di creare una frontiera esterna controllando l'ingresso dei cittadini di paesi terzi, sprovvisti appunto della cittadinanza dell'Unione e dunque non titolari del diritto di circolare liberamente⁴⁵².

A riprova di ciò, già nel Libro Bianco sul completamento del mercato interno la Commissione sottolineava che «le frontiere fisiche ai posti di dogana, i controlli d'immigrazione, i passaporti e la perquisizione casuale dei bagagli personali costituiscono per il cittadino comune la manifestazione più eclatante della persistente divisione della Comunità, che resta ben lontana dalla «comunità più vasta e più profonda»⁴⁵³. In effetti, i confini europei così disegnati e la loro disciplina sono il risultato del bilanciamento tra gli interessi di sicurezza della comunità e quelli di assicurare la libera circolazione di chi di quella comunità fa parte⁴⁵⁴.

Tuttavia, in questa fase, il controllo delle frontiere esterne, insieme alle materie dell'immigrazione e dell'asilo, rimaneva materia di “interesse comune”, oggetto di cooperazione interstatale e non di politica comune, in quanto rientrante nel cd terzo pilastro (cooperazione tra gli Stati membri nei settori di giustizia e affari interni), relegando dunque ancora alla sovranità dei singoli Stati la gestione della materia.

Questo assetto vede un tentativo di cambiamento col Trattato di Amsterdam nel 1997, che da un approccio volto alla cooperazione internazionale, integrò gli Accordi di Schengen nell'*acquis* comunitario. Le materie vengono così regolate attraverso una particolare forma di cooperazione rafforzata, con la quale gli Stati coinvolti iniziano a cedere, seppur minimamente, una parte della loro sovranità relativa al controllo dei propri confini⁴⁵⁵. Questo processo di acquisizione degli Accordi ha poi visto l'*acquis* affiancato da misure complementari, alcune delle quali hanno in parte modificato le disposizioni della stessa Convenzione e ne hanno aggiunto altre⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ Art. 3(D), Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE), GU NC 224/6 del 31 agosto 1992.

⁴⁵⁰ Art. 100 C, TCE.

⁴⁵¹ Artt. 8 e 8A, TCE.

⁴⁵² M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 81 ss; B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, pp. 1 ss; E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Europa allargata*, Meltemi Editore, Roma, 2007, pp. 10 ss; M. DI FILIPPO, *Il regime di libera circolazione garantito ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *op. cit.*, pp. 165 ss.

⁴⁵³ Commissione delle Comunità europee, Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo. Il completamento del mercato interno, Milano, 28-29 giugno 1985, COM(85) 310 def., p. 10.

⁴⁵⁴ M. SAVINO, La crisi dei confini, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2016, p. 740

⁴⁵⁵ B. TONOLETTI, *op. cit.*, pp. 62 ss.

⁴⁵⁶ Si veda, ad esempio, Decisione 2004/73/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi illegalmente presenti sul territorio di due o più Stati membri, GU L 261/119 del 6 agosto 2004 e Regolamento (CE) 2133/2004 del 13 dicembre 2004 che stabilisce

Parallelamente, il Trattato di Amsterdam introduceva nel diritto comunitario, incorporandole nel titolo IV del Trattato rubricato “Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione”, le materie relative al controllo delle frontiere e dell’immigrazione, creando allo stesso tempo uno “spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui fosse assicurata la libera circolazione delle persone”, spazio senza frontiere interne e delimitato da frontiere esterne⁴⁵⁷.

Come sottolineato in dottrina, da tale formulazione emergono tre elementi di innovazione: la creazione di uno spazio interno privo di frontiere interne; una dimensione politica della libera circolazione nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, valori che, d’ora in poi, compete all’Unione assicurare; infine, per la prima volta si menzionano le frontiere esterne declinate in quanto frontiera comune e non già più come “somma dei confini degli Stati”⁴⁵⁸. Su questa base, l’art. 62 TCE affermava una competenza del Consiglio ad adottare al contempo misure per garantire l’assenza di controlli sulle frontiere interne (per i cittadini europei), e quella di adottare misure riguardo l’attraversamento delle frontiere esterne. L’espressione più compiuta di questa prima tappa è rappresentata dall’adozione della prima versione del Codice frontiere Schengen, la cui disciplina sarà l’oggetto del prossimo paragrafo.

Nel 2009, il Trattato di Lisbona dà una spinta ulteriore all’integrazione della materia delle frontiere e del loro controllo, nonché dell’asilo, immigrazione e circolazione delle persone all’interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁴⁵⁹, affermandone e sviluppandone l’autonomia concettuale in quanto politica a sé stante, nonché più generalmente, fondando l’Unione europea.

La materia diventa così una politica *comune* (corsivo aggiunto) e così ricondotta all’interno del Titolo V, rubricato appunto “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, la cui norma di apertura (art. 67) recita che l’Unione «garantisce che non vi siano controlli sulle persone alle frontiere interne e sviluppa una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi».

l’obbligo, per le autorità competenti degli Stati membri, di procedere all’apposizione sistematica di timbri sui documenti di viaggio dei cittadini di paesi terzi al momento dell’attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e che modifica a tal fine le disposizioni della convenzione di applicazione dell’accordo di Schengen e del manuale comune, GU L 369/5 del 16 dicembre 2004. Quest’ultimo includeva due nuove norme nella Convenzione di Schengen (Artt. 6a e 6b) e modificava l’art. 6(2)(e) della Convenzione.

⁴⁵⁷ Trattato di Amsterdam che modifica il trattato sull’Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, Amsterdam, 2 ottobre 1997, GU 340/01 del 10 novembre 1997, in particolare, art. 2 TCE, art 14 TCE e art. 61 TCE.

⁴⁵⁸ A. TIZZANO, *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 50 ss; M. DI FILIPPO, *Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI, *op. cit.*, pp. 127 ss.

⁴⁵⁹ M. D’AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1 ss; B. NASCIBENE, A. LANG, *Il Trattato di Lisbona: l’Unione europea ad una svolta?*, in forumcostituzionale.it, 2007; si veda anche K. HAILBRONNER, D. THYM (a cura di), *EU immigration and asylum law. A commentary*, Brill, Leida, 2016, pp. 7 ss. Sull’evoluzione del diritto di asilo col Trattato di Lisbona, si veda *ex multis*, E. BENEDETTI, *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, CEDAM, Padova, 2010; C. FAVILLI, *Il trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2010; Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, Lisbona, 13 dicembre 2007, GU C 306/1 del 17 dicembre 2007.

Il Capo II del Titolo V reca menzione delle “Politiche relative ai controlli alle frontiere, asilo e immigrazione”, dagli artt. 77 all’80. Riguardo al tema del controllo delle frontiere, l’art. 77 ne rappresenta la base giuridica. La disposizione titola infatti “Politica di controllo delle frontiere” e prevede che l’Unione sviluppa una politica in materia con l’obiettivo di: assicurare l’assenza di qualsiasi controllo sulle persone all’attraversamento delle frontiere interne; lo svolgimento di controlli sulle persone all’attraversamento delle frontiere esterne; l’introduzione graduale di un sistema di gestione integrato per il monitoraggio delle frontiere esterne. Spetta così al Parlamento europeo e al Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, l’adozione di norme in materia di politica comune sui visti di breve durata, sui controlli ai quali sono sottoposte le persone all’attraversamento delle frontiere esterne, sulle condizioni secondo le quali i cittadini di paesi terzi possono circolare liberamente nell’Unione per un breve periodo, sull’assenza di controlli sulle persone alle frontiere interne, e sulla progressiva istituzione di un sistema di gestione integrato delle frontiere esterne⁴⁶⁰. Inoltre, l’art. 78 prevede che l’Unione sviluppa norme comuni in tema di uno status uniforme di asilo e di protezione sussidiaria, procedure relative all’ottenimento e alla perdita dello status, nonché di accoglienza dei richiedenti asilo e protezione sussidiaria⁴⁶¹.

È bene precisare che l’art. 67 TFUE individua come limite cardine alla realizzazione dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia il rispetto dei diritti fondamentali, sulla base del carattere vincolante assunto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proprio in occasione dell’adozione del Trattato di Lisbona⁴⁶².

Come è stato osservato in dottrina⁴⁶³, la produzione normativa relativa all’art. 77 TFUE si è caratterizzata per la netta prevalenza dello strumento del regolamento a scapito della direttiva, che parrebbe implicare una volontà di rendere la materia quanto più uniforme tra gli Stati membri. Il codice frontiere Schengen ne rappresenta uno degli esempi più compiuti e verrà analizzato nel prossimo paragrafo.

3. Il Codice frontiere Schengen: per una definizione del concetto di frontiera esterna, valichi di frontiera e controlli di frontiera

Il processo di integrazione degli Accordi di Schengen nel diritto dell’Unione si è concluso nel 2006, quando la totalità delle misure e delle norme relative al controllo delle frontiere sono

⁴⁶⁰ Art. 77 Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), 13 dicembre 2007, GU C326/49 del 26 ottobre 2012.

⁴⁶¹ L’art. 79, infine, attribuisce all’Unione la competenza ad adottare misure in materia di visti e titoli di soggiorno di lunga durata.

⁴⁶² Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, GU C 364/1 del 18 dicembre 2000; G. VETTORI, La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in *I diritti fondamentali in Europa*, E. PACIOTTA (a cura di), Viella, Roma, 2001, pp. 41 ss; M. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001; G.F. Ferrari, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001. Ai sensi dell’art. 6(1) TUE «L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati».

⁴⁶³ S. PEERS, E. GUILD, J. TOMKIN, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Brill, Leida, 2012, in particolare il Vol. 1, Visas and Border Controls, pp. 33 ss.

state modificate e integrate nella prima versione del Regolamento Codice frontiere Schengen (CFS d'ora in avanti)⁴⁶⁴. Nella fattispecie, il Codice frontiere Schengen ha abrogato la Convenzione di Schengen, tre decisioni del Comitato esecutivo, il manuale pratico per le guardie di frontiera e la legislazione UE sui timbri sui documenti e il potere di modificare il manuale comune⁴⁶⁵. È bene precisare che il Codice conferisce alla Commissione il potere di adottare misure di implementazione, sotto forma di atti delegati dal Parlamento alla Commissione, procedura introdotta col Trattato di Lisbona nel 2009⁴⁶⁶.

Il Codice frontiere Schengen è stato infatti modificato e integrato in diverse occasioni, modifiche raccolte poi nella versione attualmente vigente "consolidata" del 2016. Verranno dunque esposte le norme relative a quest'ultima versione, attualmente vigente.

Il Preambolo del regolamento ne chiarisce immediatamente gli obiettivi, che ricalcano sostanzialmente quelli dell'Accordo e della Convenzione di Schengen: il CFS è infatti funzionale all'adozione di misure e norme applicabili all'attraversamento delle frontiere, volte a garantire che non vi siano controlli alla circolazione all'interno dello spazio Schengen e all'attraversamento delle frontiere interne, attraverso la creazione di uno spazio di libera circolazione. Per realizzare tale obiettivo, il regolamento specifica che è necessario adottare politiche comuni in materia di attraversamento delle frontiere esterne, il cui controllo è, come per i precedenti Accordi di Schengen e la relativa Convenzione, nell'interesse sia dello Stato cui appartengono tali frontiere che del resto degli Stati che hanno abolito il controllo alle loro frontiere comuni/interne⁴⁶⁷.

L'art. 3 chiarisce il campo di applicazione del CFS, che si estende a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne, con due importanti clausole di salvaguardia dei diritti sia dei beneficiari del diritto alla libera circolazione che dei diritti dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale e del divieto di respingimento. Inoltre, l'art. 4 sancisce che l'applicazione del regolamento deve avvenire nel pieno rispetto del diritto dell'Unione, inclusa

⁴⁶⁴ Cfr. Ivi, p. 36. Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen, CFS), (codificazione), GU L 77/1 del 23 marzo 2016.

Attualmente, lo spazio Schengen comprende 26 paesi, 22 dei quali sono anche parte dell'Unione europea.

⁴⁶⁵ Il Regolamento così formulato ha anche lo scopo di raccogliere tutte le norme e le disposizioni di questi strumenti che sono vincolanti. Il codice frontiere Schengen è parte della politica europea in materia di controllo e gestione delle frontiere esterne, di cui fanno parte anche il Sistema di informazione Schengen (SIS), Il manuale pratico per le guardie di frontiera (Raccomandazione della Commissione che istituisce un "manuale pratico per le guardie di frontiera" comune, ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera sulle persone, e che sostituisce la raccomandazione C(2006) 5186 della Commissione del 6 novembre 2006, C(2019) 7131, del 9 ottobre 2019, d'ora in avanti manuale pratico per le guardie di frontiera), il Regolamento relativo alla guardia di frontiera e costiera europea (nella sua ultima versione, Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, GU L 295/1 del 14 dicembre 2019), e, non da ultimo, le regole relative ai vettori, di cui si parlerà in seguito. Sull'evoluzione del Regolamento "Frontex", si veda D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, SidiBlog, 6 dicembre 2019.

⁴⁶⁶ K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, pp. 20 ss.

⁴⁶⁷ CFS, Preamboli 5 e 6.

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato, nonché in generale dei diritti fondamentali e del principio di *non-refoulement*⁴⁶⁸.

L'art. 2 elenca una serie di definizioni, delle quali le più rilevanti per la nostra analisi sono quelle di frontiere interne ed esterne. Le prime sono definite come «le frontiere terrestri comuni, comprese le frontiere fluviali e lacustri, degli Stati membri; gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni; i porti marittimi, fluviali e lacustri degli Stati membri per i collegamenti regolari interni effettuati da traghetti».

Le frontiere esterne sono definite *sic et simpliciter* negativamente, come “tutto ciò che non è frontiera interna”, ovvero, come «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»⁴⁶⁹. Di rilievo per la presente analisi è anche la definizione di “volo interno”. Infatti, la frontiera interna è costituita anche da “gli aeroporti degli Stati membri adibiti ai voli interni” e così un volo interno è «qualunque volo in provenienza esclusiva dai territori degli Stati membri o con destinazione esclusiva verso di essi, senza atterraggio sul territorio di un paese terzo»⁴⁷⁰. Sulla base della definizione a negativo della frontiera interna, è dunque possibile affermare che un aeroporto costituirà una frontiera esterna quando riceve voli che hanno atterrato o provengono da paesi terzi⁴⁷¹.

Il Titolo II, capo I, del regolamento disciplina l'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne, prevedendo che «le frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti»⁴⁷², ed è responsabilità dello Stato membro di comunicare alla Commissione la lista di valichi di frontiera presso i quali è autorizzato l'attraversamento della frontiera esterna⁴⁷³. Il concetto di valico di frontiera rimane tuttavia alquanto vago, in quanto il CFS ne fornisce una definizione funzionale ma non sostanziale, essendo definito come «ogni valico autorizzato dalle autorità competenti per il passaggio delle frontiere esterne»⁴⁷⁴.

Ai valichi di frontiera le autorità statali sono tenute a svolgere attività di presidio delle frontiere esterne e di verifica della titolarità dei requisiti per il loro attraversamento, attraverso

⁴⁶⁸ Il diritto di asilo e il rispetto della Convenzione di Ginevra del 1951 sono sanciti dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali della UE, che a sua volta rimanda all'art. 78 TFUE, che dispone che la politica comune in materia di asilo e protezione internazionale «deve essere conforme alla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e al protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo status dei rifugiati, e agli altri trattati pertinenti».

⁴⁶⁹ Art. 2 CFS.

⁴⁷⁰ Art. 2(2) CFS.

⁴⁷¹ Nel diritto dell'Unione, e sulla base delle disposizioni del CFS, esiste uno strumento recante una definizione di zona di frontiera. Tale strumento è il Regolamento (CE) n. 1931/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che stabilisce norme sul traffico frontaliero locale alle frontiere terrestri esterne degli Stati membri e che modifica le disposizioni della convenzione Schengen, che attiene, appunto, al traffico frontaliero locale, GU L 29/3 del 3 febbraio 2007. L'art. 3(2) del Regolamento definisce la zona di frontiera come «la zona che si estende per non più di 30 chilometri oltre la frontiera. Gli Stati interessati precisano nei loro accordi bilaterali di cui all'art. 13, i distretti amministrativi locali da considerarsi come zona di frontiera. La porzione di distretto che si situi a più di 30 chilometri - ma non oltre i 50 - dalla linea di frontiera è da considerarsi parte della zona di frontiera». Dal titolo del Regolamento si evince, tuttavia, che tale definizione è relativa alle zone di frontiera terrestri, e dunque rileva poco ai fini del nostro lavoro.

⁴⁷² Art. 5.1. Gli Stati membri devono notificare l'elenco dei loro valichi di frontiera (art. 5.2).

⁴⁷³ Art. 39(1)(b).

⁴⁷⁴ Art. 2(8). Secondo una parte della dottrina, se uno Stato membro non notifica alla Commissione uno dei valichi di frontiera, allora le regole e le norme ad essi relativi non si applicheranno a quest'ultimo, cfr. S. PEERS, E. GUILD., *op. cit.*, p. 35.

i controlli di frontiera che sono definiti come «l'attività svolta alla frontiera, in conformità e per gli effetti del presente regolamento, in risposta esclusivamente all'intenzione di attraversare la frontiera o al suo effettivo attraversamento e indipendentemente da qualunque altra ragione, e che consiste in verifiche di frontiera e nella sorveglianza di frontiera»⁴⁷⁵.

A loro volta, le verifiche di frontiera sono «le verifiche effettuate ai valichi di frontiera al fine di accertare che le persone, compresi i loro mezzi di trasporto e gli oggetti in loro possesso, possano essere autorizzati ad entrare nel territorio degli Stati membri o autorizzati a lasciarlo», mentre la sorveglianza di frontiera è «la sorveglianza delle frontiere tra i valichi di frontiera e la sorveglianza dei valichi di frontiera al di fuori degli orari di apertura stabiliti, allo scopo di evitare che le persone eludano le verifiche di frontiera»⁴⁷⁶.

3.1. segue... le verifiche di frontiera e la sorveglianza di frontiera

L'art. 7 CFS impone alle guardie di frontiera di esercitare il loro potere all'atto della verifica nel pieno rispetto della dignità umana e senza discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Questo elemento è ulteriormente articolato nel manuale pratico per le guardie di frontiera, che impone il rispetto, oltre degli elementi già citati, della CEDU e del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁴⁷⁷. Il Regolamento e il manuale pratico per le guardie di frontiera impongono anche il rispetto del principio di proporzionalità, sancendo che le misure prese ai fini di verifica devono attenersi allo scopo della verifica stessa. Inoltre, il manuale chiarisce che tutti i viaggiatori e i soggetti che attraversano la frontiera esterna e sono sottoposti a verifiche hanno il diritto di essere informati e di essere trattati in modo professionale e nel rispetto della dignità umana⁴⁷⁸.

L'art. 8 del Codice frontiere Schengen dispone che chiunque attraversi la frontiera esterna deve essere sottoposto a una verifica minima, anche detta “di prima linea”, che è la regola per i titolari del diritto alla libera circolazione, e consiste nel «semplice e rapido accertamento della validità del documento che consente al legittimo titolare di attraversare la frontiera e della presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione, se del caso servendosi di dispositivi tecnici e consultando nelle pertinenti banche dati le informazioni relative esclusivamente ai documenti rubati, altrimenti sottratti, smarriti o invalidati».

⁴⁷⁵ Art. 2(8).

⁴⁷⁶ Art. 2(10)(11).

⁴⁷⁷ Manuale pratico per le guardie di frontiera, cit. para 1.3.; l'osservanza della CEDU è d'altronde menzionata nell'art. 6(3) TUE, che dispone che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Sulla questione del rapporto tra CEDU e diritto della UE, si veda G. VETTORI, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁴⁷⁸ *Ivi*. In *Mohamad Zakaria*, sentenza 17 gennaio 2013, causa C-23/12, EU:C:2013:24 la Corte ha negato che il cittadino di paese terzo possa avvalersi di mezzi di ricorso per il modo in cui le verifiche sono state eseguite. In particolare, la Corte ha negato che eventuali doglianze relative al mancato rispetto della dignità umana nel corso dello svolgimento dei controlli possa essere oggetto di ricorso giurisdizionale al pari del provvedimento eventuale di respingimento alla frontiera. Si veda, S. ROSSI, *Codice Schengen e ingresso nella Ue: le vie di ricorso non sono infinite*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013, pp. 626 ss.

Diversamente, i cittadini di paesi terzi sono sempre sottoposti a verifiche approfondite, c.d. di “seconda linea”, all’attraversamento delle frontiere esterne, sia in ingresso che in uscita, a norma del paragrafo 3 dello stesso articolo. Tale verifica è svolta in un luogo “diverso” da quello delle verifiche in prima linea, e consiste primariamente nella ricognizione della titolarità delle condizioni di ingresso (di cui si parlerà in seguito).

In particolare, gli elementi oggetto di verifica approfondita sono: 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. Se il cittadino di paese terzo è titolare di un visto, la verifica comprenderà anche la consultazione della banca dati VIS⁴⁷⁹, per accertare sia l’identità della persona che l’autenticità del suo visto. Il paragrafo 5 della disposizione prevede il diritto per i cittadini di paesi terzi di essere informati per iscritto, in una lingua da loro comprensibile, sull’obiettivo della verifica cui sono sottoposti.

Infine, il CFS specifica che, ove siano disponibili e se il soggetto lo richiede, le verifiche di seconda linea possono essere effettuate presso un luogo non accessibile al pubblico⁴⁸⁰. Nell’ambito delle verifiche di frontiera, è imprescindibile menzionare il ruolo di SIS (Schengen Information system) e di VIS (Visa Information System), entrambi database che le guardie di frontiera possono consultare ai fini delle verifiche del possesso dei requisiti di ingresso. In particolare, il Regolamento VIS, il cui *database* è operativo dal 2011, menziona esplicitamente la possibilità che il esso sia consultato ai fini di controllo delle frontiere esterne ai sensi del Codice frontiere Schengen⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 concernente il sistema di informazione visti e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, GU L 218/60 del 13 agosto 2008 (regolamento VIS). Il Regolamento istituisce il sistema di informazione visti (VIS) e stabilisce le procedure e le condizioni per lo scambio dei dati sui visti per quanto riguarda le domande di soggiorno di breve durata tra l’Unione europea (Unione) e gli Stati membri dell’Unione che hanno sottoscritto l’accordo e la convenzione di Schengen.

⁴⁸⁰ Art. 8(4).

⁴⁸¹ K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 58. Cfr. G. CAGGIANO, Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent’anni dal Consiglio europeo di Tampere*, A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), Napoli, 2020; E. BROWER, *Digital Borders and Real Right. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Brill, Leida,

Diversamente dal controllo dei requisiti di ingresso effettuati nell'ambito delle verifiche di frontiera, la sorveglianza di frontiera è disciplinata all'art. 13 e ha lo scopo, per ciò che concerne il tema del nostro lavoro, di impedire l'attraversamento non autorizzato della frontiera esterna⁴⁸², ovvero il suo attraversamento al di fuori dei valichi di frontiera designati a tal scopo e degli orari stabiliti.

Riguardo i soggetti autorizzati a svolgere tali attività di controllo e presidio delle frontiere esterne, il Regolamento menziona genericamente le "guardie di frontiera", definite come «il pubblico ufficiale assegnato, conformemente alla legislazione nazionale, ad un valico di frontiera oppure lungo la frontiera o nelle immediate vicinanze di quest'ultima, che assolve, in conformità del presente regolamento e della legislazione nazionale, compiti di controllo di frontiera»⁴⁸³.

A norma dell'art. 16 del Regolamento, gli Stati membri devono assicurare che queste siano adeguatamente formate e specializzate rispetto al compito che eseguono. In particolare, la disposizione menziona esplicitamente la necessità che queste siano preparate a gestire situazioni che coinvolgono soggetti vulnerabili, quali i minori non accompagnati e le persone soggette a tratta di esseri umani. La genericità e aspecificità della formulazione è stata accolta favorevolmente dalla dottrina, in quanto permetterebbe di estendere il dovere di rispetto delle norme del CFS a qualsivoglia autorità deputata all'adempimento delle azioni in questione⁴⁸⁴.

3.2. La Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001 che integra le disposizioni dell'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985

Il sistema Schengen prevede che alcune funzioni inerenti al controllo dei requisiti di ingresso, così come al respingimento alla frontiera che segue il rifiuto di ingresso, siano responsabilità anche di soggetti privati, ovvero i vettori che hanno trasportato il cittadino di paese terzo sino alla frontiera esterna. Il ruolo e le responsabilità dei vettori erano dapprima disciplinate al Capitolo VI (Misure di accompagnamento), art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen. La norma impone obblighi e sanzioni nei confronti dei vettori che abbiano trasportato un cittadino di paese terzo ove a questo venga rifiutato l'ingresso nell'area Schengen.

2008, pp. 47 ss; P. HANKE, D. VITIELLO, High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability", in *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, E. CARPANELLI, N. LAZZERINI, (a cura di), Springer, Berlino, 2019, p. 3 e p. 11 ss; A. MELONI, EU Visa and Border Control Policies: What Roles for Security and Reciprocity?, in *Foreigners, Refugees or Minorities? Rethinking People in the Context of Border Controls and Visas*, in D. BIGO, E. GUILD, S. CARRERA (a cura di), Ashgate, Londra, 2013.

⁴⁸² Altro scopo a norma dell'art. è quello della lotta contro la criminalità transfrontaliera e adottare misure contro le persone entrate irregolarmente. La norma dispone che, quando una persona è fermata successivamente all'attraversamento irregolare della frontiera, essa sarà sottoposta alle procedure della direttiva 2008/115 (Direttiva rimpatri, si veda *infra*). In base all'art. 72 TFUE, la sorveglianza di frontiera rientra tra i poteri statali di *law enforcement*.

⁴⁸³ Art. 2(14).

⁴⁸⁴ S. PEERS, E. GUILD, cit., pp. 40 ss; Come per l'elenco dei valichi di frontiera, così per le guardie di frontiera, lo Stato membro deve notificare alla Commissione l'elenco delle autorità che esso designa a tal scopo.

Nella fattispecie, la disposizione prevede che, fatti salvi gli obblighi derivanti dal rispetto della Convenzione del 1951 sullo status di rifugiato e il relativo protocollo, il vettore che ha condotto lo straniero alla frontiera deve: a) prenderlo in carico e ricondurlo nel paese terzo dal quale è stato trasportato, nel paese terzo che ha rilasciato il documento di viaggio in suo possesso durante il viaggio o in qualsiasi altro paese terzo in cui sia garantita la sua ammissione, b) adottare ogni misura necessaria per accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima sia in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nei territori delle Parti contraenti. L'art. 26(2) impone poi agli Stati l'adozione di sanzioni nei confronti di vettori che trasportino cittadini di paesi terzi irregolari.

Nell'attuale versione del CFS, il ruolo del vettore è menzionato all'allegato V, parte A, che reca le modalità di respingimento alla frontiera⁴⁸⁵, e prevede che, ove il cittadino di paese terzo al quale è stato rifiutato l'ingresso sia stato trasportato alla frontiera da un vettore, le autorità ordinano a quest'ultimo di prenderlo in carico e ricondurlo immediatamente nel paese terzo dal quale è stato trasportato, o nel paese terzo che ha rilasciato il documento che consente di attraversare la frontiera o in qualsiasi altro paese terzo in cui sia garantita la sua ammissione, oppure di trovare il modo per ricondurlo.

Nel quadro dell'attuazione dell'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen è stata concepita la Direttiva 2001/51/CE, che impone l'adozione delle misure necessarie per garantire l'effettiva applicazione dell'art. 26 quando si verificano degli impedimenti a tale adempimento, e in particolare quando il vettore che avrebbe dovuto trasportare il cittadino di paese terzo nel paese di destinazione rifiuta di imbarcarlo, o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso, o ancora, lo abbiano rinvio nello Stato membro attraverso il quale è transitato⁴⁸⁶.

In linea con le citate disposizioni della Convenzione di Chicago del 1944, Annesso 9, la direttiva prevede che, qualora si verifichi un rifiuto di ingresso, il vettore deve immediatamente ricondurre il cittadino di paese terzo a proprie spese o, qualora non fosse possibile attuare immediatamente l'allontanamento, prendere in carico lo straniero a proprie spese⁴⁸⁷. L'art. 4 prevede poi delle sanzioni pecuniarie in caso di inadempimento da parte del vettore⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Ai sensi dell'art. 2(15) del CFS, un vettore è "ogni persona fisica o giuridica che trasporta persone a titolo professionale".

⁴⁸⁶ Direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'articolo 26 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, GU 187/45 del 10 luglio 2001, art. 2.

⁴⁸⁷ Art. 3.

⁴⁸⁸ La direttiva prevede che a) l'importo massimo delle sanzioni pecuniarie applicabili non sia inferiore a 5000 EUR o l'equivalente in valuta nazionale al tasso di cambio pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 10 agosto 2001 per persona trasportata; oppure b) l'importo minimo di tali sanzioni non sia inferiore a 3000 EUR o l'equivalente in valuta nazionale al tasso di cambio pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 10 agosto 2001 per persona trasportata; oppure c) l'importo massimo della sanzione applicata forfettariamente a ciascuna infrazione non sia inferiore a 500 000 EUR o l'equivalente in valuta nazionale al tasso di cambio pubblicato nella Gazzetta ufficiale il 10 agosto 2001, a prescindere dal numero di persone trasportate. Procedure di infrazione sono state avviate nei confronti della Polonia per non aver implementato tale direttiva, si veda S. PEERS ET AL, *op. cit.*, p. 371; per una più generale analisi della legislazione sui vettori e la sua compatibilità col principio di non-refoulement nella fase antecedente l'arrivo sul territorio (rifiuto di imbarco nel paese di origine, V. MORENO-LAX, Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees, in *European Journal of Migration and Law*, 10/3, 2008, pp. 315 ss. Per un inquadramento generale della questione, V. GUIRAUDON, G. LAHAV, A reappraisal of the State sovereignty debate. The case of Migration Control, in *Comparative Political Studies*, 3, 2000, pp. 163 ss; M.

La direttiva va letta congiuntamente ad un altro strumento, la direttiva 2004/82/CE, concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, e che impone ai vettori la trasmissione di alcuni dati relativi ai passeggeri da loro trasportati alle autorità dello Stato membro, quali il numero e il tipo di documento di viaggio utilizzato, la cittadinanza, il nome completo, la data di nascita, il valico di frontiera di ingresso nel territorio degli Stati membri, il numero del trasporto, l'ora di partenza e di arrivo del mezzo di trasporto, il numero complessivo di passeggeri trasportati con tale mezzo, il primo punto di imbarco⁴⁸⁹. Similmente alla direttiva 2001/51, lo strumento impone delle sanzioni pecuniarie in caso di non comunicazione dei suddetti dati, che devono in ogni caso essere cancellati entro le 24 ore successive.

Sebbene l'art. 4(2) della direttiva 2001/51 disponga che l'imposizione di sanzioni avviene senza pregiudizio in caso di richiesta di protezione internazionale da parte di un cittadino di paese terzo, è opportuno osservare che essa non esime esplicitamente i vettori dalla sanzione nei casi di richiedenti protezione, circostanza fortemente criticata dalla dottrina, in quanto porrebbe gli Stati membri potenzialmente ad infrangere strutturalmente i loro obblighi relativi, soprattutto, al rispetto del principio di *non-refoulement*⁴⁹⁰. D'altro canto, le procedure di verifica dei requisiti di ingresso nel contesto delle frontiere aeree e marittime, sono sottoposte alle rilevanti disposizioni del CFS già esaminate in questa sede, che contengono espressa menzione degli obblighi di rispetto dei diritti dei richiedenti asilo e del principio di *non-refoulement*. È tuttavia opportuno osservare che le rilevanti norme del CFS incombono sulle guardie di frontiera e non si indirizzano ai vettori privati, che potrebbero dunque molto probabilmente ignorarne l'esistenza o non garantirne l'applicazione, in assenza di norme precise che li riguardano⁴⁹¹.

La partecipazione indiretta dei vettori privati nelle attività di gestione dei flussi migratori insieme alle sanzioni loro imposte in caso di inadempienza complicano dunque il quadro giuridico relativo alle frontiere esterne e all'ingresso sul territorio dei cittadini di paesi terzi.

3.3. Il ruolo di Frontex nella gestione delle frontiere esterne della UE

La gestione delle frontiere esterne, come accennato, rappresenta una delle prerogative della UE, che condivide con i suoi Stati membri tale compito. A tal fine, l'Unione si è dotata di un sistema integrato di cooperazione amministrativa e di gestione delle frontiere esterne nel quale un ruolo di primaria importanza è rivestito dall'Agenzia europea della guardia di frontiera e

CESARZ, Carriers' liability in the European Union in the era of migration and the refugee crisis, in *Pogranicze. Polish Borderlands Studies*, 7/1, 2019, pp. 7 ss; T. BLOOM, V. RISSE, Examining hidden coercion at state borders: Why carrier sanctions cannot be justified, in *Ethnic and Global Politics*, 7/2, 2014, pp. 65 ss; S. COLLINSON, Visa requirements, carrier sanctions, "safe third countries" and "readmission": the development of an asylum "buffer zone" in Europe, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 21/1, 1994, pp. 76 ss; in tal senso, si noti come la previsione di sanzioni in tal contesto si pone in discontinuità con la citata Convenzione di Chicago del 1944, Annesso 9, che invece suggerisce agli Stati di evitare sanzioni pecuniarie se non in casi particolari e ove vi sia una chiara responsabilità del vettore.

⁴⁸⁹ Art. 3 Direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate.

⁴⁹⁰ S. PEERS D. ACOSTA, cit. p. 375.

⁴⁹¹ *Ivi*, p. 360.

costiera europea, ovvero, Frontex⁴⁹², nonché dal ricorso all'utilizzo di diversi sistemi informatici nel monitoraggio degli ingressi e delle uscite dall'area Schengen. Sebbene non sia centrale al tema del lavoro, è utile dare in ogni caso conto del ruolo di Frontex in tale gestione, così come in relazione al caso più specifico delle frontiere aeree.

L'Agenzia collabora a livello amministrativo insieme alle autorità degli Stati membri nella gestione e nel presidio di tali frontiere esterne, e fu dapprima istituita nel 2004. L'ultima tappa della sua evoluzione risale al 2019, anno in cui l'Agenzia si dota di un corpo di polizia di frontiera con una struttura quasi federale che opera in stretto coordinamento con le autorità nazionali e viene dotata di poteri esecutivi⁴⁹³.

Frontex condivide con gli Stati membri diverse prerogative nell'ambito del presidio delle frontiere esterne e del controllo dei flussi migratori in entrata, che si concretizzano nei seguenti elementi: controlli di frontiera; operazioni di ricerca e soccorso; analisi dei rischi per la sicurezza interna e analisi delle minacce che possono pregiudicare il funzionamento o la sicurezza delle frontiere esterne; scambio di informazioni e cooperazione con e tra gli Stati membri; cooperazione tra le autorità nazionali di ciascuno Stato membro responsabili del controllo di frontiera o di altri compiti svolti alle frontiere e tra le autorità responsabili del rimpatrio di ciascuno Stato membro; cooperazione tra le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie competenti dell'Unione nei settori contemplati dal presente regolamento, anche tramite lo scambio regolare di informazioni; cooperazione con i paesi terzi nei settori contemplati dal regolamento istitutivo; misure tecniche e operative nello spazio Schengen connesse al controllo di frontiera e destinate ad affrontare l'immigrazione illegale e a combattere la criminalità transfrontaliera; il rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggetti a decisioni di rimpatrio adottate da uno Stato membro; l'uso di tecnologie avanzate, compresi sistemi d'informazione su larga scala; un meccanismo di controllo della qualità, in particolare il meccanismo di valutazione Schengen, la valutazione delle vulnerabilità ed eventuali meccanismi nazionali, per garantire l'applicazione del diritto dell'Unione nel settore della gestione delle frontiere; meccanismi di solidarietà, in particolare gli strumenti di finanziamento dell'Unione⁴⁹⁴.

⁴⁹² Frontex, l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, è stata fondata nel 2004 per assistere gli Stati membri dell'UE e i paesi associati Schengen nella protezione delle frontiere esterne dello spazio di libera circolazione dell'UE. In quanto Agenzia dell'UE, Frontex è finanziata dal bilancio dell'Unione e dai contributi dei paesi associati Schengen. Entro il 2020 l'Agenzia avrà alle proprie dipendenze circa 1 000 funzionari, di cui quasi un quarto sarà distaccato dagli Stati membri e ritornerà al servizio nazionale di origine dopo aver terminato il mandato presso Frontex. Nel 2016 l'Agenzia è stata ampliata e potenziata per diventare l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, il suo ruolo è stato esteso dal controllo della migrazione alla gestione delle frontiere e le sono state affidate maggiori responsabilità nella lotta alla criminalità transfrontaliera. Frontex è ormai riconosciuta come una delle pietre angolari dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE. Anche i servizi di ricerca e di salvataggio sono diventati ufficialmente parte integrante del suo mandato ogniqualvolta si verificano circostanze di questo tipo nel contesto della sorveglianza delle frontiere marittime; cfr. G. CAMPESI, *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, DeriveApprodi, Roma, 2015, pp. 10 ss; H. EKELUND, The establishment of FRONTEX: A new institutionalist approach, in *Journal of European Integration*, 2013, pp. 99 ss; A.W. NEAL, Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX, in *Journal of Common Market Studies*, 47/2, pp. 333 ss; A.M. SARANTAKI, *Frontex and the Rising of a New Border Control Culture in Europe*, Routledge, Londra, 2023, pp. 70 ss; R. MUNGIAU, *Frontex and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 15 ss.

⁴⁹³ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2020, p. 4.

⁴⁹⁴ Art. 3, Regolamento 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre 2019 relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624, GU L 295/1 del 14 novembre 2019.

Il ruolo di Frontex è principalmente quello di fornire sostegno tecnico nel controllo della frontiera esterna nonché di valutarne le vulnerabilità e i rischi, e va rafforzandosi nel tempo, tanto che si è parlato di “braccio operativo” degli Stati membri⁴⁹⁵. Per ciò che ci riguarda, due sono le aree di maggiore interesse ai fini della nostra analisi: la gestione dei rimpatri e il mandato dell’Agenzia sulla gestione dei sistemi informatici di monitoraggio delle frontiere esterne.

Quanto al primo, e dunque alla gestione centralizzata delle frontiere esterne, è previsto che il personale di Frontex impiegato nelle squadre del corpo permanente della Guardia di frontiera e costiera europea gode delle stesse prerogative attribuite alle autorità statali nell’esecuzione dei rimpatri e nell’identificazione delle persone. In particolare, il personale di Frontex può adottare un provvedimento di respingimento immediato ex art. 14 CFS, può occuparsi della verifica dell’identità e della cittadinanza delle persone, attraverso la consultazione delle pertinenti banche dati nazionali e dell’UE, e può inoltre autorizzare l’ingresso sul territorio nelle more della verifica effettuata ai valichi di frontiera, quando siano preliminarmente soddisfatte le condizioni ex art. 6 CFS.

Ciò è sancito dall’art. 82(1) del Regolamento 1896/2019/UE, che attribuisce al personale del corpo permanente della Guardia di frontiera e costiera europea le competenze per svolgere i compiti di controllo della frontiera e delle procedure di rimpatrio e tutte le competenze previste ai sensi della direttiva rimpatri e del CFS⁴⁹⁶.

Quanto ai sistemi informatici e alla loro partecipazione nella gestione della frontiera esterna, il loro ruolo è intimamente connesso anche alla questione dei vettori e all’esternalizzazione del controllo dei flussi in ingresso nei paesi di origine e di provenienza dei cittadini di paesi terzi.

Ciò si concretizza nell’impedimento della partenza del cittadino di paese terzo e dunque nel prevenirne l’arrivo sul territorio. Tale azione prevede il coordinamento tra le tre principali banche dati centralizzate istituite in ambito europeo: VIS, EURODAC e SIS, che sono così coordinate dall’attività gestionale dell’Agenzia EU-Lisa. Le banche dati raccolgono i dati personali di tutti i cittadini di paesi terzi che sono entrati in contatto con l’Unione, e, attraverso la loro interoperabilità, gli Stati membri riescono a monitorare i flussi in ingresso sui loro territori. L’obiettivo, come spiegato, è quello di impedire la partenza e dunque il viaggio del cittadino di paese terzo, inibendo quindi l’ingresso sul territorio ancor prima che egli tenti di raggiungerlo⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ A. AMMIRATI ET AL, *op. cit.*, p. 72.

⁴⁹⁶ Cfr. A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero e controlli alle frontiere interne e esterne nel diritto dell’UE*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2020, p. 31.

⁴⁹⁷ Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 novembre 2017 che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e di uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di Paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen e i Regolamenti 767/2008/CE e 1077/2011/UE, in GU L 327 del 9 dicembre 2017, p. 20. In merito alle problematiche afferenti alla tutela dei diritti fondamentali, incluso il diritto alla riservatezza e il divieto di discriminazioni, associati al proliferare dei sistemi di informazione finalizzati al contrasto dell’immigrazione irregolare si vedano G. CAGGIANO, *Interoperabilità delle banche-dati dell’UE sui cittadini degli Stati terzi*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2020, p. 172; E. BROUWER, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, 26/1, 2020, p. 71 ss.

3.4. I valichi di frontiera aeroportuali

Si è precedentemente detto che la frontiera esterna è costituita anche dalle frontiere aeroportuali, ove gli Stati membri ricevano voli provenienti da paesi terzi, e che dunque i valichi di frontiera attraverso i quali avviene l'attraversamento delle frontiere esterne ai sensi del CFS, possono essere anche dei valichi di frontiera aeroportuali.

È infatti in questo modo che una frontiera aeroportuale diventa una frontiera esterna, ovvero, quando riceve voli da paesi terzi e dunque le autorità sono tenute a procedere con le verifiche approfondite sui cittadini di paesi terzi in entrata nel territorio Schengen.

A tal proposito, il CFS fornisce una disciplina del transito presso tali frontiere aeroportuali e del modo in cui lo Stato membro è tenuto a filtrare i soggetti in entrata e in uscita in modo da effettuare le verifiche necessarie sui soggetti provenienti da paesi terzi. Il CFS non reca una definizione specifica del valico di frontiera aeroportuale, né delle zone di transito aeroportuali.

A livello materiale, è pacifico, per il momento, ritenere che la zona di transito nel caso delle frontiere aeroportuali corrisponda allo spazio che si estende dal punto di atterraggio dell'aeromobile fino al punto in cui le autorità espletano i controlli doganali (valico di frontiera)⁴⁹⁸.

Il CFS dispone che, ai fini delle verifiche delle condizioni di ingresso presso le frontiere aeree, gli Stati membri allestiscono corsie separate per le diverse categorie di passeggeri in transito presso le frontiere aeree, mediante apposita segnaletica, distinguendo tra passeggeri cittadini UE, cittadini di paesi terzi esenti visto e tutte le altre persone ("tutti i passaporti", dunque anche i cittadini di paesi terzi genericamente intesi)⁴⁹⁹.

Disposizioni più dettagliate sono contenute nell'Allegato VI, relativamente alla necessità di assicurare adeguati controlli alle persone in transito presso le frontiere aeroportuali. In particolare, l'art. 2 dispone che è necessario separare fisicamente i flussi di passeggeri a bordo di voli interni (frontiera interna) da quelli a bordi di altri voli, attraverso "infrastrutture appropriate".

Il manuale pratico per le guardie di frontiera prevede più dettagliatamente che l'obiettivo di tali corsie separate è quello di evitare che le persone non autorizzate circolino liberamente tra le due aree. I controlli approfonditi di seconda linea sono di norma effettuati in un luogo interno all'aeroporto e non presso i valichi di frontiera stessi⁵⁰⁰.

Attraverso tali disposizioni, è possibile dunque ipotizzare una architettura spaziale delle zone di transito in riferimento agli aeroporti e alle frontiere aeroportuali.

Il manuale comune infatti offre uno schema, sebbene minimo, di funzionamento della frontiera aeroportuale. In primo luogo, il manuale prevede che le guardie di frontiera siano preventivamente informate circa il traffico aereo in entrata, in ottemperanza alla direttiva 2004/82/CE. Infatti, il manuale sollecita un utilizzo più regolare della trasmissione dei dati

65. Regolamento (UE) 2018/1726/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (eu-LISA), che modifica il reg. 1987/2006/CE e la Decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il reg. 1077/2011/UE, GU L 295/99 del 21 novembre 2018; G. Caggiano, cit., p. 174.

⁴⁹⁸ Asgi, *Report Inlinime*, cit., p. 3.

⁴⁹⁹ Il Codice è completato da 7 allegati, di cui il III indica l'apposita segnaletica.

⁵⁰⁰ Manuale pratico per le guardie di frontiera, p. 63.

“API” (*advanced passenger information*) di cui alla direttiva in parola. Come regola generale, il manuale dispone che i controlli siano effettuati presso specifici punti di ingresso dell’aeroporto, dunque internamente alla struttura.

Ai sensi del manuale, l’accesso all’area internazionale degli aeroporti è controllato, e i controlli non devono svolgersi in tale area di transito internazionale, presupponendo dunque che le verifiche siano svolte in punti diversi dall’area di transito internazionale e prima che le persone possano raggiungere tale area.

Il punto 15, che riprende l’art. 2 dell’allegato VI al CFS sopra citato, prevede che i controlli siano effettuati presso specifiche aree a seconda della provenienza del volo. Nella fattispecie, per i voli in entrata provenienti da paesi terzi i controlli sono effettuati all’ingresso dell’aeroporto di arrivo, prima di entrare nell’aeroporto e nell’area internazionale.

È dunque possibile ricostruire ciò che avviene in tali zone secondo lo schema seguente: quando un volo proveniente da un paese terzo atterra per la prima volta in un paese parte dell’area Schengen, i passeggeri in discesa saranno indirizzati verso un’apposita corsia diversa da quella riservata ai voli interni all’area. Tale corsia indirizzerà i passeggeri verso i valichi di frontiera ove le guardie di frontiera espletano i controlli necessari ad autorizzare il loro ingresso sul territorio.

Se il cittadino di paese terzo è autorizzato, la guardia di frontiera apporrà un timbro sul suo passaporto ed egli potrà dunque superare il valico di frontiera e transitare nell’aeroporto. Meno chiaro è il destino di chi non risulti autorizzato all’ingresso e sia sottoposto a una misura di respingimento alla frontiera o alle procedure di richiesta della protezione internazionale cd di frontiera. Di seguito verranno chiarite le condizioni di ingresso per i cittadini di paesi terzi.

3.5. Le condizioni di ingresso nello spazio Schengen e l’attraversamento delle frontiere esterne per i cittadini di paesi terzi

Il Codice frontiere Schengen elenca i requisiti di ingresso dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno non superi i 90 giorni su un periodo di 180 giorni, dunque i visti di breve durata che danno diritto alla libera circolazione nello spazio Schengen per tutta la durata della loro validità⁵⁰¹. Fondamentale in proposito è la lettura congiunta delle disposizioni col codice visti, che oltre a stabilire condizioni e procedure per il rilascio dei visti di breve durata, detta le condizioni che il cittadino di paese terzo deve rispettare ai fini del rilascio, e impone la registrazione delle impronte e dei dati biometrici dello straniero in VIS⁵⁰².

⁵⁰¹ Vedi G. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 892. La distinzione tra visti di breve durata e di lunga durata è cruciale nel diritto UE. Infatti, sui primi l’Unione europea ha elaborato un regime unitario e uniforme attraverso il codice visti. Sui secondi, secondo una parte della dottrina manca un regime strutturato, in quanto il settore si caratterizza per l’adozione di diverse direttive relative a specifiche categorie di persone (ad esempio: familiari; stranieri lungo soggiornante; ricercatori; studenti; lavoratori altamente qualificati etc. (Art. 79 TFUE). Cfr. M. DI FILIPPO, *Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale*, cit. pp. 210-211.

⁵⁰² Art. 22 Codice visti. Il codice visti chiarisce che è, oltre a verificare il soddisfacimento delle condizioni di ingresso ai sensi del Codice frontiere Schengen, le autorità dovranno accordare particolare attenzione a valutare se il richiedente presenti un rischio di immigrazione illegale o un rischio per la sicurezza degli Stati membri e se il richiedente intenda lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto (art. 21 codice visti).

L'art. 6(1) del CFS dispone che i cittadini di paesi terzi che intendono fare ingresso nell'area Schengen attraverso una frontiera esterna devono soddisfare requisiti quali: essere in possesso di un documento di viaggio valido⁵⁰³; possedere un visto valido, salvo che il cittadino di paese terzo possieda un visto di lungo periodo o un permesso di soggiorno rilasciato da uno degli Stati membri⁵⁰⁴; giustificare lo scopo e le condizioni del soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi; non essere segnalato nel SIS ai fini della non ammissione⁵⁰⁵; non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi⁵⁰⁶.

⁵⁰³ La validità è di almeno tre mesi dopo la data prevista per la partenza dal territorio degli Stati membri. In casi di emergenza giustificati, è possibile derogare a tale obbligo; ii) è stato rilasciato nel corso dei dieci anni precedenti. La lista e il tipo di documenti validi può essere trovata nella decisione del comitato Schengen e regolamento 789/2001. Generalmente, i documenti accettati sono i passaporti, passaporti diplomatici, 5.1.a. documenti di viaggio per i rifugiati.

⁵⁰⁴ In questo caso, possibile è il transito e arrivo presso tale Stato ma non libera circolazione nello spazio Schengen.

⁵⁰⁵ L'art. 96 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen disciplina la segnalazione ai fini della non ammissione. Esso recita: 1. I dati relativi agli stranieri segnalati ai fini della non ammissione sono inseriti in base ad una segnalazione nazionale risultante da decisioni prese nel rispetto delle norme procedurali previste dalla legislazione nazionale, dalle autorità amministrative o dai competenti organi giurisdizionali; 2. Le decisioni possono essere fondate sulla circostanza che la presenza di uno straniero nel territorio nazionale costituisce una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale. In particolare ciò può verificarsi nel caso: a) di uno straniero condannato per un reato passibile di una pena privativa della libertà di almeno un anno; b) di uno straniero nei cui confronti vi sono seri motivi di ritenere che abbia commesso fatti punibili gravi, inclusi quelli di cui all'art. 71, o nei cui confronti esistano indizi reali che intenda commettere fatti simili nel territorio di una Parte contraente. 3. Le decisioni possono inoltre essere fondate sul fatto che lo straniero è stato oggetto di una misura di allontanamento, di respingimento o di espulsione non revocata né sospesa che comporti o sia accompagnata da un divieto d'ingresso o eventualmente di soggiorno, fondata sulla non osservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri». La Corte di Giustizia ha tuttavia stabilito che la segnalazione in SIS non comporta automaticamente un rifiuto di ingresso per il cittadino di paese terzo senza la verifica della sussistenza delle condizioni di pericolosità effettiva e attuale (Corte di Giustizia, (CGUE) *Commissione c. Spagna*, sentenza del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, EU:C:2006:74), dove la Corte conclude che il rifiuto di ingresso in un paese aderente all'area Schengen per il solo motivo che i ricorrenti erano segnalati nel SIS ai fini della non ammissione, senza aver preliminarmente verificato se la presenza di tali persone costituisce una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività, costituiscono una violazione degli obblighi comunitari in tema di libera circolazione. Tuttavia, è bene precisare che nel caso di specie i cittadini di paesi terzi erano familiari di cittadini dell'Unione, ai quali si applica la Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

⁵⁰⁶ Ai sensi dell'allegato I al CFS, i documenti giustificativi atti a verificare il rispetto delle condizioni di ingresso sono i seguenti: Documenti giustificativi atti a verificare il rispetto delle condizioni d'ingresso
I giustificativi di cui all'art. 6, paragrafo 3, possono comprendere: a) in caso di viaggi d'affari: i) l'invito da parte di un'impresa o di un'autorità a partecipare a incontri, conferenze o manifestazioni di carattere commerciale, industriale o professionale; ii) altri documenti dai quali risulta chiaramente che si tratta di rapporti d'affari o professionali; iii) in caso di partecipazione a fiere e congressi, il relativo biglietto d'ingresso; b) in caso di viaggi per motivi di studio o di formazione di altro tipo: i) il certificato d'iscrizione presso un istituto scolastico al fine di partecipare a corsi teorici o pratici di formazione e di perfezionamento; ii) la tessera studente e i certificati relativi ai corsi seguiti; c) in caso di viaggi turistici o privati: i) documenti giustificativi per l'alloggio: — per i soggiorni presso una persona, l'invito della persona ospitante; — un documento giustificativo relativo alla struttura che fornisce l'alloggio, o qualunque altro documento appropriato da cui risulti la sistemazione prevista; ii) documenti giustificativi per l'itinerario: — la conferma della prenotazione di un viaggio organizzato, o qualunque altro

Il paragrafo 5 dell'art. 6 ammette delle deroghe alle condizioni generali di ingresso per alcune categorie di persone. In particolare, se il cittadino di paese terzo non soddisfa tutte le condizioni di ingresso ma possiede un visto o un permesso di soggiorno di lunga durata, esso è ammesso sul territorio ai soli fini del transito per raggiungere il territorio dello stato membro che ha rilasciato il permesso o il visto, a meno che egli non sia stato segnalato in SIS⁵⁰⁷ nell'elenco nazionale delle persone alle quali rifiutare il transito o l'ingresso; sono poi derogate le norme in caso di cittadini che hanno ricevuto un visto all'arrivo in frontiera⁵⁰⁸; infine, e di estrema rilevanza per la nostra analisi, il paragrafo prevede una importante deroga che permette l'ammissione del cittadino di paese terzo per motivi umanitari, di interesse nazionale o in ottemperanza a obblighi internazionali⁵⁰⁹.

La lista di condizioni di ingresso di cui all'art. 6(1) non ammette margine di apprezzamento da parte dello Stato, né l'aggiunta di condizioni ulteriori di ingresso, anche se le autorità avranno un certo grado di discrezionalità nella valutazione delle condizioni⁵¹⁰.

È lecito a questo punto chiedersi se esista, sulla base del CFS e delle norme che disciplinano le condizioni di ingresso sul territorio, un diritto soggettivo a fare ingresso sul territorio quando il cittadino di paese terzo soddisfi le condizioni di ingresso. Secondo una parte della dottrina, la formulazione della norma così come statuita all'art. 6 del CFS attribuisce anche ai cittadini di paesi terzi un diritto all'ingresso nel territorio Schengen, quando naturalmente essi soddisfino i criteri di ingresso⁵¹¹.

Tuttavia, come sottolinea parte della dottrina, se è possibile affermare un diritto di ingresso sulla base del CFS, la questione va misurata in relazione alle rilevanti disposizioni del Codice Visti, che non attribuisce allo Stato un obbligo di rilasciare un visto al cittadino di paese terzo che ne faccia richiesta, anche ove egli soddisfi i criteri. Infatti, sebbene il codice visti, nel disciplinare la materia, riduce sensibilmente il margine di apprezzamento statale, la Corte di giustizia ha affermato che gli Stati membri godono di ampia discrezionalità nell'esame delle circostanze e degli elementi riguardanti il richiedente visto a supporto della sua richiesta⁵¹².

documento da cui risultino i programmi di viaggio previsti; iii) documenti giustificativi per il ritorno: — il biglietto del viaggio di ritorno o di andata e ritorno; d) in caso di viaggi per manifestazioni politiche, scientifiche, culturali, sportive o religiose o per altri motivi: gli inviti, i biglietti d'ingresso, le iscrizioni o i programmi che indichino ove possibile il nome dell'organismo ospitante e la durata del soggiorno, o qualunque altro documento appropriato da cui risulti lo scopo della visita.

⁵⁰⁷ Art. 6(1)(e) CFS.

⁵⁰⁸ A norma degli artt. 35 e 36 del codice visti.

⁵⁰⁹ Qualora il cittadino di paese terzo interessato sia oggetto di una segnalazione di cui al paragrafo 1, lettera d), lo Stato membro che ne autorizza l'ingresso nel suo territorio ne informa gli altri Stati membri.

⁵¹⁰ S. PEERS D. ACOSTA, cit., p. 370; K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 31 ss.

⁵¹¹ *Ibidem*.

⁵¹² CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 dicembre 2013, *Koushkaki*, causa no. C-84/12, EU:C:2013:862, para 63; cfr. K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 90; sull'esistenza o meno di un diritto all'ingresso sul territorio, si veda, R. CHOLWEINSKI, No right to entry: the legal regime on crossing the EU external border, in *In Search of Europe's borders, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, K. GROENENDIJK, E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di), Vol 5, Brill, Leida, 2002, pp. 106 ss; C. GORTAZAR, *Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 121 ss; J.D.M. STEENBERGEN, Schengen and the Movement of Persons, in *Schengen: Internationalisation of Central Chapters of the Law on Aliens. Refugees. Privacy. Security and the Police*, H. MEIJERS, ET AL. (a cura di), Stichting NCJM-Boekerij, Leida, 1992, pp. 57 ss.

Ciò è stato affermato nel caso *Koushkaki*, la cui domanda pregiudiziale si chiedeva proprio se le autorità competenti di uno Stato membro possano rifiutarsi di rilasciare un visto uniforme a un richiedente che soddisfa tutte le condizioni d'ingresso di cui all'art. 21, paragrafo 1, del codice dei visti e al quale non può essere opposto nessuno dei motivi di rifiuto di visto elencati all'art. 32, paragrafo 1, di tale codice. Il giudice del rinvio chiedeva se le autorità dispongano di un certo margine di discrezionalità al momento di esaminare la domanda di visto uniforme. Orbene, la Corte da un lato afferma che l'elenco dei motivi di rifiuto di cui all'art. 32 del codice visti è esaustivo e dunque le autorità non possono opporre rifiuto per un motivo non elencato in tale norma.

Tuttavia, la Corte osserva che nel modulo uniforme di cui all'allegato VI del codice visti, attraverso il quale le autorità notificano al richiedente il rifiuto del suddetto documento, contiene oltre le nove caselle recanti i nove motivi di rifiuto del visto, una decima casella che attiene invece alla mancanza di documenti giustificativi, elemento menzionato all'art. 35(6) (Visti chiesti alle frontiere esterne). In tal contesto, la Corte sottolinea che «la valutazione della situazione individuale di un richiedente il visto, per stabilire se la sua domanda non contrasti con uno dei motivi di rifiuto, implica valutazioni complesse fondate, in particolare, sulla personalità di tale richiedente, sul suo inserimento nel paese in cui risiede, sulla situazione politica, sociale ed economica di quest'ultimo, nonché sull'eventuale minaccia che costituirebbe l'ingresso di tale richiedente per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri»⁵¹³. Queste valutazioni si basano su elementi complessi che implicano una conoscenza approfondita del paese di provenienza o di residenza del richiedente, così da poter valutare la veridicità del contenuto dei documenti da egli presentati.

A tal proposito, la varietà dei documenti giustificativi sui quali le autorità competenti possono fondarsi, di cui un elenco non esaustivo è contenuto nell'allegato II di tale codice, e la varietà dei mezzi di cui le autorità dispongono, compresa la conduzione di un colloquio con il richiedente di cui all'art. 21, paragrafo 8, di detto codice, confermano la complessità dell'esame delle domande di visti⁵¹⁴. Tutto ciò considerato, la Corte conclude che le autorità godono di ampia discrezionalità nel valutare i documenti giustificativi proposti dal richiedente.

⁵¹³ *Koushkaki*, paras 56 ss.

⁵¹⁴ Un elenco non esaustivo dei documenti giustificativi è contenuto all'allegato II al codice visti. Tali documenti si sovrappongono in parte a quelli elencati all'allegato II al CFS. Essi sono: A. DOCUMENTI RELATIVI ALLA FINALITÀ DEL VIAGGIO 1) Per viaggi d'affari: a) l'invito da parte di un'impresa o di un'autorità a incontri, conferenze o manifestazioni di carattere commerciale, industriale o di servizio; b) altre pezze d'appoggio dalle quali risulti che si tratta di rapporti d'affari o di servizio; c) biglietti d'ingresso per fiere e congressi, se del caso; d) documenti che attestino le attività dell'impresa; e) documenti che attestino lo status del richiedente nell'impresa. 2) In caso di viaggi per motivi di studio o di formazione: a) il certificato d'iscrizione a un istituto di insegnamento al fine della partecipazione a seminari teorici o pratici di formazione e di perfezionamento; b) il tesserino dello studente o il certificato attestante i corsi da frequentare. 3) In caso di viaggi turistici o privati: a) documenti relativi all'alloggio: — un invito del soggetto ospitante, se del caso, — un documento fornito dalla struttura che fornisce alloggio o qualsiasi altro documento appropriato che indichi l'alloggio previsto; b) documenti relativi all'itinerario: — conferma della prenotazione per un viaggio organizzato o qualsiasi altro documento appropriato che indichi il programma di viaggio previsto, — in caso di transito: visto o altra autorizzazione di ingresso nel paese terzo di destinazione; biglietti per il proseguimento del viaggio. 4) Per viaggi intrapresi per manifestazioni politiche, scientifiche, culturali, sportive o religiose o per altre ragioni: — inviti, carte di ingresso, iscrizioni o programmi indicanti ove possibile il nome dell'organizzazione ospitante e la durata del soggiorno, o qualsiasi altro documento appropriato che indichi lo scopo del viaggio. 5) Per viaggi di membri di delegazioni ufficiali che, su invito ufficiale

Tale ampia discrezionalità, nel ragionamento della Corte, è mostrata supportata dagli artt. 21(1) e 32(1), che menzionano la necessità che gli Stati procedano ad una “valutazione del rischio di immigrazione illegale” del richiedente, a prestare una particolare attenzione a determinati aspetti della situazione di quest’ultimo e a stabilire se ricorrano “ragionevoli dubbi” su determinati elementi⁵¹⁵. In buona sostanza, non sussiste un diritto soggettivo all’ottenimento di un visto ai sensi del codice visti⁵¹⁶. Ciò implica, *mutatis mutandis*, che la stessa discrezionalità è attribuita anche alle autorità di frontiera, la cui attività consiste nel valutare la sussistenza dei requisiti di ingresso sulla base degli stessi elementi che giustificano il rilascio di un visto.

Particolare è poi la condizione dei cittadini di paesi terzi che godono di esenzione di visto per l’ingresso nella UE. L’esenzione del visto, è bene chiarire, non rende i cittadini di paesi terzi che ne godono esenti dai controlli di frontiera. Semplicemente, essa semplifica e snellisce gli adempimenti e le autorizzazioni che essi devono chiedere per fare ingresso nell’area Schengen. I cittadini di paesi terzi esenti visto sono dunque parimenti soggetti alle già citate verifiche di seconda linea ai sensi dell’art 6(5) del CFS.

Esiste poi, ai sensi del già citato art. 35 del codice visti, la possibilità di richiedere un visto presso i valichi di frontiera, in casi eccezionali e purché il richiedente soddisfi alcuni requisiti essenziali: a) il richiedente soddisfa le condizioni di cui all’art. 5, paragrafo 1, lettere a, c), d) ed e), del codice frontiere Schengen (ora art. 6); b) il richiedente non ha avuto modo di chiedere un visto anticipatamente e presenta, su richiesta, documenti giustificativi comprovanti l’esistenza di motivi imprevedibili e imperativi d’ingresso, e c) il ritorno del richiedente nel paese di origine o di residenza ovvero il suo transito attraverso Stati diversi dagli Stati membri che applicano integralmente l’acquis di Schengen è considerato sicuro.

In ultima istanza, dunque, non sussistendo un diritto soggettivo ad ottenere un visto di ingresso ai sensi del Codice Visti, e godendo le autorità di frontiera di una simmetrica discrezionalità nella valutazione dei documenti giustificativi l’ingresso sul territorio (gli stessi

indirizzato al governo del paese terzo interessato, partecipano a riunioni, consultazioni, negoziati o programmi di scambio ovvero a eventi organizzati nel territorio di uno Stato membro da organizzazioni intergovernative: — una lettera emessa da un’autorità del paese terzo interessato attestante che questi è membro della delegazione ufficiale in viaggio verso uno Stato membro per partecipare ai suddetti eventi, corredata di una copia dell’invito ufficiale. 6) In caso di viaggi per motivi di salute: — un documento ufficiale dell’istituto di cura attestante la necessità di cure mediche presso quell’istituto e la prova della sufficienza dei mezzi finanziari per pagare il costo delle cure mediche. B. DOCUMENTI CHE PERMETTONO DI VALUTARE L’INTENZIONE DEL RICHIEDENTE DI LASCIARE IL TERRITORIO DEGLI STATI MEMBRI 1) Biglietto di ritorno o biglietto di andata e ritorno o relativa prenotazione; 2) prova relativa ai mezzi economici nel paese di residenza; 3) attestazione di impiego: estratti bancari; 4) prova della proprietà di beni immobiliari; 5) prova dell’integrazione nel paese di residenza: vincoli familiari, situazione professionale. C. DOCUMENTI RELATIVI ALLA SITUAZIONE FAMILIARE DEL RICHIEDENTE 1) Consenso dell’autorità parentale o del tutore legale (quando il minore non viaggia con essi); 2) prova del vincolo familiare con la persona ospitante/che invita.

⁵¹⁵ La questione verrà approfondita nel dettaglio e con maggiore concretezza nel prossimo capitolo sul contesto italiano.

⁵¹⁶ Esiste, ai sensi del codice Visti, tuttavia, un interesse legittimo all’ottenimento del visto. Il Regolamento prevede infatti la possibilità per il richiedente visto di presentare ricorso avverso il diniego del visto ai sensi dell’art. 32 (Rifiuto di un visto). L’art. 32(3) recita che “[i] richiedenti cui sia stato rifiutato il visto hanno il diritto di presentare ricorso. I ricorsi sono proposti nei confronti dello Stato membro che ha adottato la decisione definitiva in merito alla domanda e disciplinati conformemente alla legislazione nazionale di tale Stato membro. Gli Stati membri forniscono ai richiedenti informazioni sulla procedura cui attenersi in caso di ricorso, come precisato nell’allegato VI”.

elementi alla base del rilascio di un visto), la portata del diritto di ingresso sul territorio ai sensi del CFS pare sensibilmente ridotta e demandata alla discrezionalità statale⁵¹⁷.

3.6. Le condizioni di ingresso per i richiedenti protezione internazionale e il loro ingresso sul territorio

Difficilmente i richiedenti protezione internazionale disporranno di tutti i requisiti di ingresso richiesti dal CFS, e per questo motivo quest'ultimo prevede una disciplina derogatoria rispetto a questa categoria di persone⁵¹⁸, relativamente, in particolare, ai requisiti di ingresso e al susseguente obbligo di respingimento "immediato". Riferimenti a tale categoria di persone si rinvencono in diversi punti del Regolamento, a partire dai suoi considerando.

E così, il considerando 36 recita che il regolamento «rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, in particolare, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e che il CFS dovrebbe essere attuato nel rispetto degli obblighi degli Stati membri in materia di protezione internazionale e di non respingimento», mentre l'art. 3(b) impone che l'applicazione del CFS avvenga senza pregiudizio per i diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono la protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento. Questa ultima disposizione è rinforzata dal seguente art. 4 che impone il rispetto dei diritti fondamentali e in particolare della Convenzione di Ginevra del 1951 e del principio di *non refoulement*, precisando che le decisioni adottate nel quadro del regolamento devono essere basate su una valutazione individuale⁵¹⁹.

D'altronde, il diritto dell'Unione menziona espressamente il principio di *non-refoulement* insieme alla necessità di elaborare un diritto di asilo uniforme, nel diritto primario, a partire dall'art. 78 TFUE. Di diretta rilevanza è la Convenzione di Ginevra del 1951, cui il diritto dell'Unione si ispira e che è espressamente menzionata sia al citato art. 78 TFUE che nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Quest'ultima, ai suoi artt. 18 e 19, statuisce infatti il diritto di asilo insieme al divieto di respingimento, di cui una ulteriore fonte è l'art. 4 della Carta stessa, direttamente ispirato all'art. 3 CEDU⁵²⁰.

⁵¹⁷ K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 75.

⁵¹⁸ *Ivi*, p. 60.

⁵¹⁹ Nei prossimi paragrafi tali disposizioni verranno messe in relazione agli altri strumenti normativi del diritto dell'Unione.

⁵²⁰ Cfr. S. AMADEO, F. SPITALIERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 214 ss, in particolare i contributi di A. LANG, *Il divieto di refoulement tra CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*; S. AMADEO, F. SPITALIERI, (a cura di) *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea. Controllo delle frontiere, Protezione internazionale, Immigrazione regolare, Rimpatri, Relazioni esterne*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 210 ss; M. STARITA, Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani, in *Diritto Pubblico*, 1, 2020, p. 142; F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 65 ss, 103 ss; G. PIZZOLANTE, *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012, pp. 91 ss; J. MINK, EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment, in *European Journal of Migration and Law*, 2012, pp. 119 ss; Si veda, inter alia, in merito all'evoluzione della prima fase delle politiche europee di immigrazione e asilo, e gestione della frontiera mediterranea, A. MIGNOLLI, D. VITIELLO, L'Unione europea, il Sistema Schengen e le migrazioni via mare. Considerazioni in merito al recente "caso Lampedusa", in *Atlante geopolitico del Mediterraneo*, F. ANGHELONE, A. UNGARI (a cura di), *Datanews*, Roma, 2012, pp. 77 ss.

Infatti, l'art. 6(5)(c) dispone che, in deroga ai requisiti di ingresso di cui allo stesso articolo, i cittadini di paesi terzi che non soddisfino una o più delle condizioni di ingresso possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare sul suo territorio, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. La disposizione va letta congiuntamente all'art. 14(1), che, in primo luogo, afferma che il suo ambito di applicazione esclude le categorie di cui al paragrafo 5, inclusi dunque, inter alia, i cittadini di paesi terzi che possono essere autorizzati all'ingresso per motivi umanitari o di interesse nazionale o per obblighi internazionali. La norma in parola chiarisce anche che l'obbligo di respingimento alla frontiera ove i requisiti di cui all'art. 6 non fossero rispettati, non deve pregiudicare l'applicazione di disposizioni particolari relative al diritto d'asilo e alla protezione internazionale⁵²¹.

Tuttavia, anche in questo caso ci si chiede se è possibile affermare l'esistenza di un diritto soggettivo di ammissione sul territorio per i richiedenti protezione internazionale alla frontiera⁵²². La risposta deve necessariamente partire dalla lettura congiunta delle disposizioni del CFS e di quelle della Direttiva procedure⁵²³ e alla giurisprudenza della Corte in merito, che tuttavia non forniscono indicazioni chiare in tal senso ma mantengono un certo grado di ambiguità sia in ordine all'esistenza di un tale diritto soggettivo che in merito al significato di "presenza sul territorio", di "ammissione sul territorio" e di "diritto di permanenza sul territorio".

La direttiva 2013/32/UE si applica a «a tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, *compreso alla frontiera*»⁵²⁴. Al suo art. 9, la direttiva attribuisce un diritto di permanenza sul territorio al richiedente asilo per tutta la durata della procedura e fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione di primo grado, derogabile solo in caso di domanda di protezione internazionale reiterata ai sensi dell'art. 41⁵²⁵. Il significato e i contenuti di tale diritto di rimanere sul territorio, tuttavia, non paiono equivalere ad un diritto di ingresso, inteso nei termini del CFS⁵²⁶, e dunque di un diritto di soggiorno sul territorio.

⁵²¹ Riguardo la questione dei cd visti umanitari, rilasciati in ottemperanza agli artt. 19 e 25 del codice visti, che avrebbe permesso il rilascio di visti di ingresso "per ragioni umanitarie", si veda: F. L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, Dirittifondamentali.it, 1,2019; ID, *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2018, pp. 14 ss; F. CRÉPEAU, *Managing migrations at the external borders of the European Union: meeting the human rights challenges*, in *Journal Européen des Droits de l'Homme - European Journal of Human Rights (JEDH)*, 5, 2014, p. 601; J-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X et X (PPU C-638/16)*, in *Réseau Universitaire européen*, 2017; A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, 1/2, 2017, pp. 271 ss; U. I. JENSEN, *Humanitarian visas: option or obligation?*, EP, Study for the LIBE Committee, 2014, pp. 1 ss.

⁵²² K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 60.

⁵²³ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione), GU L 180/60 del 29 giugno 2013.

⁵²⁴ Art. 3(2).

⁵²⁵ cfr. A. LANG, *Il divieto di refoulement*, cit., p. 223; ID, *The EU legal regime of migration and the external borders*, in *Migration: new challenges for Europe, for State sovereignty and for the rule of law and the welfare state*, J. ILOPULOS-STRANGAS, M. POTACS, E. SIMINA TANASESCU, J. ZILLER (a cura di), Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 145 ss; cfr. CGUE, sentenza del 30 maggio 2013, *Arslan*, causa C-534/11, EU:C:2013:343.

⁵²⁶ Cfr. G. CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights*, cit., p. 78.

Questa ambiguità è d'altronde confermata dalla giurisprudenza di merito, che non ha mai finito di chiarire la questione, lasciando alla disciplina statale un certo margine di apprezzamento in merito⁵²⁷.

Questa ambiguità è evidente in *ANAFE*, nel cui quadro la Corte ha fornito chiarimenti circa la possibilità per un richiedente protezione internazionale di lasciare il territorio dello Stato membro e successivamente fare nuovamente ingresso nello spazio Schengen in virtù di un titolo di soggiorno temporaneo rilasciato dallo Stato membro in attesa di una decisione in merito alla istanza di protezione internazionale⁵²⁸.

In particolare, la legislazione francese oggetto della domanda pregiudiziale, a seguito degli interventi di modifica introdotti dal nuovo Regolamento 562/2006 (versione precedente del CFS) appena adottato, ostava a che i permessi di soggiorno rilasciati in attesa dell'esito di una domanda di protezione internazionale rientrassero nella nozione di permesso di soggiorno che danno diritto al libero reingresso nello spazio Schengen ai sensi dell'art. 2(15) del CFS (ora 2(16)), che al suo paragrafo (b), infatti, esclude espressamente da tale categoria i «permessi temporanei rilasciati in attesa dell'esame di una prima domanda di permesso di soggiorno ai sensi della lettera a) o di una domanda d'asilo», diversamente da quanto invece disposto precedentemente alle modifiche introdotte dal CFS. Ne conseguiva che questo tipo di permessi di soggiorno, ai sensi della legislazione francese, non dava più diritto al reingresso nello spazio Schengen qualora il richiedente protezione internazionale se ne fosse allontanato.

Il giudice *a quo* chiedeva dunque alla Corte se le norme sul respingimento dei cittadini di paesi terzi dettate dall'art. 13 del regolamento n. 562/2006 (ora 14 del CFS) fossero applicabili anche ai cittadini di paesi terzi soggetti all'obbligo del visto, i quali intendano rientrare nel territorio dello Stato membro che ha loro rilasciato un permesso di soggiorno temporaneo, anche qualora il reingresso non implichi il passaggio attraverso altri Stati membri ma avvenga direttamente alla frontiera dello Stato che ha rilasciato il permesso temporaneo. Secondo la Corte, non rileva ai fini dell'applicazione del regolamento, il fatto che il cittadino di paese terzo rientri attraverso le frontiere dello stato che gli ha rilasciato il permesso, fintantoché il rientro avvenga attraverso le sue frontiere esterne. Quest'ultima circostanza rende l'art. 13 (ora 14) del CFS immediatamente applicabile al caso di specie, in virtù anche dell'esclusione dalla categoria di permessi di soggiorno che consentono al titolare di rientrare liberamente nello spazio Schengen.

L'esclusione inoltre, nelle osservazioni della Commissione, è motivata dal fatto che un tale titolo temporaneo non accerta né il soddisfacimento di tutti i requisiti di ingresso ai sensi dell'art. 6, né l'ottenimento di un titolo di soggiorno per protezione internazionale, che darebbero invece un diritto di reingresso nel territorio⁵²⁹.

Ne consegue che queste persone non possono attraversare la frontiera esterna per rientrare nello spazio Schengen solo in virtù del loro permesso di soggiorno temporaneo, e che esse possono tuttavia essere ammesse sul territorio in virtù della deroga prevista dall'art.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ CGUE, sentenza del 14 giugno 2012, *ANAFE*, causa C-606/10, (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) c. Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'immigration), EU:C:2012:348, para 34.

⁵²⁹ *Ivi*, para 68.

6(5)(c), ovvero per motivi umanitari, di interesse nazionale o per obblighi internazionali. In buona sostanza, dunque, un permesso rilasciato in virtù di una istanza di protezione internazionale non dà al soggetto gli stessi diritti e lo stesso status giuridico di un permesso di soggiorno ai sensi del regolamento CFS, relativamente al diritto di uscita e successivo reingresso nello spazio Schengen e non pare ricavabile un generale diritto di ingresso qualora il cittadino di paese terzo manifesti la volontà di presentare istanza di protezione internazionale⁵³⁰.

Similmente, in *Gnandi*, la Corte chiariva che il diritto di restare nello Stato membro ai soli fini del procedimento non equivale ad un diritto all'ottenimento di un permesso di soggiorno, ma che conferisce in ogni caso al richiedente un diritto a che il suo status non sia considerato irregolare⁵³¹.

Riguardo poi al tema più specifico della frontiera, la direttiva 2013/32/UE prevede la possibilità per gli Stati membri di applicare la "procedura di frontiera" ex art. 43, in taluni casi circoscritti e definiti, per decidere "alla frontiera o alla zona di transito" sull'ammissibilità di una domanda di protezione o sul suo merito, quando essa rientri nelle fattispecie elencate all'art. 31(8) della direttiva stessa⁵³², in deroga alla procedura generale. Il paragrafo 2 della norma dispone che, «[s]e la decisione non è stata presa entro un termine di quattro settimane, *il richiedente è ammesso nel territorio* dello Stato membro, affinché la sua domanda *sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della presente direttiva*», locuzione che complica l'estensione dell'applicabilità dell'art. 9 della direttiva sul diritto a rimanere sul territorio sino a una decisione di primo grado anche per chi si trovi in frontiera. In questo caso il termine decisione indica una decisione di primo grado e non una decisione definitiva che non è dunque più soggetta alla possibilità di ricorso ai sensi dell'art. 2(e).

Da un lato, l'art. 2(p) della direttiva afferma che il significato della locuzione "rimanere nello Stato membro" equivale a «il fatto di rimanere nel territorio, *compreso alla frontiera o in zone di transito*, dello Stato membro in cui la domanda di protezione internazionale è stata presentata o è oggetto d'esame», e che la direttiva dunque non discrimini tra il territorio dello Stato membro e la sua frontiera e le zone di transito, come afferma d'altronde una parte della dottrina, almeno relativamente appunto al diritto di rimanere⁵³³. In tal caso, dunque, il diritto di rimanere si restringerebbe alla sola zona di frontiera e di transito e non a tutto il territorio, implicando il ricorso ad una restrizione della libertà di movimento del richiedente⁵³⁴, interpretazione supportata dallo stesso art. 43, che dispone che le procedure in parola debbano in ogni caso svolgersi conformemente ai principi generali di cui al Capo II, che comprende anche le garanzie disposte all'art. 9.

Tuttavia, pareri contrari sostengono che il paragrafo 2 dell'art. 43 debba essere letto nel senso che esclude l'applicabilità dell'art. 9 sino allo scadere delle quattro settimane, e che dunque sino al momento in cui il richiedente "è ammesso sul territorio", esso non goda di un

⁵³⁰ A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero*, cit., p. 38.

⁵³¹ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 giugno 2018, *Sadikou Gnandi c. État belge (Gnandi)*, causa C-181/16, EU:C:2018:465, para 40; G. STRBAN ET AL., *Return Procedures Applicable to Rejected Asylum-Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 1/37, 2018, pp. 71 ss; C. COSTELLO, *Courting Access to Asylum*, cit., p. 296.

⁵³² Si veda *infra*.

⁵³³ G. CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights*, cit., 78.

⁵³⁴ Sulla questione si tornerà più approfonditamente nei paragrafi successivi.

vero e proprio diritto di permanenza⁵³⁵, ma di un diritto a non essere respinto, lettura che parrebbe rinforzata dal secondo periodo del paragrafo che afferma l'applicabilità delle altre disposizioni della direttiva solo successivamente all'ammissione sul territorio allo scadere delle quattro settimane.

La questione rimane tuttavia poco chiara anche alla luce del fatto che la norma non da una definizione di quali siano le altre disposizioni della direttiva che si applicherebbero allo scadere delle quattro settimane, rispetto invece a quelle cui la procedura deve in ogni caso conformarsi, segnatamente il Capo II della direttiva. Seguendo quest'ultimo ragionamento, è ipotizzabile che le garanzie in parola siano quelle disposte dall'art. 8 (Informazione e consulenza nei centri di trattenimento e ai valichi di frontiera), parte del Capo II, che prevede garanzie specifiche per chi presenti istanza di protezione internazionale ai valichi di frontiera, segnatamente all'accesso alla procedura ove vi sia una manifestazione di volontà in tal senso, servizi di interpretazione e il diritto per le organizzazioni che prestano assistenza ai richiedenti asilo di ingresso in tali zone.

In buona sostanza, dunque, la relazione tra la direttiva e il CFS, e la triangolazione tra il diritto di ingresso, il diritto di permanenza sul territorio e quello di chi si trova in frontiera, non è di immediata comprensione.

In ogni caso, sulla base delle indicazioni del manuale pratico per le guardie di frontiera e dei diversi richiami al principio di *non-refoulement* presenti nel CFS e nella direttiva, è possibile affermare un obbligo per le autorità di prendere in carico le domande di protezione internazionale allorquando il cittadino di paese terzo manifesti una volontà in tal senso⁵³⁶, assicurando che queste vengano esaminate, anche alla frontiera o presso la zona di transito. La presa in carico e l'esame delle domande implicano necessariamente l'obbligo di non adottare alcuna decisione di allontanamento se non previa consultazione con l'autorità deposta all'esame delle istanze di protezione internazionale⁵³⁷: è dunque possibile ipotizzare che, pur non esistendo un diritto soggettivo di ingresso sul territorio, inteso nei termini del CFS, solo in virtù della presentazione di una domanda di protezione internazionale, viga un obbligo negativo sulle autorità di non allontanare i richiedenti protezione internazionale dal territorio dello Stato membro⁵³⁸.

⁵³⁵ K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 62.

⁵³⁶ Manuale pratico guardie frontiera, p. 73. Il manuale chiarisce che, ai fini della manifestazione di volontà, non è necessario che il richiedente pronunci la parola "asilo", ma è un sufficiente indicatore la manifestazione di "timore" in caso di ritorno al paese di origine o di residenza. La questione verrà esaminata nel prossimo paragrafo; CGUE, sentenza del 25 giugno 2020, *Ministerio Fiscal*, causa C-36/20 PPU, EU:C:2020:495, paras 93 e 94.

⁵³⁷ *Ivi*, p. 74.

⁵³⁸ Come osservano I. GOLDNER LANG, B. NAGY, *External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement*, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021, «[h]owever, there is a gap between the principle of non-refoulement and the provision of asylum, understood as the right to remain on the state territory at least as long as the person is in need of international protection. Asylum always entails non-refoulement, but the opposite is not true: non-refoulement does not entail the right to obtain asylum in the country observing the prohibition of expulsion or return», cit. p. 5.

4. Il rifiuto di ingresso e il respingimento alla frontiera ai sensi del Codice Frontiere Schengen

Se il cittadino di paese terzo non soddisfa i requisiti di ingresso di cui all'art. 6, le autorità dovranno disporre un rifiuto di ingresso nei suoi confronti, accompagnato da un provvedimento di respingimento, ai sensi dell'art. 14 del CFS⁵³⁹. La formulazione della norma pare orientata ad un obbligo per le autorità di disporre il rifiuto di ingresso e dunque ad un automatismo nella sua applicazione, non appena esse stabiliscano che il cittadino di paese terzo non soddisfi uno dei requisiti di ingresso elencati all'art. 6 CFS. Tale automatismo, tuttavia, è temperato dal fatto che lo stesso approccio vale anche per valutazione delle condizioni. Infatti, la Corte di giustizia ha escluso che le autorità godano di alcuna discrezionalità in merito, affermando il divieto di respingere un cittadino di paese terzo sulla base di una condizione non prevista nel CFS⁵⁴⁰, a fronte, tuttavia, della citata discrezionalità nel valutare i documenti giustificativi l'ingresso nell'area Schengen.

Il rifiuto di ingresso così disposto ammette una importante deroga, da leggere in combinato con l'art. 6(5) CFS nei casi che coinvolgono i richiedenti protezione internazionale e comportano l'adempimento di obblighi di natura umanitaria e internazionale da parte dello Stato, sebbene vi siano non poche questioni interpretative a riguardo, relative alla relazione tra il concetto di ingresso sul territorio e quello di diritto di permanenza, come discusso nel paragrafo precedente.

La disposizione prevede una serie di garanzie sostanziali e procedurali avverso la decisione di rifiuto di ingresso da parte delle autorità. Innanzitutto, questa deve essere adottata sotto forma di provvedimento motivato che indichi le ragioni precise della decisione e deve essere adottato da un'autorità designata secondo la legislazione nazionale⁵⁴¹, non necessariamente una autorità giudiziaria ma qualunque autorità che il diritto nazionale ritenga competente in merito al controllo e al presidio delle frontiere esterne e dei requisiti di ingresso nello spazio Schengen. Similmente, il CFS non specifica a quale autorità il cittadino di paese terzo possa presentare il ricorso, lasciando alla legislazione nazionale il compito di stabilirlo e di disciplinare la questione⁵⁴².

⁵³⁹ Ciò vale solo nei confronti di cittadini di paesi terzi che non soddisfino i criteri alle frontiere esterne, e non a quelle interne anche in caso di ripristino temporaneo dei controlli, si veda art. 32 CFS. Si veda, A. DI PASCALE, *Respingimento dello straniero*, p. 31.

⁵⁴⁰ CGUE, sentenza del 4 settembre 2014, *Air Baltic Corporation SA c. Valsts (Air Baltic)*, causa C-575/12, EU:C:2014:2155, para 69.

⁵⁴¹ Sul punto si segnala che la recente riforma della guardia costiera e di frontiera europea ha esteso tale potere anche al personale statuario dell'Agenzia impiegato nelle squadre del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea per i quali sono necessari poteri esecutivi (art. 55, par. 7, lett. C); cfr. A. DI PASCALE, *Il respingimento dello straniero*, cit. p. 38; D. VITIELLO, E. DE CAPITANI, *op. cit.*,

⁵⁴² Ciò configura un trattamento peggiore del cittadino di paese terzo respinto alla frontiera rispetto ad altre categorie nel diritto derivato dell'Unione in tema di immigrazione, siano essi richiedenti asilo o cittadini di paesi terzi irregolarmente soggiornanti sul territorio sottoposti alle procedure della Direttiva rimpatri. Cfr. E.R. BROUWER, *Effective Remedies for Third Country Nationals in EU law: Justice Accessible to All?*, in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, E. GUILD, P. MINDERHOUD (a cura di), Brill, Leida, 2001, p. 377 ss; E. GUILD, Art. 19 – Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition, in S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Bloomsbury, Londra, 2014, p. 543 ss; A. LANG, *Il divieto di refoulement*, cit. p. 209.

Il paragrafo 3 prevede il diritto di ricorso avverso la decisione, insieme all'obbligo di fornire al cittadino di paese terzo informazioni scritte riguardo l'assistenza legale e contatti di possibili rappresentanti legali. Il ricorso non ha tuttavia effetto sospensivo: infatti, l'art. 6(3) chiarisce che il provvedimento "è d'applicazione immediata" e che "l'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento". Come già accennato in questa tesi, l'appello deve riguardare esclusivamente la decisione di respingimento e non le sue modalità, come la Corte ha affermato in *Zakaria*.

Maggiori dettagli sulle modalità del respingimento sono fornite all'allegato 5 del Codice frontiere Schengen, che prevede l'utilizzo di un apposito *form* da compilare prima del respingimento e che deve essere firmato anche dallo straniero. Nel caso in cui il cittadino di un paese terzo è stato condotto alla frontiera da un vettore, l'autorità localmente responsabile: a) ordina al vettore di riprendere a proprio carico il cittadino del paese terzo in questione e trasferirlo immediatamente nel paese terzo dal quale è stato trasportato, o nel paese terzo che ha rilasciato il documento che consente di attraversare la frontiera o in qualsiasi altro paese terzo in cui sia garantita la sua ammissione, oppure di trovare il modo per ricondurlo, conformemente all'art. 26 della convenzione di Schengen e alla direttiva 2001/51/CE del Consiglio; b) 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.

Il respingimento in frontiera ex art. 14 CFS rappresenta una categoria diversa dall'espulsione tale dello straniero già presente sul territorio in modo irregolare: come infatti accennato, le dinamiche e le logiche di esclusione e di gradazione del regime giuridico applicabile allo straniero in frontiera sprovvisto di una autorizzazione formale all'ingresso sul territorio relativamente, in questo caso, al suo respingimento, sono circondate da minori garanzie rispetto alla procedura di espulsione dello straniero che, seppur irregolarmente, è presente sul territorio, similmente a quanto esaminato nel capitolo precedente relativo al Consiglio d'Europa e alla giurisprudenza CEDU.

La distinzione tra queste due categorie non appare di immediata evidenza ed è comprensibile solo analizzando la relazione in termini di campo applicativo soggettivo del CFS con la direttiva rimpatri 2008/115⁵⁴³. Il tema del respingimento alla frontiera solleva infatti diversi profili di compatibilità con la direttiva 2008/115/CE e in particolare relativamente alla sua applicazione ai cittadini di paesi terzi sottoposti a respingimento alla frontiera ai sensi del codice frontiere Schengen.

L'ambito soggettivo di applicazione della direttiva rimpatri si estende ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio dello Stato membro è irregolare⁵⁴⁴. Sebbene la direttiva non segua la logica del non ingresso e tratti tutti i casi di presenza irregolare (ingresso, permanenza) sul territorio allo stesso modo⁵⁴⁵, essa permette agli Stati membri di derogare da

⁵⁴³ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (Direttiva rimpatri), GU L 348/98 del 24 dicembre 2008.

⁵⁴⁴ Art. 2(1).

⁵⁴⁵ Raccomandazione (UE) 2017/2338 della Commissione del 16 novembre 2017 che istituisce un manuale comune sul rimpatrio che le autorità competenti degli Stati membri devono utilizzare nell'espletamento dei compiti connessi al rimpatrio, GU L 339/83 del 19 dicembre 2017, (manuale comune sul rimpatrio), para 2.1.

tale parità di trattamento attraverso il suo art. 2(2), che recita che gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di paesi terzi “sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'art. 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro”⁵⁴⁶.

Questa esclusione deve tuttavia rispettare le previsioni dettate dalla norma di cui all'art. 4(4) della direttiva stessa, che dispone che gli Stati membri che hanno optato per l'esclusione ai sensi dell'art. 2(2) devono garantire che siano riservati alle categorie escluse dal campo di applicazione della direttiva un trattamento e un livello di protezione non meno favorevole di quanto disposto all'art. 8, paragrafi 4 e 5 della direttiva stessa (limitazione dell'uso di misure coercitive), all'art. 9, paragrafo 2, lettera a) (rinvio dell'allontanamento), all'art. 14, paragrafo 1, lettere b) e d) (prestazioni sanitarie d'urgenza e considerazione delle esigenze delle persone vulnerabili) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento) e sono in ogni caso tenuti al rispetto del principio di *non-refoulement*⁵⁴⁷.

La questione dell'applicazione della direttiva rimpatri ai “casi Schengen” è stata affrontata dalla Corte di giustizia nel caso *Affum*⁵⁴⁸, che, pur essendo relativo ad un caso di respingimento alla frontiera interna, offre alcune linee orientative in merito alla relazione tra i due strumenti normativi.

Nel caso di specie la Corte opera un chiarimento concettuale nei confronti della locuzione di cui all'art. 2(2) direttiva rimpatri, che reca menzione dei “cittadini di Paesi terzi che vengono intercettati o fermati al momento dell'attraversamento irregolare della frontiera, o subito dopo”⁵⁴⁹, formulazione criticata in dottrina per la sua genericità che finiva col conferirle un campo applicativo eccessivamente ampio in assenza di parametri spaziali e temporali che perimetrassero l'atto dell'attraversamento irregolare della frontiera, potendo teoricamente applicarsi a qualunque cittadino di paese terzo entrato irregolarmente sul territorio della UE⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ La direttiva offre l'opzione ma non la rende obbligatoria; cfr. G. CORNELISSE, *The Scope of the Return Directive: How Much Space Is Left for National (Criminal) Procedural Law on Irregular Migration?*, in *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2020; G. CORNELISSE, M. MORARU, *Introduction: judicial dialogue on the return Directive*, pp. 19 ss.

⁵⁴⁷ G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *Part 2: Legal assessment of the implementation of Article 43 of Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection*, in *Asylum procedures at the borders*, European Implementation Assessment, European Parliament, 2020, p. 60.

⁵⁴⁸ CGUE (Grande sezione) sentenza del 7 giugno 2016, *Affum*, causa C-47/15; M.F. CUCCHIARA, *Ancora sui rapporti tra pena detentiva e Direttiva Rimpatri. La decisione della Corte di Giustizia nel caso Affum*, in *Giurisprudenza Penale*, 7, 2016. Nel caso *Affum*, tuttavia, la Corte ha escluso che l'art. 2(2) direttiva 2008/115 possa essere applicato a chi attraversa una frontiera interna, anche in caso di ripristino temporaneo dei controlli. Nella successiva pronuncia nel caso *Arib*, la Corte ha chiarito che il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne non le trasforma in frontiere esterne in quanto la frontiera interna di uno Stato membro, sulla quale sono stati ripristinati i controlli di frontiera, non può essere equiparata ad una frontiera esterna ai sensi della direttiva rimpatri ciò non incide sull'ambito di applicazione della stessa; cfr. CGUE (Grande Sezione), sentenza del 19 marzo 2019, causa C-444/17, EU:C:2019:20.

⁵⁴⁹ Art. 2(2) Direttiva rimpatri.

⁵⁵⁰ Cfr. UNHCR, *Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals*, 2008; A. CAIOLA, *Migrants irréguliers et limites aux sanctions pénales nationales*, in *Revue des affaires européennes*, 2016, pp. 299 ss.; G. ZACCARONI, *The*

Nel circoscrivere la sfera applicativa della disposizione, la Corte afferma che questa riguarda «i cittadini di paesi terzi fermati o scoperti dalle competenti autorità nel momento stesso dell'irregolare attraversamento della frontiera esterna o, successivamente all'attraversamento, in prossimità della frontiera stessa», e che dunque deve sussistere un nesso temporale e spaziale stretto tra l'attraversamento della frontiera e l'intercettazione dello straniero⁵⁵¹. Inoltre, nelle considerazioni della Corte risulta evidente dai lavori preparatori alla direttiva in esame che la ratio della norma risiede nella possibilità per gli Stati «di continuare ad applicare alle loro frontiere esterne procedure di rimpatrio nazionali semplificate, senza dover seguire tutte le fasi nelle quali si sviluppano le procedure previste dalla citata direttiva, al fine di poter allontanare più rapidamente i cittadini di paesi terzi scoperti mentre attraversano tali frontiere»⁵⁵².

Di rilevanza per la nostra analisi sono le indicazioni contenute nel manuale comune sul rimpatrio, che contiene linee guida sull'applicazione della direttiva⁵⁵³. Il manuale riprende le conclusioni in *Affum* e chiarisce che l'applicazione dell'art. 2(2) implica un legame spaziale e temporale diretto con l'attraversamento irregolare della frontiera. Il manuale non fornisce elementi o esempi utili alla valutazione di detto legame, ma elenca alcuni casi che non rientrano in questa categoria, in quanto non esiste più legame di tale natura con l'atto dell'attraversamento, che sono: migranti irregolari fermati nel territorio di uno Stato membro entro un determinato lasso di tempo successivo all'ingresso irregolare, migranti irregolari fermati in una regione di frontiera, salvo che vi sia ancora un legame diretto con l'atto di aver attraversato irregolarmente la frontiera, migranti irregolari che scendono da un autobus proveniente da un paese terzo, se l'autobus ha già fatto varie fermate nel territorio dell'Unione europea, migranti irregolari che, essendo stati espulsi in una precedente occasione, violano un divieto d'ingresso ancora valido (salvo che siano fermati in relazione diretta con l'attraversamento irregolare della frontiera), migranti irregolari che attraversano una frontiera interna, cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare che stanno lasciando il territorio degli Stati membri e dei paesi associati Schengen⁵⁵⁴.

Similmente, casi non rientranti nella seconda locuzione “che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro” sono i cittadini di paesi terzi che hanno ricevuto una autorizzazione a rimanere sul territorio a seguito dell'attraversamento irregolare della frontiera; e i «cittadini di paesi terzi oggetto di un provvedimento di respingimento e soggiornanti in una zona di transito aeroportuale (che possono quindi essere esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva) che sono trasferiti in ospedale per motivi medici, ottenendo un permesso nazionale a breve termine [e non semplicemente un rinvio dell'allontanamento ai sensi dell'art. 9, paragrafo 2, lettera a)], che copra l'intero periodo di ricovero in ospedale»⁵⁵⁵.

Pragmatism of the Court of Justice on the Detention of Irregular Migrants: Comment on *Affum*, in *European Papers*, 2/1, 2017, p. 449 ss.

⁵⁵¹ *Affum*, para 72.

⁵⁵² *Ivi*, para 73.

⁵⁵³ Manuale comune sul rimpatrio, cit.

⁵⁵⁴ *Ivi*, p. 96.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

Il documento reca esplicita menzione dei casi riguardanti cittadini di paesi terzi fermati presso le zone di transito aeroportuali o genericamente ai valichi di frontiera, offrendo la chiara ed esplicita possibilità agli Stati membri di escludere tali categorie dall'applicazione della direttiva rimpatri sulla base del suo art. 2(2)⁵⁵⁶. In questo contesto è evidente la disarticolazione tra ingresso e presenza fisica e presenza legale. Infatti, il manuale spiega che gli stranieri presso le zone di transito aeroportuali e i valichi di frontiera sono “già fisicamente presenti sul territorio” ma allo stesso tempo, allo Stato è lasciata facoltà di applicare loro l'art. 2 poiché essi rientrano anche tra i cittadini di paesi terzi «fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro»⁵⁵⁷. Ciò è evidente anche nell'esempio citato degli stranieri presenti nelle zone di transito aeroportuali ma che sono poi trasferiti per motivi medici presso un ospedale, che ricadono nella fattispecie di cui all'art. 14(1)(b) e (d), che sottolinea la necessità che il trasferimento sia disposto con permesso nazionale a breve termine, assimilabile ad una autorizzazione formale alla permanenza sul territorio e non già solo sulla base di un rinvio dell'allontanamento, che evidentemente non rappresenta un titolo legale di permanenza.

Infine, di aiuto è anche la distinzione tra il concetto di casi frontalieri ai sensi dell'art. 2(2) direttiva 2008/115 e quello citato nell'art. 12(3) (procedura semplificata in caso di ingresso irregolare) che dispone che «[g]li Stati membri possono decidere di non applicare il paragrafo 2 (dell'art. 12 ndr) ai cittadini di paesi terzi che sono entrati in modo irregolare nel territorio di uno Stato membro e non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato».

In questo caso, il manuale fornisce una indicazione sulla misurabilità del nesso spaziale e soprattutto temporale necessario a che un soggetto rientri nella categoria di cui all'art. 2(2) e specifica che, ad esempio, «un cittadino di paese terzo il cui soggiorno è irregolare che viene fermato nel territorio di uno Stato membro tre mesi dopo il suo ingresso irregolare non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva rimpatri, ma può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 12, paragrafo 3, della medesima»⁵⁵⁸.

5. La domanda di protezione internazionale alla frontiera

5.1. Un inquadramento generale delle procedure relative all'istanza di protezione internazionale

Come accennato nel paragrafo precedente, sebbene non esista un diritto di soggiorno sul territorio pieno e soggettivo per i richiedenti asilo, le autorità sono obbligate al rispetto del principio di *non-refoulement* e il divieto di allontanare i richiedenti protezione internazionale prima che le autorità competenti si siano espresse in merito alle loro istanze.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁵⁷ A meno che essi non siano richiedenti asilo, la cui condizione sarà analizzata nei paragrafi successivi.

⁵⁵⁸ Manuale comune sul rimpatrio, cit., p. 96. A garanzia dei “casi frontalieri” di cui all'art. 2(2), dunque, si applica l'art. 12(2) della direttiva rimpatrio: Gli Stati membri provvedono, su richiesta, alla traduzione scritta od orale dei principali elementi delle decisioni connesse al rimpatrio di cui al paragrafo 1, incluse le modalità di impugnazione disponibili, in una lingua comprensibile per il cittadino di un paese terzo o che si può ragionevolmente supporre tale.

Il diritto dell'Unione europea inoltre, diversamente dal sistema istituito nell'ambito del Consiglio d'Europa, prevede il diritto di asilo, disposto innanzitutto all'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che inoltre vieta l'allontanamento al suo art. 19, ove vi sia un rischio serio di essere sottoposto a pena di morte, tortura o altri trattamenti inumani o degradanti⁵⁵⁹.

In base all'art. 78 TFUE, l'Unione sviluppa una politica comune in materia di asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea, nel cui ambito ricadono anche le «procedure comuni per l'ottenimento e la perdita dello status uniforme in materia di asilo o di protezione sussidiaria»⁵⁶⁰.

In questo quadro è stata adottata la direttiva 2013/32/UE, che stabilisce procedure comuni da applicarsi al riconoscimento o alla revoca dello status di protezione internazionale (direttiva procedure)⁵⁶¹, sulle ceneri della precedente direttiva 2005/85/CE, nel cui contesto invece le procedure nazionali risultavano estremamente variegata e frammentate, minando dunque l'aspetto procedurale del diritto alla protezione internazionale.

A tal proposito, è stato evidenziato in dottrina che lo scopo e il fine della versione più recente della direttiva è proprio quello di orientarla verso un approccio più garantista, armonizzando dunque le procedure nazionali e garantendo uno standard qualitativo minimo tra gli Stati membri relativamente appunto alla procedura per il riconoscimento dello *status*⁵⁶².

La nuova direttiva procedure amplia così il suo ambito di applicazione soggettivo, nel quale ricadono tutte le domande di protezione internazionale presentate nel territorio, compreso alla frontiera, nelle acque territoriali o nelle zone di transito degli Stati membri⁵⁶³, intese come le istanze relative sia allo status di rifugiato che per la protezione sussidiaria⁵⁶⁴. Cambiamenti significativi sono stati apportati anche relativamente alla questione altrettanto fondamentale dell'accesso alla procedura. Infatti, la direttiva impone allo Stato di designare un'autorità competente per l'esame adeguato delle domande di protezione internazionale, che deve disporre

⁵⁵⁹ Cfr. F. CHERUBINI, Asilo e cittadinanza europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, pp. 756 ss; M.T. GIL BRAZO, The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to be granted asylum in the Union's law, in *Refugee Survey Quarterly*, 27/3, 2008, pp. 33 ss; S. F. NICOLSI, Going unnoticed? Diagnosing the right to asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in *European Law Journal*, 23/1-2, 2017, pp. 94 ss; F. IPPOLITO, Migration and asylum cases before the court of justice of the European Union: putting the EU charter of fundamental rights to test?, in *European Journal of Migration and Law*, 2015, pp. 1 ss; K. LANAERTS, Exploring the limits of the EU Charter on fundamental rights, in *European Constitutional Law Review*, 8/3, 2012, pp. 375 ss.

⁵⁶⁰ Para 2(d).

⁵⁶¹ Si veda, J. VESTED-HANSEN, *Commentary on Directive 2013/32/EU*, in K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 293.

⁵⁶² C. COSTELLO, E. HANCOX, The recast asylum procedure directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee, in *Reforming the common European asylum system. The New European refugee law*, V. CHETAIL, P. DE BRUYKER, F. MAIANI (a cura di), Brill, Boston, p. 377; sul punto si veda anche, F. IPPOLITO, S. VELLUTI, The recast process of the EU asylum system. A balancing act between efficiency and fairness, in *Refugee Survey Quarterly*, 30/3, 2011, pp. 24 ss; P. DE BRUYKER, *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, in *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, O. EDSTORM, F. J. LAFÉRIÈRE, H. LABAYE (a cura di), Bruylant, Parigi, 2015, pp. 10 ss; C. COSTELLO, *The asylum procedures directive in context: equivocal standards meet general principles*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 12 ss.

⁵⁶³ Direttiva procedure, art. 2; si veda infra.

⁵⁶⁴ C. COSTELLO, E. HANCOX, *op. cit.*, p. 391; Art. 2(j).

dei mezzi adeguati e in particolare di personale competente e in numero sufficiente⁵⁶⁵ e che abbia ricevuto una preparazione adeguata. L'art. 2(f) definisce il termine "autorità competente" come «qualsiasi organo quasi giurisdizionale o amministrativo di uno Stato membro che sia competente ad esaminare le domande di protezione internazionale e a prendere una decisione di primo grado al riguardo».

L'art. 6 dispone che qualora lo straniero abbia presentato la sua istanza alle autorità che a norma del diritto nazionale sono designate come competenti alla registrazione delle domande, quest'ultima è effettuata entro tre giorni lavorativi dalla loro presentazione. Se diversamente la domanda sia presentata ad un'autorità diversa da quelle designate, preposta alla ricezione delle istanze ma non alla loro registrazione⁵⁶⁶, allora il tempo limite è esteso a dieci giorni. In tal senso, la direttiva accoglie una definizione ampia di autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale a norma del diritto nazionale, che corrispondono a tutte quelle autorità alle quali è «plausibile che un cittadino di un paese terzo in situazione irregolare presenti una domanda di protezione internazionale»⁵⁶⁷.

La direttiva opera poi una differenziazione tra la presentazione della domanda e la sua introduzione/inoltro, designandole come due fasi distinte e consecutive del procedimento⁵⁶⁸ (nella versione inglese, la distinzione è tra la locuzione "*making an application*" e "*lodging an application*").

Nel primo caso, ai fini della presentazione della domanda, è sufficiente la manifestazione di volontà da parte del richiedente, non rilevando l'adempimento di alcuna formalità amministrativa. In questo senso, dunque, la semplice presentazione della domanda, e dunque la semplice manifestazione di volontà, conferisce al soggetto la qualità di richiedente protezione internazionale, e gli attribuisce tutti i diritti riconducibili in virtù di tale qualificazione. Diversamente, l'introduzione/inoltro della domanda corrisponde al completamento da parte del richiedente di alcuni adempimenti amministrativi e solo in questa fase, pertanto, la direttiva consente allo Stato l'imposizione di questi ultimi, e permette in questo senso di esigere che il richiedente si rechi in alcuni luoghi designati a tal scopo o che le domande siano presentate personalmente⁵⁶⁹.

Il capo II della direttiva disciplina le garanzie e i principi fondamentali applicabili alle procedure. Oltre ai già citati artt. 9 e 6, è disposto che gli Stati membri non respingono né escludono le domande di protezione solo perché non presentate tempestivamente. Le decisioni devono essere basate su un esame individuale delle istanze e su informazioni oggettive e fondate circa la situazione del paese di origine.

Riguardo i criteri applicabili alle decisioni dell'autorità accertante, la direttiva dispone che le decisioni sulle domande di protezione internazionale siano comunicate per iscritto e che siano motivate, *de jure* e *de facto*, e che contestualmente il richiedente sia informato sui mezzi di ricorso esperibili. Il richiedente è poi informato in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire, della procedura da seguire e dei suoi diritti e obblighi durante il

⁵⁶⁵ Direttiva procedure, art. 4.

⁵⁶⁶ *Ministerio fiscal*, para 45.

⁵⁶⁷ *Ivi*, para 59.

⁵⁶⁸ S. PEERS, E. GUILD, *op. cit.*, p. 226

⁵⁶⁹ *Ministerio Fiscal*, paras 93 e 94.

procedimento, nonché delle eventuali conseguenze di un mancato adempimento degli obblighi e della mancata cooperazione con le autorità; può richiedere, ove necessario, l'assistenza di un interprete durante i colloqui personali con le autorità; può entrare in contatto con le organizzazioni di tutela dei diritti, come l'UNHCR⁵⁷⁰.

La direttiva, diversamente dalla sua versione precedente che invece lo definiva opzionale, impone al richiedente l'obbligo di cooperare con le autorità, che può comportare l'obbligo di riferire alle autorità competenti o di comparire personalmente dinanzi alle stesse, consegnare alle autorità documenti in loro possesso come i passaporti e riferire alle autorità del loro luogo di domicilio o un suo eventuale cambiamento⁵⁷¹.

Rispetto al tema del colloquio personale, la direttiva ne tutela le condizioni di svolgimento e la riservatezza, prevedendo che esso debba di norma svolgersi individualmente e in un contesto adeguato, assicurato dalla adeguata preparazione del personale e in presenza di un interprete. Del colloquio deve essere redatto un verbale e deve essere data possibilità al richiedente di presentare osservazioni o chiarimenti in merito alle informazioni presentate in sede di colloquio. L'art. 19 dispone che deve essere data possibilità ai richiedenti di ricevere informazioni giuridiche e procedurali gratuitamente, sia in fase di avvio della procedura che in caso di decisione negativa in primo grado, che, in base all'art. 21, possono essere fornite da associazioni non governative, professionisti di autorità governative o servizi statali specializzati. L'art. 20 similmente sancisce il diritto all'assistenza legale gratuita in caso di diniego della protezione, che deve comprendere, come minimo, la preparazione dei documenti e la partecipazione del richiedente alle udienze. Ciò riceve una limitazione al paragrafo successivo, che dà la possibilità allo Stato di negare l'assistenza gratuita ove il giudice in carico del caso ritenga che quest'ultimo non abbia possibilità di successo. Inoltre, in base all'art. 20, allo Stato è concessa la possibilità di limitare l'assistenza legale gratuita soltanto a chi non disponga delle risorse necessarie o tramite servizi di avvocati designati a svolgere tale compito dal diritto nazionale. Infine, l'art. 22 sancisce il diritto generale alla rappresentanza e all'assistenza legale, a spese del richiedente, in tutte le fasi della procedura.

Le restanti disposizioni del Capo II a tutela del richiedente riguardano garanzie a favore di categorie specifiche, come i soggetti che necessitano di garanzie procedurali particolari e i minori (artt. 24 e 25) e le procedure in caso di ritiro della domanda o rinuncia ad essa (artt. 27 e 28).

5.2. La procedura di frontiera

Si è detto che il diritto dell'Unione non conferisce ai richiedenti asilo un diritto soggettivo all'ingresso sul territorio, ma un generico diritto a rimanervi per la durata della procedura di asilo e sino ad una decisione in merito, almeno di primo grado. Poco chiara rimane tuttavia la situazione dei richiedenti asilo in frontiera, sulla cui categoria non risulta di immediata applicazione l'art. 9 della direttiva. In generale, tuttavia, si è detto che il richiedente asilo, anche

⁵⁷⁰ Art. 11.

⁵⁷¹ Art. 13.

in frontiera, gode di un diritto ad una presa in carico e ad un esame della sua istanza di protezione internazionale.

Una utile premessa che si vuole avanzare in questa sede è che la direttiva 2013/32/UE al suo art. 43 non menziona esplicitamente che la procedura in parola sia applicabile solo alle frontiere esterne e la direttiva 2013/32 non fornisce una definizione di “procedura di frontiera”. Tuttavia, come ha sottolineato parte della dottrina, la norma va letta alla luce della legislazione europea in materia di asilo, sulla cui base pare appare opportuno attribuire al termine “frontiera” il significato di “frontiera esterna” ai sensi del CFS. Questo orientamento è favorito anche dalla lettura congiunta dell’art. 43 direttiva procedure con il già citato art. 2(2) della direttiva rimpatri, che menziona esplicitamente la frontiera esterna⁵⁷². È infatti evidente che lo scopo dell’art. 2(2)⁵⁷³ appaia sovrapponibile alla ratio dell’art. 43, ovvero quello di applicare delle procedure semplificate ai cittadini di paesi terzi che si trovino alla frontiera esterna.

D'altronde ciò pare ulteriormente confermato dalla pronuncia della Corte in *FMS*, dove essa ha affermato che «una siffatta procedura di frontiera è destinata a consentire agli Stati membri di decidere in merito alle domande di protezione internazionale che sono presentate alla frontiera o nelle zone di transito di uno Stato membro prima che sia presa una decisione sull’ammissione dei richiedenti nel suo territorio»⁵⁷⁴.

La situazione peculiare dei richiedenti asilo in frontiera e l’esigenza di adattare le relative procedure al loro caso, coniugando la possibilità di rimandare l’ingresso sul territorio applicando loro la procedura ordinaria di asilo alla necessità di garantire loro un esame della domanda, è ben introdotta al considerando 38 della direttiva 2013/32, che recita che «[m]olte domande di protezione internazionale sono presentate alla frontiera o nelle zone di transito dello Stato membro prima che sia presa una decisione sull’ammissione del richiedente. Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere procedure per l’esame dell’ammissibilità e/o del merito, che consentano di decidere delle domande sul posto in circostanze ben definite»⁵⁷⁵.

Mentre la versione precedente della direttiva ne permetteva il ricorso genericamente “per decidere sulle domande presentate in frontiera o presso le zone di transito”, la direttiva ora in vigore e il suo nuovo art. 43 ne restringe il campo di applicazione, disponendo che la procedura di frontiera può essere applicata “per decidere alla frontiera o alla zona di transito” sull’ammissibilità della domanda di protezione internazionale⁵⁷⁶ o sul suo merito, nell’ambito di procedure rientranti nei casi di cui all’art. 31(8) della direttiva, ovvero, nei dieci casi ivi menzionati, che sono: a) nel presentare domanda ed esporre i fatti il richiedente ha sollevato

⁵⁷² G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁷³ Si veda *infra*.

⁵⁷⁴ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, EU:C:2020:367, para 236.

⁵⁷⁵ Si veda, in questo senso, G. CORNELISSE, *Territory, Procedures and Rights*, cit.

⁵⁷⁶ Ai sensi dell’art. 33, una domanda è inammissibile quando a) un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale; b) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese di primo asilo del richiedente a norma dell’art. 35; c) un paese che non è uno Stato membro è considerato paese terzo sicuro per il richiedente a norma dell’art. 38; d) la domanda è una domanda reiterata, qualora non siano emersi o non siano stati presentati dal richiedente elementi o risultanze nuovi ai fini dell’esame volto ad accertare se al richiedente possa essere attribuita la qualifica di beneficiario di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE; o e) una persona a carico del richiedente presenta una domanda, dopo aver acconsentito, a norma dell’art. 7, paragrafo 2, a che il suo caso faccia parte di una domanda presentata a suo nome e non vi siano elementi relativi alla situazione della persona a carico che giustifichino una domanda separata.

soltanto questioni che non hanno alcuna pertinenza per l'esame della domanda; oppure b) il richiedente proviene da un paese di origine sicuro; o c) il richiedente ha indotto in errore le autorità presentando informazioni o documenti falsi od omettendo informazioni pertinenti o documenti relativi alla sua identità e/o alla sua cittadinanza che avrebbero potuto influenzare la decisione negativamente; o d) è probabile che, in mala fede, il richiedente abbia distrutto o comunque fatto sparire un documento d'identità o di viaggio che avrebbe permesso di accertarne l'identità o la cittadinanza; o e) il richiedente ha rilasciato dichiarazioni palesemente incoerenti e contraddittorie, palesemente false o evidentemente improbabili che contraddicono informazioni sufficientemente verificate sul paese di origine; o f) il richiedente ha presentato una domanda reiterata di protezione internazionale inammissibile ai sensi dell'art. 40, paragrafo 5; o g) il richiedente presenta la domanda al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione di una decisione anteriore o imminente che ne comporterebbe l'allontanamento; o h) il richiedente è entrato illegalmente nel territorio dello Stato membro o vi ha prolungato illegalmente il soggiorno e, senza un valido motivo, non si è presentato alle autorità o non ha presentato la domanda di protezione internazionale quanto prima possibile rispetto alle circostanze del suo ingresso; o i) il richiedente rifiuta di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico; o j) il richiedente può, per gravi ragioni, essere considerato un pericolo per la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico dello Stato membro o il richiedente è stato espulso con efficacia esecutiva per gravi motivi di sicurezza o di ordine pubblico a norma del diritto nazionale.

Sebbene la dottrina rimanga fortemente critica circa l'eccessiva discrezionalità lasciata agli Stati membri nell'applicare la disposizione, che è la causa all'origine della scarsa uniformità delle procedure che finiscono così col variare sensibilmente tra gli Stati membri⁵⁷⁷, la Commissione ha chiarito che i motivi di ricorso alla procedura di frontiera devono necessariamente trovare esatto riscontro nei motivi di cui agli artt. 31 e 38, e che i relativi casi elencati sono esaustivi⁵⁷⁸.

Altro limite espresso si rinviene al considerando 21, che vieta allo Stato membro di ricorrere alla procedura di frontiera esclusivamente sulla base della mancanza di documenti relativi all'ingresso o l'uso di documenti falsi, sebbene diverse fonti abbiano evidenziato che non sempre questo orientamento viene rispettato, in ragione soprattutto della possibilità di applicare tale procedura nei casi di cui all'art. 31(8)(d), che menziona una situazione simile a quella descritta⁵⁷⁹.

La norma dispone poi al suo paragrafo 2 che «[g]li Stati membri provvedono affinché la decisione nell'ambito delle procedure di cui al paragrafo 1 sia presa entro un termine ragionevole. Se la decisione non è stata presa entro un termine di quattro settimane, il

⁵⁷⁷ G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *op. cit.*, p. 12; ma anche EASO, *Border Procedures for Asylum Applications in EU+ Countries*, 2020, p. 9; ECRE, *Border procedures: not a panacea*, ECRE's assessment of proposals for increasing or mandatory use of border procedures, Policy Note 21, July 2019; FRA, *Council of Europe, Fundamental rights of refugees, asylum applicants and migrants at the European borders*, 2020, pp. 4-5.

⁵⁷⁸ European Commission, *Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Common Procedures for Granting and Withdrawing International Protection Status* (Recast), COM(2011) 319 final, 1 Jun. 2011 Annex.

⁵⁷⁹ *Ivi*.

richiedente è ammesso nel territorio dello Stato membro, affinché la sua domanda sia esaminata conformemente alle altre disposizioni della presente direttiva»⁵⁸⁰.

In deroga al paragrafo 1, il paragrafo 3 prevede la possibilità che nel caso in cui un gran numero di cittadini di paesi terzi o di apolidi presentano domande di protezione internazionale alla frontiera o in una zona di transito, e ciò renda impossibile applicare le disposizioni di cui al paragrafo 1, la procedura di frontiera è applicabile anche nei luoghi e per il periodo in cui i cittadini di paesi terzi o gli apolidi in questione sono normalmente accolti nelle immediate vicinanze della frontiera o della zona di transito.

La previsione di cui al paragrafo 2 segnala dunque due fasi ove al richiedente sia applicata la procedura di frontiera: una prima, che si svolge in frontiera, nei casi previsti ex artt. 31(8) e 33 per decidere sull'ammissibilità o sul merito della domanda; una seconda, eventuale, che ha inizio se una decisione di primo grado non sia presa nell'arco delle prima quattro settimane, e che prevede che il richiedente "faccia ingresso sul territorio" e sia sottoposto alla procedura ordinaria di determinazione del suo *status*.

In buona sostanza, la procedura di frontiera si caratterizza per una compressione dei tempi procedurali e per un trattamento deteriore del richiedente in merito a diversi ambiti della procedura. Si è già detto che, a norma dell'art. 43, le autorità devono prendere una decisione "entro un termine ragionevole", che, sulla base del secondo periodo del paragrafo, ammonta a quattro settimane, intervallo oltre il quale il richiedente è immesso nella procedura ordinaria ed ammesso sul territorio⁵⁸¹.

5.2.1. L'assistenza legale e il ricorso avverso il diniego della domanda di protezione internazionale ai valichi di frontiera nell'ambito della procedura di frontiera

L'art. 8 del Capo II della direttiva prevede alcune garanzie specifiche per i richiedenti asilo in frontiera, e dispone che qualora un cittadino di paese terzo presente ai valichi di frontiera manifesti la volontà di richiedere la protezione internazionale, gli Stati membri forniscono informazioni sulla possibilità di farlo. Sono inoltre garantiti ai valichi di frontiera i servizi di interpretazione «nella misura necessaria per agevolare l'accesso alla procedura di asilo».

Il paragrafo 2 della norma prevede che «[g]li Stati membri garantiscono che le organizzazioni e le persone che prestano consulenza e assistenza ai richiedenti abbiano effettivo accesso ai richiedenti presenti ai valichi di frontiera, comprese le zone di transito, alle frontiere esterne. Gli Stati membri possono adottare norme relative alla presenza di tali organizzazioni e persone nei suddetti valichi e, in particolare, subordinare l'accesso a un accordo con le autorità competenti degli Stati membri. I limiti su tale accesso possono essere imposti solo qualora, a norma del diritto nazionale, essi siano obiettivamente necessari per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa dei valichi interessati, purché l'accesso non risulti in tal modo seriamente ristretto o non sia reso impossibile». La norma deve essere letta congiuntamente all'art. 23(2) della direttiva, che afferma l'obbligo per gli Stati membri di

⁵⁸⁰ Si veda *infra*.

⁵⁸¹ La questione verrà approfondita nei paragrafi successivi relativi alla detenzione nelle more della procedura di frontiera.

provvedere affinché l'avvocato o il consulente legale possa accedere alle aree chiuse, quali le zone di transito, per consultare il richiedente.

Le disposizioni in parola sono state recentemente oggetto di una pronuncia della Corte nel quadro di una procedura di infrazione nei confronti dell'Ungheria avviata dalla Commissione europea, che contestava la compatibilità di alcune disposizioni della normativa ungherese con l'art. 8(2) della direttiva 2013/32. Nella fattispecie, la Commissione contestava all'Ungheria di aver introdotto diverse sanzioni penali nei confronti dei soggetti che svolgono attività di assistenza ai richiedenti asilo, attraverso una interpretazione strumentale e a carattere dissuasivo delle rilevanti disposizioni del diritto dell'Unione, introducendo la pena detentiva, inter alia, per chi «svolga tale attività con l'intento di ottenere un profitto economico, che aiuti più di una persona e ad una distanza inferiore ad 8 chilometri dalla frontiera corrispondente alla frontiera esterna, così come definita ai sensi del codice frontiere Schengen»⁵⁸².

Ciò che rileva ai fini della nostra analisi è l'enfasi posta dalla Corte sul diritto di accesso delle organizzazioni ai valichi di frontiera, e del simmetrico diritto dei richiedenti di entrare in contatto con queste ultime. In questo senso, la Corte afferma che «si deve rilevare che il diritto del richiedente protezione internazionale di consultare le persone menzionate all'art. 22, paragrafo 1, della direttiva 2013/32 deve essere inteso nel senso che include il diritto di avere accesso a tali persone, come dimostrato dall'art. 23, paragrafo 2, di detta direttiva», confermando al contempo il tenore dell'art. 8(2) che permette limitazioni all'accesso delle organizzazioni e delle persone che offrono assistenza ai valichi di frontiera solo in circostanze dettate dalla necessità di salvaguardare la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa dei valichi interessati, in ogni caso senza che ciò restringa o renda impossibile l'accesso suddetto, poiché «dal combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 8 della direttiva 2013/32 risulta che l'assistenza prestata ai valichi di frontiera ha segnatamente l'obiettivo di agevolare la presentazione di una domanda di protezione internazionale da parte dei cittadini di paesi terzi o apolidi che vi si presentano. Inoltre, l'art. 22, paragrafo 1, di tale direttiva sancisce espressamente il diritto di consultare un consulente in ciascuna fase della procedura».

Se dunque è pacifico constatare che l'art. 8(2) abbia il chiaro obiettivo di tutelare coloro che si trovano in frontiera, altre disposizioni segnalano tuttavia un trattamento differenziale per i soggetti in parola. In proposito, la dottrina ha rilevato come il giudice di Lussemburgo mostri generalmente un doppio *standard* nella tutela giurisdizionale dei cittadini di paesi terzi che ricadono nel c.d. "regime frontaliero", connesso soprattutto all'esigenza di garantire tempi rapidi di gestione del contenzioso in materia. Tale doppio *standard* si manifesta specialmente nel diritto alla tutela giurisdizionale effettiva⁵⁸³, più precisamente nel diritto al contraddittorio. Quanto al primo, la Corte di giustizia pare optare per un'interpretazione restrittiva del diritto ad essere ascoltati nell'ambito delle c.d. procedure di frontiera, il cui contenuto deve essere

⁵⁸² Cfr. CGUE (Grande sezione), sentenza del 16 novembre 2021, *Commissione europea contro l'Ungheria*, C-821/19, EU:C:2021:930, para 28; si veda C. SCISSA, *La Corte di Giustizia dichiara l'Ungheria inadempiente per la legislazione anti-Soros: ma è davvero l'unica responsabile?*, in SIDIBlog, 3 dicembre 2021; J. DE CONINCK, *(Il-)Legal Gymnastics by Poland and Hungary in EU Border Procedures*, in VerfassungsBlog, 11 novembre 2021; G. POGGESCHI, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-Soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"*, in *DPCE online*, 2, 2018, pp. 617 ss.

⁵⁸³ Artt. 47, 52(3) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

relazionato agli obiettivi di interesse generale perseguiti dal diritto dell'Unione applicabile alla fattispecie. Così, il diritto a essere ascoltati, sia nella fase amministrativa che in quella giurisdizionale, non implica necessariamente un diritto ad un colloquio ma, al più, un generico diritto al contraddittorio, nelle procedure accelerate e di frontiera⁵⁸⁴.

Tale doppio *standard* si palesa allo stesso modo nella direttiva procedure, che ammette una compressione della norma di cui all'art. 19 sul diritto a ricevere informazioni durante le procedure di primo grado, prevedendo, ai sensi dell'art. 20(2) l'opportunità di non concederla nel caso della procedura di frontiera⁵⁸⁵.

Ancora sul diritto a rimanere sul territorio, in questo caso nel quadro delle procedure di ricorso avverso diniego dell'istanza, l'art. 46(5) dispone che ai richiedenti è concesso rimanere sul territorio sino alla scadenza dei termini per presentare ricorso e in tal caso, sino al suo esito. Tuttavia, la disposizione introduce importanti eccezioni all'effetto sospensivo del ricorso in alcuni casi specifici relativi alle domande di protezione internazionale presentate nelle zone di transito, in particolare quando la domanda sia stata giudicata inammissibile o manifestamente infondata e purché il richiedente disponga dell'interpretazione e dell'assistenza legale necessarie e, al meno, di una settimana per preparare la domanda e presentare al giudice gli argomenti a sostegno della concessione del diritto di rimanere nel territorio in attesa dell'esito del ricorso; e nel quadro dell'esame della domanda di cui al paragrafo 6 il giudice esamini la decisione negativa dell'autorità accertante in termini di fatto e di diritto.

Ciò è stato affermato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. La Corte ha infatti ritenuto compatibile col diritto a un ricorso effettivo una normativa nazionale che attribuisce allo stesso giudice che ha respinto l'istanza di asilo la competenza a negare l'effetto sospensivo del ricorso in secondo grado, quando la domanda sia stata respinta per inammissibilità e lo stesso richiedente non abbia integrato la sua domanda con nuovi elementi⁵⁸⁶, pur non negando che l'effetto sospensivo del ricorso previsto *ex lege* integri la tutela effettiva del principio di *non-refoulement*⁵⁸⁷.

6. Il trattenimento presso le zone di transito e di frontiera

6.1. La detenzione amministrativa dei migranti nel diritto dell'Unione europea e la natura del trattenimento presso le zone di transito: inquadramento generale

Il tema del trattenimento e dell'accoglienza rappresenta il terzo punto focale della triangolazione che caratterizza il fenomeno delle zone di transito, e ne rappresenta anche quello maggiormente capace di restituirne la dimensione fisica, dando pertanto maggiore profondità e concretezza al fenomeno. È bene partire dalla tutela della libertà personale così come offerta

⁵⁸⁴ Cfr. D. VITIELLO, *Le frontiere esterne*, cit., p. 244; M.C. LOCCHI, Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese, in *DPCE online*, 2/2017, pp. 356 ss; CGUE, sentenza del 20 ottobre 2016, *Danqua*, causa C-429/15, EU:C:2016:789; sentenza del 9 febbraio 2017, *M.*, causa C-560/14, EU:C:2017:101, para 17; sentenza del 20 ottobre 2016, causa C-429/15, EU:C:2016:789, para 45.

⁵⁸⁵ Cfr. CORNELISSE, M. RENEMAN, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸⁶ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne*, cit., p. 246; CGUE, sentenza 26 settembre 2018, *X e Y*, causa C-180/17, EU:C:2018:775, para 43.

⁵⁸⁷ D. VITIELLO, *Le frontiere esterne*, cit., p. 246; CGUE, sentenza del 18 dicembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, para 52.

dall'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che recita «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

La disposizione ha la stessa portata e gli stessi limiti dell'art. 5 CEDU così come definito dalla giurisprudenza di merito⁵⁸⁸, anche se ciò non osta a che la protezione offerta in ambito dell'Unione sia più ampia. Inoltre, in base a quanto disposto all'art. 52 della Carta, eventuali sue limitazioni devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale della norma, potendo essere disposte solo in conformità al principio di proporzionalità, e in ragione di necessità ai fini dell'interesse generale o di protezione dei diritti e delle libertà altrui. Infine, ai sensi dell'art. 51 della Carta, l'art. 6 trova applicazione ogniqualvolta si applichi il diritto dell'Unione. Inoltre, esso riveste un requisito autonomo nel diritto dell'Unione, in quanto obbligo comune tra gli Stati membri⁵⁸⁹.

In questo quadro, dunque, il diritto dell'Unione ha disciplinato i casi relativi al trattenimento degli stranieri, ai quali si applica pertanto l'art. 6 con la relativa giurisprudenza e interpretazione.

La giurisprudenza di merito ha ricavato una definizione della privazione della libertà personale nel contesto migratorio, attraverso la sua comparazione con misure che invece ne comportino una semplice limitazione⁵⁹⁰. L'art. 2(h) della direttiva 2013/33 definisce il trattenimento come «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione», mentre la direttiva 2008/115 non reca una definizione esplicita della misura. La Corte ha tuttavia precisato che, rispetto a quest'ultima, l'assenza di una definizione del concetto non indica che il legislatore abbia voluto distinguerlo da quello fornito nella direttiva 2013/33, e che la nozione di “trattenimento”, ai sensi di queste due direttive, riguarda un'unica realtà⁵⁹¹.

Così, la nozione di trattenimento implica «il confinamento del (richiedente protezione internazionale), da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione» e presuppone una privazione, non una mera restrizione, della libertà di circolazione del richiedente⁵⁹².

Orbene, il diritto dell'Unione prevede il ricorso al trattenimento dello straniero in tre casi: nelle more della domanda di protezione internazionale; nelle more del procedimento di determinazione dello Stato membro competente ad esaminare una domanda di protezione internazionale; nell'ambito di un procedimento di espulsione.

Il caso del trattenimento presso le zone di transito e di frontiera è peculiare per diverse ragioni. In primo luogo, vengono in rilievo tre domande chiave relative al tema: dove avviene il trattenimento, nel caso di specie se lo straniero si trovi presso un valico di frontiera

⁵⁸⁸ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02); cfr. M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, volume I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239 ss.

⁵⁸⁹ Considerando 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵⁹⁰ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, *FMS*, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, para 220.

⁵⁹¹ *Ivi*, para 224; S. BARTOLINI, T. BOMBOIS, Immigration Detention before the CJEU: The interrelationship between the Return Directive and the Recast Reception Conditions Directive and their Impact on the Rights of Third Country Nationals, in *European Human Rights Law Review*, 2016, p. 519 ss; R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit. pp. 50 ss.

⁵⁹² *FMS*, paras 221 ss.

aeroportuale; le condizioni materiali che il diritto dell'Unione impone agli Stati di rispettare ove essi decidano di trattenere un individuo presso tali zone; i motivi che giustificano il trattenimento in frontiera.

Rispetto alla prima questione, il diritto dell'Unione non fornisce una risposta chiara in merito alla frontiera aeroportuale. Il trattenimento presso tale frontiera può avvenire, di norma, presso specifici locali interni all'aeroporto, o presso centri destinati a tal scopo ubicati in prossimità dell'aeroporto o all'interno dello Stato. In tale caso, è ancor più evidente la messa al lavoro della "finzione di non ingresso", nella misura in cui le procedure di frontiera saranno applicate anche allo straniero che sia fisicamente ben oltre la frontiera, in virtù del suo ingresso attraverso la frontiera esterna privo dei necessari requisiti di ingresso⁵⁹³.

In secondo luogo, non sempre il trattenimento disposto in frontiera è disciplinato dalla legislazione statale e si configura spesso come prassi non codificata, in ragione della "finzione di non ingresso" e della necessità che i cittadini di paesi terzi non facciano ingresso sul territorio, che giocoforza implica sempre una limitazione della libertà di movimento che è spesso difficilmente distinguibile da una privazione della libertà personale.

Ancora, il regime applicabile a chi si trova in frontiera non corrisponde spesso a quello che riguarda chi invece ha ricevuto una autorizzazione all'ingresso e si trova successivamente in condizione irregolare essendo già sul territorio, o come nel caso dei richiedenti asilo, sia stato autorizzato a rimanere temporaneamente sul territorio in ragione della procedura di determinazione del suo *status*⁵⁹⁴.

6.2. Il trattenimento in vista dell'espulsione nel quadro del respingimento immediato disposto ex art. 14 del Codice frontiere Schengen

Le ipotesi di trattenimento nel quadro del respingimento dello straniero irregolarmente presente sul territorio sono disciplinate dalla Direttiva 2008/115/CE, ai sensi del cui art. 15 il trattenimento dello straniero è disposto esclusivamente ("soltanto", nel linguaggio della direttiva) in ordine alla preparazione del rimpatrio o all'attuazione dell'allontanamento e solo ove altre misure meno coercitive non siano ritenute efficaci⁵⁹⁵. È bene precisare che la direttiva si applica allo straniero irregolarmente presente ma che, come evidenziato in precedenza nell'ambito di questo lavoro, lo Stato membro è libero di non applicarla nella sua quasi totalità ai casi frontalieri, di cui si parlerà in seguito. Per quanto riguarda invece i richiedenti asilo, la direttiva non si applica chiaramente ad essi fintantoché sia in corso la procedura di determinazione del loro *status* e sino al momento in cui non sia entrata in vigore una decisione negativa in merito alla domanda d'asilo o una decisione che pone fine al suo diritto di soggiorno quale richiedente asilo⁵⁹⁶.

Similmente ai criteri applicativi dell'art. 5 CEDU, e come sentenziato dalla Corte di giustizia, la misura deve avere la durata più breve possibile e deve essere strettamente finalizzata all'esecuzione della misura dell'allontanamento. Tuttavia, diversamente dalla

⁵⁹³ In merito, si veda il capitolo II.

⁵⁹⁴ Cfr. G. CORNELISSE, *Detention and transnational law*, cit. pp. 222 ss.

⁵⁹⁵ CGUE, sentenza del 28 aprile 2011, *El Dridi*, causa C-61/11, para. 37.

⁵⁹⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 30 novembre 2009, *Kadzoev*, C- 357/09 PPU, para 68.

CEDU che lascia lo Stato libero di stabilire l'ammontare della durata massima della detenzione, e per questo pare maggiormente libera di valutarne l'utilità caso per caso, la direttiva in esame detta essa stessa un termine massimo che sembra abbastanza prolungato, ammontando questo ad un totale di 18 mesi⁵⁹⁷.

I motivi che giustificano la necessità del trattenimento sono elencati al paragrafo 1 dello stesso art. e consistono nelle ipotesi di rischio di fuga o ove il cittadino di paese terzo ostacoli l'esecuzione del rimpatrio o dell'allontanamento. L'art. 15 prevede anche diverse garanzie procedurali a tutela dello straniero così detenuto: il trattenimento deve essere motivato in fatto e in diritto, pur potendo essere disposto sia da autorità giudiziarie che da autorità amministrative, e, in quest'ultimo caso, lo Stato membro deve prevedere un riesame giudiziario⁵⁹⁸ sulla legittimità del trattenimento entro il più breve tempo possibile dall'inizio della misura oppure accordare al cittadino di paese terzo interessato la possibilità di presentare un riesame ad una autorità giudiziaria circa la legittimità del trattenimento entro il più breve tempo possibile. Inoltre, in base al paragrafo 3, il trattenimento è in ogni caso sottoposto a riesami periodici, su richiesta del cittadino di paese terzo o d'ufficio⁵⁹⁹. La rilevanza della scrupolosità dello scrutinio e del nesso imprescindibile tra il trattenimento e l'effettiva sussistenza di concrete prospettive di rimpatrio sono state negli anni sottolineate dalla giurisprudenza di merito. Così, in *Kadzdev*, la Corte ha affermato che le misure previste all'art. 15(5)(6) mirano a limitare la privazione di libertà di un individuo, e, in merito alla locuzione "prospettiva ragionevole di allontanamento", ha chiarito che in assenza di una tale prospettiva la persona è immediatamente rilasciata⁶⁰⁰.

La peculiarità del trattenimento presso le zone di transito nelle more di una procedura di respingimento alla frontiera, tuttavia, risiede in due circostanze: in primo luogo, essa avviene senza che mai al cittadino di paese terzo sia stata data una autorizzazione all'ingresso sul territorio, come conseguenza dunque di un rifiuto di ingresso; inoltre, nessuno strumento di diritto secondario dell'Unione disciplina il ricorso alla misura nella fattispecie, elemento che rende difficile qualificare la misura in quanto privazione della libertà personale o limitazione della libertà di circolazione; infine, le rilevanti disposizioni del CFS lasciano intendere che il respingimento in frontiera è effettuato "immediatamente", dunque contestualmente alla decisione di respingimento immediato, senza che sia necessario disporre misure detentive a carico del richiedente. Tuttavia, allo stesso modo, le guardie di frontiera devono accertarsi che

⁵⁹⁷ Art. 15(5)(6) Direttiva rimpatri; D. ACOSTA ARCARAZO, *The Returns Directive. Possible limits and Interpretation*, in *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, K. ZWAAN (a cura di), Wolf Legal, Nijmegen, 2011, pp. 7 ss.

⁵⁹⁸ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit. p. 95.

⁵⁹⁹ A. BALDACCINI, *The return and removal of irregular migrants under EU law: An analysis of the Returns Directive*, in *European Journal of Migration and Law*, 1, 2009, pp. 1 ss; S. PEERS, *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?*, ID, 17, 2015 pp. 289 ss; M.L. BASILIEN-GAINCHE, *Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights*, in ID, 17, 2015, pp. 107 ss; V. MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive*, in *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, M.J. GUIA, R. KOULISH, V. MITSILEGAS (a cura di), Springer, Berlino, 2016, p. 25 ss; I. MAJCHER, *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law*, Brill, Leida, 2020, p. 345.

⁶⁰⁰ *Kadzoev*, para 63. F. SPITALIERI, *Il Rimpatrio e la Detenzione dello Straniero tra Esercizio di Prerogative Statali e Garanzie Sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 159

il cittadino di paese terzo non faccia ingresso sul territorio nelle more della procedura, presupponendo dunque quantomeno una limitazione della sua libertà di movimento.

Il CFS sul tema è infatti silente, tanto da non menzionare mai la parola trattenimento. Tuttavia, si può dedurre che una forma di limitazione della libertà, almeno di circolazione, è implicita nei casi di respingimento alla frontiera ex art. 14(4) del CFS, che recita che «[l]e guardie di frontiera vigilano affinché un cittadino di paese terzo oggetto di un provvedimento di respingimento non entri nel territorio dello Stato membro interessato», e dunque fanno in modo che il cittadino di paese terzo rimanga presso la zona di frontiera o di transito, senza tuttavia specificarne il regime applicabile.

La disposizione riceve maggiore dettaglio all'allegato V parta A, che la competente guardia di frontiera, quando il cittadino di paese terzo è stato condotto alla frontiera da un vettore, l'autorità localmente responsabile «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».

L'attenzione al tema del trattenimento presso le zone di transito in quanto pratica informale da ricondurre nel quadro dei diritti garantiti nel quadro del diritto dell'Unione ha assunto un accresciuto rilievo negli ultimi anni, sia grazie alle sempre più numerose analisi dottrinali che a diverse pronunce da parte della Corti europee degli ultimi anni⁶⁰¹.

Così la Corte di giustizia ha stabilito i contorni/il perimetro delle garanzie applicabili a chi si ritrovi trattenuto presso una zona di transito, in questo caso terrestre, tra la Serbia e l'Ungheria nel caso *FMS* già citato in precedenza. Nel caso di specie, il giudice *a quo* chiedeva se fosse compatibile con le disposizioni della direttiva 2008/115 una legislazione che disponesse il trattenimento del cittadino di paese terzo in posizione irregolare in ragione del fatto che egli è oggetto di una decisione di rimpatrio e non può sopperire alle sue necessità, senza la previa adozione di una decisione che dispone il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura.

La Corte ribadisce l'applicabilità di tutte le disposizioni della direttiva anche ai casi di trattenimento di cittadini di paesi terzi irregolari trattenuti presso le zone di transito, ribadendo al contempo la primazia del diritto dell'Unione su quello nazionale⁶⁰².

Dunque al trattenimento presso le zone di transito si applicano parimenti i principi di necessità e di proporzionalità della misura, che deve essere adottata attraverso atto che ne illustri i motivi in fatto e in diritto e che deve altresì essere sottoposta a controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 15. Inoltre, a tali fattispecie si applicano ugualmente le norme relative alla durata del trattenimento⁶⁰³.

⁶⁰¹ Si veda L. MARIN, *La Corte di Giustizia Riporta le 'Zone di Transito' Ungheresi Dentro il Perimetro del Diritto (Europeo) e dei Diritti (Fondamentali)*, in ADIM Blog, 30 maggio 2020; F. CANCELLARO, *Dagli Hotspot ai "Porti Chiusi": Quali Rimedi per la Libertà Sequestrata alla Frontiera?*, in *Sistema Penale*, 2020, p. 428 ss; G. CAMPESI, *Seeking Asylum in Times of Crisis: Reception, Confinement, and Detention at Europe's Southern Border*, in *Refugee Survey Quarterly*, 37/1, 2018, p. 44 ss; F.L. GATTA, *Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo "Scontro" tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, p. 111 ss.

⁶⁰² *FMS*, para 275 ss.

⁶⁰³ *FMS*, paras 267 ss.

Si è detto che la direttiva 2008/115 permette agli Stati membri di non applicare la quasi totalità delle sue disposizioni ai “casi frontalieri”, lasciando dunque allo Stato membro un margine di apprezzamento circa la disciplina dei casi che li riguardano⁶⁰⁴.

La previsione, escludendo dall’applicazione della direttiva i cd “casi frontalieri”, di fatto annulla la portata innovatrice della sentenza. Ciò è d’altronde precisato dalla Corte stessa nel caso di specie, nella parte in cui essa sottolinea che i ricorrenti «rientrano, [...], nell’ambito di applicazione della direttiva 2008/115, fermo restando che *il giudice del rinvio ha precisato che nessuna delle eccezioni previste all’art. 2, paragrafo 2, di tale direttiva è loro applicabile*»⁶⁰⁵.

Tuttavia, l’art. 4(4) della direttiva in parola garantisce che alcune delle sue disposizioni rimangano applicabili anche a tali casi, tra cui gli artt. 16 e 17, relativi alle condizioni del trattenimento e al trattamento di minori e famiglie, che paiono tanto più rilevanti alla luce dell’informalità, e dunque della discrezionalità, che caratterizza il trattenimento presso le zone di transito.

L’art. 16 dispone che il trattenimento avviene di norma presso appositi centri di permanenza temporanea. Il secondo periodo prevede già una eccezione alla norma, permettendo allo Stato, quando non gli sia possibile alloggiare il cittadino di paese terzo in appositi centri, di trattenerlo presso un centro penitenziario, tenendolo tuttavia separato dai detenuti ordinari. Il paragrafo 2 dà la possibilità, previa richiesta, ai cittadini di paesi terzi di entrare in contatto, a tempo debito, con rappresentanti legali, familiari o autorità consolari degli Stati di origine. Segue al paragrafo 3 la tutela delle persone vulnerabili, alle quali devono essere assicurate le prestazioni sanitarie d’urgenza il trattamento essenziale delle malattie. La norma prevede poi la possibilità per i pertinenti e competenti organismi nazionali, internazionali e non governativi di accedere ai centri di permanenza temporanea, dando la possibilità allo Stato di assoggettare tali visite ad una previa autorizzazione. Segue, infine, l’obbligo di informare i cittadini di paesi terzi così trattenuti circa le norme vigenti nei centri e i loro diritti e obblighi, nonché del loro diritto di entrare in contatto con le organizzazioni appena menzionate.

La disposizione di cui all’art. 16 è stata fortemente criticata in dottrina, anche nel quadro di una critica più generale della direttiva nella sua totalità, per l’eccessiva vaghezza della sua formulazione⁶⁰⁶. Già infatti il primo paragrafo dell’art. 16 pare porre una norma “minima”⁶⁰⁷, prevedendo sì la regola generale del trattenimento presso appositi centri, ma senza indicarne i requisiti essenziali, dando dunque il compito di definirne i dettagli alle legislazioni nazionali. Similmente, il paragrafo 2 nel prevedere che i contatti tra lo straniero e i soggetti siano assicurati “a tempo debito” permette allo Stato di definire in quale fase del trattenimento ciò debba avvenire.

Secondo la giurisprudenza di merito, la deroga prevista ex art. 16 riguardo la possibilità di trattenere lo straniero presso un istituto penitenziario va interpretata, in quanto eccezione, restrittivamente. Ciò è stato affermato dalla Corte in *Bero e Bouzalmate*, dove questa, nell’affermare tale principio, ha anche chiarito che l’assenza di centri specifici in un’area regionale dello Stato membro non giustifica il collocamento dello straniero presso gli istituti

⁶⁰⁴ Si veda, *infra*.

⁶⁰⁵ *FMS*, para 210.

⁶⁰⁶ R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 87.

⁶⁰⁷ *Ibidem*.

penitenziari, in quanto «l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/115/CE deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro è tenuto, di norma, a trattenere ai fini dell'allontanamento i cittadini di paesi terzi in situazione di soggiorno irregolare sistemandoli in un apposito centro di permanenza temporanea di questo Stato, ancorché tale Stato membro abbia una struttura federale e lo Stato federato competente a decidere e ad eseguire detto trattenimento ai sensi del diritto nazionale non disponga di un centro di permanenza temporanea siffatto»⁶⁰⁸. Inoltre, come indicato nel manuale sul rimpatrio, il fatto che il trattenimento sia destinato in principio ad avere una durata breve non giustifica il ricorso agli istituti penitenziari⁶⁰⁹.

Riguardo poi le condizioni materiali del trattenimento, non si rilevano norme specifiche, ma il manuale sul rimpatrio fornisce alcuni orientamenti a riguardo, che si rifanno a loro volta a diversi documenti e orientamenti elaborati nell'ambito del Consiglio d'Europa, in particolare, l'orientamento n. 10 sul rimpatrio forzato del Consiglio d'Europa («condizioni di trattenimento in attesa dell'allontanamento»); norme e scheda sul trattenimento degli immigrati del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT); regole penitenziarie europee del 2006⁶¹⁰, questi ultimi già trattati al capitolo precedente di questo lavoro. Inoltre, l'art. 17 della direttiva ribadisce tuttavia che le persone trattenute devono essere trattate in «modo umano e dignitoso», nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto internazionale. Ogni volta che gli Stati membri impongono il trattenimento ai fini dell'allontanamento, devono farlo a condizioni conformi all'art. 4 della Carta, che proibisce il trattamento inumano e degradante.

Il manuale sul rimpatrio elabora sulle scarse previsioni della direttiva, disponendo che gli Stati membri sono tenuti a assicurare le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie, prestare attenzione alla situazione delle persone vulnerabili, il che implica anche la necessità, più in generale, di tenere in debito conto elementi quali l'età, la disabilità e le condizioni di salute dell'interessato (compresa la salute mentale), fornire alle persone trattenute informazioni che spieghino le norme vigenti nel centro e i loro diritti e obblighi; si raccomanda di fornire tali informazioni quanto prima e comunque entro 24 ore dall'arrivo, consentire alle persone trattenute di mantenere i contatti con i rappresentanti legali, i familiari e le autorità consolari competenti, offrire a organizzazioni e organismi nazionali, internazionali e non governativi competenti e pertinenti la possibilità di visitare i centri di permanenza temporanea; tale diritto può essere concesso direttamente agli organismi interessati, indipendentemente da un invito della persona trattenuta⁶¹¹.

A questo proposito, la direttiva pare dettagliare maggiormente le condizioni del trattenimento di minori e famiglie al suo art. 17. Così, si prevede che i minori non accompagnati e le famiglie con minori sono trattenuti solo in mancanza di altra soluzione e per un periodo adeguato il più breve possibile. 2. Le famiglie trattenute in attesa di allontanamento

⁶⁰⁸ CGUE, (Grande Sezione), sentenza del 17 luglio 2014, *Adala Bero contro Regierungspräsidium Kassel e Ettayebi Bouzalmate c. Kreisverwaltung Kleve*, cause riunite C-473/13 e C-514/13, EU:C:2014:2095, para 32.

⁶⁰⁹ Manuale comune sul rimpatrio, p. 148.

⁶¹⁰ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Orientamento n. 10 sul rimpatrio forzato del Consiglio d'Europa («condizioni di trattenimento in attesa dell'allontanamento»), 4 maggio 2005; norme e scheda sul trattenimento degli immigrati del Comitato per la prevenzione della tortura (CPT); cfr. Regole penitenziarie europee, cit.; cfr. R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 90.

⁶¹¹ Manuale comune sul rimpatrio, p. 149.

usufruiscono di una sistemazione separata che assicuri loro un adeguato rispetto della vita privata. 3. Ai minori trattenuti è offerta la possibilità di svolgere attività di svago, tra cui attività di gioco e ricreative consone alla loro età e, in funzione della durata della permanenza, è dato accesso all'istruzione. 4. Ai minori non accompagnati è fornita, per quanto possibile, una sistemazione in istituti dotati di personale e strutture consoni a soddisfare le esigenze di persone della loro età. 5. L'interesse superiore del bambino costituisce un criterio fondamentale per il trattenimento dei minori in attesa di allontanamento.

In buona sostanza, dunque, le disposizioni della direttiva rimpatri in merito al trattenimento dei casi frontalieri presso le zone di transito o di frontiera appaiono alquanto scarse e suscettibili di interpretazione da parte delle autorità degli Stati membri, cui è lasciato un discreto margine di apprezzamento circa i casi e le modalità che giustificano il ricorso alla misura quando applicata appunto ai casi in parola e nel quadro di un rifiuto di ingresso e respingimento alla frontiera ex art. 14 CFS.

6.3. Il trattenimento dei richiedenti asilo alla frontiera

6.3.1. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale in generale

Similmente al caso della direttiva 2008/115, il legislatore europeo ha scelto di impiegare il termine “trattenimento” e non detenzione anche per i casi di privazione della libertà personale dei richiedenti protezione internazionale nel quadro del Sistema europeo comune di asilo, posto che la Corte ha chiarito che le due fattispecie soggettive di trattenimento rientrano in due distinti regimi giuridici⁶¹², pur trattandosi della stessa misura con le stesse caratteristiche al di là del *nomen juris*⁶¹³ e dei soggetti ai quali essa si rivolge.

Gli strumenti rilevanti del diritto dell'Unione sono la direttiva 2012/32/UE (direttiva procedure), e la direttiva 2012/33/UE (direttiva accoglienza) che disciplinano casi e modi in cui la misura è applicata ai richiedenti protezione internazionale, sia nel quadro della procedura ordinaria che di quello della procedura di frontiera ex art. 43 direttiva 2012/32⁶¹⁴.

I destinatari delle misure previste dai due atti normativi sono appunto i richiedenti protezione internazionale, ovvero «il cittadino di un paese terzo o apolide che abbia presentato una domanda di protezione internazionale sulla quale non è stata ancora adottata una decisione definitiva»⁶¹⁵. Ai sensi dell'art. 3 direttiva 2012/33, la direttiva è applicabile a tutti coloro che «manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro, comprese la frontiera, le acque territoriali o le zone di transito». Come già illustrato, in *Gnandi* la Corte ha stabilito che il richiedente asilo non debba essere considerato un cittadino

⁶¹² Kadzodev, para 45; Arslan, para 52.

⁶¹³ FMS, par. 224; per tutto, si veda R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti*, cit., p. 158; D. WILSHER, *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 395 ss; sull'utilizzo sempre più estensivo della detenzione sui richiedenti asilo, si veda, C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016, pp. 47 ss.

⁶¹⁴ Oltre alla detenzione nel quadro della determinazione dello stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale nel quadro del regolamento Dublino, che, non riguardando la detenzione presso una frontiera esterna, esula dall'oggetto del presente lavoro e non sarà approfondita.

⁶¹⁵ Art. 2(1)(b) e 2(1)(c).

di paese terzo il cui soggiorno è irregolare, rientrando dunque nel campo applicativo della direttiva 2008/115, sino almeno ad una decisione di prima istanza sulla sua domanda di protezione internazionale⁶¹⁶.

La Corte ha anche definito con ulteriore precisione il momento a partire dal quale alla persona si applichino le norme relative ai richiedenti asilo, nel caso *Ministerio Fiscal*. Qui la Corte chiarisce che il cittadino di paese terzo assume la qualità di richiedente asilo a partire dal momento della presentazione della domanda, ai sensi dell'art. 3 direttiva 2013/32 e art. 3 della direttiva 2013/33, e che, inoltre, il considerando 27 della prima espressamente enuncia che i cittadini di paesi terzi e apolidi che hanno espresso l'intenzione di chiedere protezione internazionale sono richiedenti protezione internazionale. Ne consegue che ad essi, a partire da quel momento, ad essi si applicano anche le previsioni relative al ricorso a misure privative della libertà personale specificamente attinenti alla categoria dei richiedenti protezione internazionale⁶¹⁷.

Orbene, il diritto dell'Unione pare discretamente attento ad assicurare che ai richiedenti asilo sia garantito un trattamento più garantista rispetto ad altre categorie di cittadini di paesi terzi quando venga in rilievo la questione della privazione della loro libertà personale⁶¹⁸.

L'art. 26 della direttiva 2013/32 infatti recita che «[g]li Stati membri non trattengono una persona per il solo motivo che si tratta di un richiedente. I motivi e le condizioni del trattenimento e le garanzie per i richiedenti trattenuti sono conformi alla direttiva 2013/33/UE», riprendendo la norma di cui all'art. 31(1) della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951⁶¹⁹.

Infatti, la direttiva accoglienza prevede che, di norma, i richiedenti asilo possono circolare liberamente sul territorio dello Stato membro oppure nell'area loro assegnata. Questa limitazione, che non incide evidentemente sulla libertà personale, ma rappresenta una forma di limitazione della libertà di circolazione, infatti, ai sensi dell'art. 7(1), «non pregiudica la sfera inalienabile della vita privata e permette un campo d'azione sufficiente a garantire l'accesso a tutti i benefici della presente direttiva». Similmente, incide sulla libertà di circolazione la previsione di cui al paragrafo 3 dell'art. 7, che da allo Stato la possibilità di imporre al richiedente protezione internazionale uno specifico luogo di residenza, per motivi di pubblico interesse, ordine pubblico o, ove necessario, per il trattamento rapido e il controllo efficace della domanda di protezione internazionale.

Diversamente, il trattenimento è disciplinato dal successivo art. 8, che in apertura riprende interamente la previsione di cui all'art. 8 della direttiva procedure, sancendo la regola generale per cui lo Stato non trattiene una persona per il solo motivo che si tratti di un richiedente protezione internazionale. Segue immediatamente al paragrafo 2 la previsione che il trattenimento ha un carattere residuale ed un eventuale ricorso alla misura deve essere necessario e basato su una valutazione caso per caso e salvo che non siano applicabili misure

⁶¹⁶ Si veda, G. CORNELISSE, *The scope of the return directive*, cit., p. 32 ss.

⁶¹⁷ *Ministerio fiscal*, para 92.

⁶¹⁸ A. DEL GUERCIO, La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano, in *Il diritto di asilo in Europa*, G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 59 ss; M. FLYNN, There and "back" again. On the Diffusion of Immigration Detention, in *Journal on Migration and Human Security*, 2014, pp. 165 ss; D. WILSHER, *Immigration Detention*, cit., p. 1 ss.

⁶¹⁹ A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 65.

alternative meno coercitive⁶²⁰. Nonostante il requisito della necessità della misura sia più volte ribadito nella direttiva e in altri strumenti del diritto dell'Unione, una parte della dottrina ha osservato che il suo contenuto non sia mai esaustivamente definito dal legislatore, soprattutto alla luce della formulazione molto vaga delle ipotesi che giustificerebbero il ricorso alla detenzione, in quanto numerose e la cui formulazione pare eccessivamente incerta e dunque suscettibile di implicarne un ricorso sistematico, contrariamente agli obiettivi dichiarati dalla direttiva⁶²¹. Un richiedente può dunque essere trattenuto: a) per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza; b) per determinare gli elementi su cui si basa la domanda di protezione internazionale che non si potrebbero ottenere senza il trattenimento, in particolare se sussiste il rischio di fuga del richiedente; c) per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio; d) quando la persona è trattenuta nell'ambito di una procedura di rimpatrio ai sensi della direttiva 2008/115/CE e lo Stato membro può provare che la domanda è stata presentata al solo scopo di ritardare il rimpatrio; e) quando lo impongono motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale; f) nell'ambito di una procedura di trasferimento da uno Stato membro ad un altro in ottemperanza al regolamento Dublino III.

Quanto alle modalità, la direttiva accoglienza reca diverse norme che ne disciplinano i contenuti. Ai sensi dell'art. 10(1) il trattenimento deve avvenire in appositi centri e, similmente a quanto previsto per i migranti irregolari, è immediatamente prevista una deroga ove lo Stato non possa adempiere all'obbligo di sistemazione in apposito centro ma sia costretto a collocare il richiedente in un istituto penitenziario. La norma prevede non solo la separazione dai detenuti ordinari ma anche quella dei cittadini di paesi terzi «che non hanno presentato una domanda di protezione internazionale». È poi garantito al paragrafo 3 che i richiedenti abbiano accesso a spazi all'aria aperta e che sia dato accesso ai centri ai rappresentanti dell'UNHCR, con la possibilità di comunicare con i richiedenti in condizioni che rispettino la loro vita privata. È parimenti garantita a familiari, avvocati, consulenti legali e rappresentanti delle ONG la possibilità di comunicare e di rendere visita ai richiedenti.

Le limitazioni a tale diritto sono disposte soltanto se obiettivamente necessarie, in virtù del diritto nazionale, per la sicurezza, l'ordine pubblico o la gestione amministrativa del centro di trattenimento, e purché non restringano drasticamente o rendano impossibile l'accesso⁶²². In dottrina, si è parlato in proposito di una negligenza accademica e anche legislativa, nei confronti del tema delle condizioni della detenzione nel diritto dell'Unione⁶²³, nella misura in cui esso è stato affrontato nel quadro di casi "eccezionali", ovvero in casi dove le condizioni della detenzione rischiavano di configurare una violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali e dunque del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, diversamente

⁶²⁰ Si veda, Commissione europea, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies*, 2014; P. DE BRUYKERE (a cura di), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Network, 2015, pp. 1 ss; A. EDWARDS, O. FIELD, *Alternatives to detention of asylum seekers and refugees*, UNHCR, 2006, p. 21.

⁶²¹ *Ex multis*, A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa*, cit., p. 65.

⁶²² Artt. 11 ss.

⁶²³ L. MANCANO, *Storming the bastille. Detention conditions, the right to liberty and the case for approximation in EU law*, in *Common Market Law Review*, 56/1, 2019, pp. 61 ss.

da quanto invece accade nel quadro dell'art. 5 CEDU, dove le condizioni della detenzione sono un elemento della valutazione della sua legalità⁶²⁴.

Infatti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, le condizioni della detenzione hanno avuto un ruolo per così dire funzionale rispetto alla valutazione di altri elementi del diritto dell'Unione, e non sono mai stato l'oggetto autonomo di valutazione⁶²⁵. La Corte ha valutato le condizioni della detenzione solo in relazione all'applicazione del diritto dell'Unione, in particolare nel contesto di tutte quelle misure basate sul principio delle "reciproca fiducia", quali quello della cooperazione giudiziaria in materia penale, in particolare rispetto al mandato di arresto europeo (MAE)⁶²⁶ e, solo recentemente, i trasferimenti Dublino.

Le condizioni materiali della detenzione sono state infatti elemento centrale della valutazione della Corte, ad esempio, nel caso *N. S.*, nel cui quadro essa decideva in merito alla compatibilità col diritto dell'Unione dei trasferimenti Dublino. Nel caso di specie, le condizioni del trattenimento e dell'accoglienza dei ricorrenti sono stati elementi decisivi alla valutazione non della detenzione *per se*, ma della compatibilità del trasferimento dei ricorrenti col principio di non respingimento e col loro trasferimento verso un altro Stato membro nel quadro del Regolamento Dublino. Ciononostante, è da sottolineare che in quel contesto la Corte ha precisato che le violazioni del diritto dell'Unione che non superino la soglia imposta dall'art. 4 della Carta non possono sortire conseguenze sui meccanismi del Regolamento Dublino⁶²⁷.

Riguardo poi l'aspetto delle garanzie procedurali a tutela del trattenimento, l'art. 9 dispone che «è trattenuto solo per un periodo il più breve possibile ed è mantenuto in stato di trattenimento soltanto fintantoché sussistono i motivi di cui all'art. 8, paragrafo 3». La norma dunque, diversamente dalla direttiva 2008/115, non impone un limite massimo per la durata della detenzione, pur obbligando lo Stato in ogni caso a che la misura abbia una breve durata e sia applicata solo se sussistono motivi che la giustifichino. Sebbene la direttiva paia orientata ad una tutela della categoria dei richiedenti, la dottrina ha fortemente criticato la scelta del legislatore di non disporre di un limite massimo per la sua durata, andando di fatto contro gli obiettivi dichiarati della direttiva stessa⁶²⁸. La norma poi prevede che tutti gli adempimenti relativi ai motivi di trattenimento siano svolti con "debita diligenza", nozione che presuppone l'adozione da parte degli Stati membri di misure concrete e significative per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi del trattenimento sia il più breve possibile⁶²⁹.

La disposizione garantisce poi ai richiedenti trattenuti in virtù di una decisione di un'autorità amministrativa che una rapida verifica in sede giudiziaria circa la legittimità del trattenimento e, a tal fine, gli Stati stabiliscono i termini della verifica nel diritto nazionale. Ai sensi del paragrafo 5, il provvedimento di trattenimento è sottoposto a riesame da parte di un'autorità giurisdizionale a intervalli ragionevoli, d'ufficio e/o su richiesta del richiedente in

⁶²⁴ Si veda, *infra*.

⁶²⁵ Cfr. L. MANCANO, *op. cit.*

⁶²⁶ La questione è centrale in questo contesto sin dal Programma di Stoccolma (2010/c 115/2001) ed è stato poi l'oggetto di attenzione della Commissione europea nel libro verde sull'applicazione della normativa UE in materia penale in relazione alla detenzione, COM/2011/327 def. Del 14 giugno 2011.

⁶²⁷ L. MANCANO, *op. cit.*; CGUE (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri c. Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform (N.S. e M. E.)*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865.

⁶²⁸ A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa*, cit..

⁶²⁹ *Ivi*, p. 72; A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali*, cit. p. 37.

questione, in particolare nel caso di periodi di trattenimento prolungati, qualora si verificano circostanze o emergano nuove informazioni che possano mettere in discussione la legittimità del trattenimento.

È altresì previsto che in caso di verifica in sede giudiziaria i richiedenti possano godere dell'assistenza e rappresentanza legali gratuite, che comprenda, come minimo, la preparazione dei documenti procedurali necessari e la partecipazione all'udienza dinanzi alle autorità giurisdizionali a nome del richiedente, che possono tuttavia essere sottoposte a limitazioni nei modi e nei casi stabiliti alla direttiva stessa⁶³⁰.

6.3.2. Il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale ai valichi di frontiera

Si è visto che la direttiva 2013/33 dispone un elenco tassativo di casi in cui è ammesso il ricorso al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. Relativamente all'attraversamento della frontiera esterna e al trattenimento presso i valichi di frontiera, vengono in rilievo tre ipotesi: l'art. 8(3)(a), quando il richiedente è detenuto per determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza, l'art. 8(3)(c) per decidere sul diritto del richiedente di entrare nel territorio e, collegato a questi, nel quadro della procedura di frontiera ex art. 43 direttiva 2013/32.

Rispetto alla necessità di verificare l'identità o la nazionalità del richiedente, una delle ipotesi più frequenti è il trattenimento in caso di rifiuto di rilevamento delle impronte digitali, elemento che peraltro rientra anche tra i motivi che giustificano il ricorso alla procedura di frontiera ex art. 43 direttiva 2013/32. In effetti, si è detto che tale procedura è applicabile per decidere sul merito di una domanda di protezione internazionale ove ricorrano i casi di cui all'art. 31(8) della direttiva in parola, tra i quali al paragrafo i) risulta anche il caso in cui il richiedente rifiuta di adempiere all'obbligo del rilievo dattiloscopico a norma del regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce «Eurodac» per il confronto delle impronte digitali.

Ai sensi del regolamento Eurodac, infatti, gli Stati membri sono obbligati al rilevamento delle impronte digitali dei richiedenti asilo e in generale dei cittadini di paesi terzi entrati irregolarmente sul territorio. Discutibilmente, tale obbligo che incombe sullo Stato è inteso anche nel senso di configurare un obbligo per i cittadini di paesi terzi di lasciare che le autorità

⁶³⁰ L'assistenza e la rappresentanza legali gratuite sono prestate da persone adeguatamente qualificate, autorizzate o riconosciute ai sensi del diritto nazionale, i cui interessi non contrastano o non possono potenzialmente contrastare con quelli del richiedente. 7. Gli Stati membri possono anche disporre che l'assistenza e la rappresentanza legali gratuite siano concesse: a) soltanto a chi non disponga delle risorse necessarie; e/o b) soltanto mediante i servizi forniti da avvocati o altri consulenti legali che sono specificamente designati dal diritto nazionale ad assistere e rappresentare i richiedenti. 8. Gli Stati membri possono altresì: a) imporre limiti monetari e/o temporali alla prestazione di assistenza e rappresentanza legali gratuite, purché essi non restringano arbitrariamente l'assistenza e la rappresentanza legali; b) prevedere, per quanto riguarda gli onorari e le altre spese, che il trattamento concesso ai richiedenti non sia più favorevole di quello di norma concesso ai propri cittadini per questioni che rientrano nell'assistenza legale. 9. Gli Stati membri possono esigere un rimborso integrale o parziale delle spese sostenute, allorché vi sia stato un considerevole miglioramento delle condizioni finanziarie del richiedente o se la decisione di accordare tali prestazioni è stata adottata in base a informazioni false fornite dal richiedente. 10. Le modalità di accesso all'assistenza e alla rappresentanza legali sono stabilite dal diritto nazionale.

rilevino le loro impronte digitali, obbligo che tuttavia non è esplicitamente disposto dal diritto dell'Unione, che lascia lo Stato libero di disporre o meno in merito⁶³¹.

Ancor più discutibilmente, in questa direzione è andata la Commissione europea, che così consiglia nelle sue linee guida sul rilevamento delle impronte digitali nel quadro dei regolamenti Eurodac e Dublino. Infatti, le linee guida raccomandano il ricorso alla detenzione ai fini del rilevamento delle impronte in quanto misura necessaria a verificarne l'identità e la nazionalità⁶³², nel quadro del citato art. 8(3)(a) della direttiva accoglienza, che permette appunto la detenzione del richiedente "per verificarne l'identità o la cittadinanza". La dottrina ha criticato peraltro l'associazione e l'equivalenza così stabilita tra le impronte digitali e la nazionalità e la cittadinanza del richiedente: le impronte digitali infatti nulla dicono in merito alla cittadinanza o alla nazionalità, mentre le uniche informazioni ad esse associate sono il sesso del richiedente e i dati associati alle sue impronte⁶³³.

È stato inoltre osservato come l'art. 4(2) della direttiva qualifiche affermi che il richiedente è tenuto a cooperare con le autorità circa la produzione degli elementi necessari alla sua domanda di protezione fornendo le indicazioni in merito a alla sua età, estrazione, anche, ove occorra, dei congiunti, identità, cittadinanza/e, paese/i e luogo/ luoghi in cui ha soggiornato in precedenza, domande d'asilo pregresse, itinerari di viaggio, documenti di viaggio nonché i motivi della sua domanda di protezione internazionale", senza mai menzionare in merito le impronte digitali⁶³⁴.

Il secondo caso, ovvero quello che giustifica la detenzione "per decidere, nel contesto di un procedimento, sul diritto del richiedente di entrare sul territorio", menziona esplicitamente l'ipotesi di cui all'art. 43 della direttiva procedure. Invero, sebbene l'art. 43 non preveda esplicitamente la detenzione, è chiaro che una forma di limitazione della libertà di movimento del richiedente sottoposto alla procedura in parola sia automatica alla luce della necessità che esso non faccia ingresso sul territorio.

In *FMS*, infatti, la Corte stessa ha ammesso che «[g]li Stati membri sono pertanto autorizzati ad imporre ai richiedenti protezione internazionale di soggiornare, per una durata massima di quattro settimane, alla loro frontiera o in una delle loro zone di transito al fine di verificare, prima di pronunciarsi sul loro diritto di ingresso nel loro territorio, se la loro domanda sia

⁶³¹ L. TSOURDI, *Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?*, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016, p. 10.

⁶³² Commissione europea, *Staff Working Document on Implementation of the Eurodac Regulation as Regards the Obligation to Take Fingerprints*, EU Doc. SWD (2015) 150 final, 27 maggio 2015, p. 5; Consiglio dell'Unione europea, *Implementation of the Eurodac Regulation as Regards the Obligation to Take Fingerprints*, EU Doc. 11013/15 ASIM 60 EURODAC 8, 17 luglio 2015.

⁶³³ Ai sensi dell'art. 11 Regolamento Eurodac, nel sistema centrale sono registrati i seguenti dati: a) dati relativi alle impronte digitali; b) Stato membro d'origine, luogo e giorno in cui è stata presentata la domanda di protezione internazionale; nei casi di cui all'art. 10, lettera b), la data della domanda corrisponde alla data inserita dallo Stato membro che ha provveduto al trasferimento del richiedente; c) sesso; d) numero di riferimento assegnato dallo Stato membro d'origine; e) data di rilevamento delle impronte digitali; f) data della trasmissione dei dati al sistema centrale; g) identificativo utente dell'operatore; h) nei casi di cui all'art. 10, lettera a) o b), la data di arrivo dell'interessato in seguito a trasferimento; i) nei casi di cui all'art. 10, lettera c), la data in cui l'interessato ha lasciato il territorio degli Stati membri; j) nei casi di cui all'art. 10, lettera d), la data in cui l'interessato ha lasciato il territorio degli Stati membri o ne è stato allontanato; k) nei casi di cui all'art. 10, lettera e), la data in cui è stata presa la decisione di esaminare la domanda.

⁶³⁴ C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *op. cit.*, p. 50.

inammissibile, ai sensi dell'art. 33 della direttiva 2013/32, oppure se essa debba essere dichiarata infondata in conformità all'art. 31, paragrafo 8, di tale direttiva»⁶³⁵.

In realtà, il legame tra la procedura di frontiera e la privazione della libertà personale è riconosciuto esplicitamente solo nel quadro dell'art. 25(6) della direttiva procedure, che prevede che qualora gli Stati membri individuino, durante la procedura di asilo, una persona come un minore non accompagnato, essi possono applicare o continuare ad applicare l'art. 43, conformemente agli artt. da 8 a 11 della direttiva 2013/33/UE (detenzione), solo in alcuni casi specifici⁶³⁶.

La qualificazione della misura in relazione alla procedura di frontiera è stata affrontata già nel contesto della giurisprudenza CEDU relativa alla detenzione ex art. 5(1)(f)(a). In tale quadro, si è visto che la permanenza dei richiedenti presso le zone di transito aeroportuali in particolare, è stata espressamente qualificata come una privazione della loro libertà personale, al di là dell'adozione o meno di un provvedimento formale da parte delle autorità⁶³⁷, in ragione anche del difficile ricorso alla giustificazione della teoria della “prigione con tre pareti” al caso delle zone di transito aeroportuali, dovuta ai necessari adempimenti legati alla possibilità per i richiedenti di lasciare le zone in direzione del paese dal quale sono arrivati o del loro paese di origine.

La Corte di giustizia si è recentemente pronunciata sul trattenimento dei richiedenti asilo presso le zone di transito terrestri ungheresi, chiarendo alcuni elementi di ambiguità che caratterizzavano la misura. In primo luogo, come si è detto, l'art. 43 non chiarisce se, nelle more della procedura di frontiera, il richiedente debba essere trattenuto o accolto, rendendo dunque la misura di difficile qualificazione giuridica⁶³⁸. La Corte ha fornito una risposta in merito nel caso *FMS*, dove si è trovata ad affrontare la questione se il trattenimento dei richiedenti configurasse una limitazione della libertà di movimento o una privazione della libertà personale. I ricorrenti erano soggetti ad una procedura di frontiera ex art. 43 direttiva 2013/33 e trattenuti presso la zona di transito di *Rösztke*, al confine tra Ungheria e Serbia. Questa, secondo la descrizione fornita nel caso dal giudice del rinvio, era circondata da un'alta recinzione e da filo spinato, e conterrebbe container metallici destinati segnatamente al collocamento dei cittadini di paesi terzi presenti in tale zona. La superficie del container che ospitava i ricorrenti non era superiore a 13 m², e tale container era dotato di letti a castello e di armadi. Il container era sorvegliato da poliziotti o guardie armate sarebbe assicurata sia all'interno che all'esterno di tale zona di transito, nonché nelle immediate vicinanze di detta

⁶³⁵ *FMS*, para 237.

⁶³⁶ G. CORNELISSE, M. RENEMAN, *op. cit.*

⁶³⁷ Si veda, *infra*.

⁶³⁸ E. COLOMBO, Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020, pp. 212 ss; S. ZIRULIA, Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?, in *Sistema Penale*, 2020, pp. 1 ss; L. BERNARDINI, «Libertà va cercando...» Una detenzione “atipica”, uno “scontro” tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *La Legislazione Penale*, 2020, pp. 1 ss. In particolare, alla sentenza *FMS* ha fatto da contraltare la decisione della Corte EDU nel caso *Ilias e Ahmed*. La Corte, 4 sezione, nel 2017, aveva dapprima qualificato la permanenza dei ricorrenti in quanto privazione della libertà personale, conclusione poi ribaltata nella decisione della Grande Camera ha invece negato il carattere detentivo del trattenimento, alla luce dell'insussistenza di un rischio per i ricorrenti trattenuti nella zona di transito in caso di respingimento verso la Serbia. Cfr, cap. II.

recinzione. Secondo le descrizioni, la zona di transito di *Röszke* sarebbe divisa in diversi settori destinati ad alloggiare, separatamente, i richiedenti asilo e i cittadini di paesi terzi la cui domanda di asilo sia stata respinta. I settori sarebbero separati da recinzioni, che renderebbero il passaggio da un settore all'altro difficile. Inoltre, sembrerebbe possibile uscire da un settore solo due volte alla settimana per circa un'ora, al fine di recarsi negli altri settori. Infine, i ricorrenti potevano inoltre allontanarsi dalla zona solo ove loro richiesto per l'adempimento di atti procedurali che li riguardavano o scortati da poliziotti o da guardie armate, a controlli o cure mediche in un container della zona di transito riservato a tal fine. Il contatto con persone esterne alla zona, inclusi i legali dei ricorrenti, era soggetto a una autorizzazione e i ricorrenti non potevano lasciare la zona di transito di *Röszke* in direzione di un altro luogo in Ungheria. Interessante ai fini del lavoro è che il giudice del rinvio osservava che l'allontanamento dei ricorrenti dalla zona era possibile «solo tramite allontanamento con un aereo verso il loro paese di origine», che tuttavia era in preda a un conflitto armato che rendeva la misura ancor più difficoltosa⁶³⁹.

Il giudice del rinvio nutriva dubbi circa la qualificazione della misura, ritenendo il collocamento dei ricorrenti un trattenimento *de facto*, non previsto dalla normativa ungherese e nemmeno disposto con provvedimento motivato, e dunque non soggetto a revisione giudiziaria né disposto a seguito di un esame della necessità e della proporzionalità ai sensi delle rilevanti disposizioni del diritto dell'Unione.

La Corte cita la definizione della nozione di “trattenimento” ai sensi dell'art. 2(h) della direttiva accoglienza, che nel suo ragionamento sta a indicare una privazione, e non una mera restrizione, della libertà di circolazione caratterizzata dal fatto di isolare la persona di cui trattasi dal resto della popolazione in un luogo determinato. La Corte suffraga tale conclusione rifacendosi sia alla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sulle misure di detenzione dei richiedenti l'asilo, del 16 aprile 2003, e sulle linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo, del 26 febbraio 1999, entrambi alla base della genesi in sede di formazione della disposizione in esame⁶⁴⁰.

Il trattenimento, dunque, non solo presuppone il fatto di mantenere i soggetti in un perimetro estremamente circoscritto o ristretto, ove sono privati della libertà, a differenza delle le persone che sono assoggettate a restrizioni di domicilio o di residenza, che non sono generalmente considerate soggette a misure detentive⁶⁴¹.

Il governo magiaro sollevava l'argomento secondo cui il collocamento dei richiedenti non costituisca un trattenimento in quanto questi erano “liberi” di lasciare la zona di transito in direzione della Serbia, smontato dalla Corte in quanto un tale allontanamento sarebbe stato di fatto impossibile, in ragione del fatto che a) un eventuale ingresso in Serbia dei ricorrenti avrebbe comportato sanzioni in quanto questi sarebbero stati considerati “irregolari” sul territorio e b) per effetto della legislazione Ungherese, lasciando il territorio ungherese, tali

⁶³⁹ *FMS*, paras 68-70.

⁶⁴⁰ *Ivi*, para 218.

⁶⁴¹ *Ivi*, para 219, citando linee guida.

ricorrenti rischiano di perdere qualsivoglia possibilità di ottenere lo status di rifugiato in Ungheria⁶⁴².

La Corte conclude che «l'obbligo imposto a un cittadino di un paese terzo di soggiornare in modo permanente in una zona di transito avente un perimetro circoscritto e ristretto, all'interno della quale i movimenti di tale cittadino sono limitati e sorvegliati e che lo stesso non può legalmente abbandonare di sua iniziativa, qualunque sia la sua direzione, configura una privazione di libertà, caratteristica di un «trattenimento» ai sensi delle direttive di cui trattasi»⁶⁴³.

Quanto poi alla durata del trattenimento nelle more della procedura ex art. 43 direttiva 2013/33 indica che questa debba essere svolta nell'arco di quattro settimane, limite oltre il quale il richiedente deve “essere ammesso sul territorio”. La Corte specifica che il trattenimento deve svolgersi nelle condizioni poste dalla norma in parola e ai fini di consentire l'effettività delle procedure così disposte. In tale contesto, il trattenimento non può necessariamente superare le quattro settimane indicate dalla norma, che, sebbene non indichi il momento dal quale queste inizino a decorrere, deve essere interpretato nel senso che tale decorso abbia inizio dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale⁶⁴⁴. Ciò implica anche che, scaduto il termine delle quattro settimane, i richiedenti devono essere normalmente accolti ai sensi delle rilevanti disposizioni della direttiva 2013/33 e il trattenimento così disposto non sia dunque prorogabile una volta scadute le quattro settimane⁶⁴⁵.

Tale impianto è stato confermato nella sentenza *Commissione c. Ungheria*, dove similmente il governo magiaro riteneva che il trattenimento dei richiedenti non configurasse una privazione della libertà personale ma una limitazione della loro libertà di movimento, siccome «le stesse zone di transito sarebbero chiuse unicamente in direzione dell'Ungheria, al fine di proteggere la frontiera esterna dello spazio Schengen, ma i loro occupanti sarebbero liberi di lasciarle per la Serbia»⁶⁴⁶. La Corte, con identici argomenti, concludeva per la qualificazione della misura come in forma di privazione della libertà personale dei richiedenti.

Il caso in questione viene in rilievo anche relativamente ai requisiti di necessità e di proporzionalità della misura, e dunque al divieto di applicazione generalizzata di quest'ultima.

In casu, la normativa ungherese recentemente introdotta, che modificava anche le disposizioni di recepimento relative all'art. 43 direttiva 2013/32, infatti, prevedeva che i richiedenti asilo entrati irregolarmente nel paese potessero presentare domanda di protezione solamente in un luogo specifico, ovvero quello della zona di transito di *Röszke* o di *Tompa*, dove poi era previsto si svolgesse l'intera procedura di determinazione dello status, ai sensi dell'art. 80/j della legge sul diritto di asilo, che peraltro non limitava nemmeno la durata della procedura alle quattro settimane previste dalla procedura di frontiera. La procedura, con relativo

⁶⁴² Poiché, secondo l'art. 80/J della legge sul diritto di asilo, possono depositare una nuova domanda di asilo solo in una delle due zone di transito di *Röszke* e di *Tompa* (Ungheria). Inoltre, dall'art. 80/K della stessa legge discende che l'autorità competente in materia di asilo può decidere di chiudere la procedura di protezione internazionale qualora il richiedente lasci una di queste due zone, senza che tale decisione possa essere contestata nell'ambito di un procedimento giurisdizionale amministrativo.

⁶⁴³ *FMS*, para 231.

⁶⁴⁴ *Ivi*, para 240. Dunque dalla manifestazione di volontà e non dalla registrazione dell'istanza. Cfr. supra.

⁶⁴⁵ *Ivi*, paras 246 ss.

⁶⁴⁶ CGUE (Grande Sezione), sentenza del 17 dicembre 2020, *Commissione europea c. l'Ungheria*, causa C-808/18, EU:C:2020:1029, para 149.

trattenimento, si applicava a chiunque presentasse domanda di protezione a eccezione dei minori non accompagnati di età inferiore ai 14 anni.

La Commissione riteneva che una siffatta legislazione non rispettasse il diritto dell'Unione, in primo luogo per il periodo prolungato del trattenimento e in secondo luogo in ragione del fatto che «sarebbe applicato a titolo di regola generale, in modo sistematico, senza valutazione individuale né adozione di una decisione scritta, e in quanto riguarderebbe anche i minori, ad eccezione dei minori non accompagnati di età inferiore a 14 anni». In buona sostanza, il trattenimento dei richiedenti si basava sul loro status irregolare all'attraversamento della frontiera prima di presentare istanza di protezione internazionale. La Corte afferma che, posto che tra le ipotesi di trattenimento ex art. 8 direttiva 2013/33 figura anche quello di «determinarne o verificarne l'identità o la cittadinanza o per determinare gli elementi su cui si basa la sua domanda di protezione internazionale e che non potrebbero ottenersi senza il trattenimento», e che il corretto funzionamento del sistema europeo comune di asilo impone che le autorità si accertino dell'identità e della cittadinanza dei richiedenti, «un simile obiettivo non può tuttavia giustificare che siano adottate misure di trattenimento senza che tali autorità nazionali abbiano preventivamente verificato, caso per caso, se queste ultime siano proporzionate ai fini perseguiti, verifica che comporta la necessità di assicurarsi, in particolare, che il ricorso al trattenimento sia utilizzato esclusivamente in ultima istanza»⁶⁴⁷.

In questo senso, la Corte conclude che «la normativa ungherese non prevede alcun esame individualizzato della proporzionalità del trattenimento di tali richiedenti alla luce dell'obiettivo perseguito, consistente nel verificare l'identità o la cittadinanza di questi ultimi o gli elementi sui quali si basa la loro domanda», contrariamente a quanto invece richiesto dalle rilevanti disposizioni del diritto dell'Unione⁶⁴⁸.

Tali conclusioni sono state riaffermate nel quadro della più recente decisione *M.A. In casu*, la Corte ha infatti statuito che gli Stati membri non possono detenere un richiedente protezione internazionale per il solo motivo che egli abbia attraversato irregolarmente la frontiera e si trovi dunque in una situazione di permanenza irregolare sul territorio: «occorre rilevare che la circostanza che un richiedente protezione internazionale si trovi in situazione di soggiorno irregolare nel territorio di uno Stato membro non figura tra i motivi che possono, in applicazione dell'art. 8, paragrafo 3, della direttiva 2013/33, giustificare il trattenimento di un siffatto richiedente. Di conseguenza, un cittadino di un paese terzo non può essere soggetto a una misura di trattenimento per questo solo motivo»⁶⁴⁹.

In ogni caso, anche in tal contesto la Corte ribadisce la necessità di adottare la misura ove ricorrano motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale, solo sulla base di una valutazione

⁶⁴⁷ *Ivi*, para 175.

⁶⁴⁸ *Ivi*, para 176.

⁶⁴⁹ CGUE, sentenza del 30 giugno 2022, *M.A.*, causa C-72/22 PPU, EU:C:2022:505, paras 84 ss. Nel caso di specie, lo Stato membro coinvolto avanzava la possibilità di ricorrere a detta misura per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale. per la Corte, la minaccia alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico può giustificare, in considerazione del requisito di necessità, il trattenimento o il proseguimento del trattenimento di un richiedente sulla base dell'art. 8, paragrafo 3, primo comma, lettera e), della direttiva 2013/33, soltanto quando il suo comportamento individuale costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o della sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato (sentenza del 15 febbraio 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 67).

individuale del comportamento del richiedente, e solo ove tale comportamento costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società o della sicurezza interna o esterna dello Stato membro interessato⁶⁵⁰.

Quanto al trattenimento ex art. 8(3)(c), col fine di decidere sul diritto del richiedente di entrare sul territorio, che rientra espressamente nell'ipotesi della procedura di frontiera, sebbene il governo magiaro negasse che le procedure così istituite rientrassero in questa fattispecie, la Corte ne valuta in ogni caso la compatibilità.

Essa ricorda innanzitutto che il ricorso alla procedura di frontiera è giustificato fintantoché essa adempia alla necessità di esaminare se la domanda non sia inammissibile, ai sensi dell'art. 33 della direttiva 2013/32, o se essa non debba essere respinta in quanto infondata per uno dei motivi elencati all'art. 31, paragrafo 8, di tale direttiva.

La Corte osserva che i richiedenti protezione internazionale nel caso di specie sono tenuti a rimanere nelle zone di transito di *Röszke* e di *Tompa* durante l'intero esame della loro domanda, e persino nel corso del procedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'esame del ricorso diretto a contestare un'eventuale decisione di rigetto di quest'ultima, e non unicamente al fine di verificare se le loro domande possano essere respinte per uno dei motivi indicati al punto precedente.

Ne consegue che il sistema di trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, non rispetta le condizioni previste all'art. 43 della direttiva 2013/32 e non può quindi essere giustificato sulla base dell'art. 8(3)(c), della direttiva 2013/33, poiché prevede che la misura sia applicata al di fuori dei casi elencati tassativamente dalla direttiva stessa.

Tale previsione di un trattenimento generalizzato e indirizzato a qualunque richiedente asilo in assenza di una qualsivoglia valutazione della necessità e della proporzionalità della misura, insieme alla sua applicazione al di fuori dei motivi di cui all'art. 43 direttiva 2013/33, lo rende incompatibile col diritto dell'Unione⁶⁵¹.

In buona sostanza, dunque, il trattenimento presso le zone di transito è una misura non obbligatoria per lo Stato, che può, ai sensi dell'art. 43 direttiva 2013/32, scegliere anche di limitare la libertà di circolazione del richiedente senza privarlo della sua libertà personale. Ciononostante, molto spesso i richiedenti finiscono per essere detenuti *de facto* nelle more della procedura di frontiera.

A fronte della tendenza ad applicare prassi di detenzione *de facto* contrarie al diritto dell'Unione, la Corte si è espressa sottolineando che tali prassi vanno ricondotte nel quadro di garanzie previsto dai rilevanti strumenti del diritto dell'Unione, che impongono il rispetto dei requisiti di necessità e di proporzionalità della misura, nonché l'obbligo di valutare l'applicabilità di misure meno coercitive.

⁶⁵⁰ *Ivi*, para 89.

⁶⁵¹ *Ivi*, paras 90-93.

7. Verso una normalizzazione delle procedure di frontiera? La nuova proposta di regolamento che introduce accertamenti nei confronti di cittadini dei paesi terzi alle frontiere esterne e il destino della procedura di frontiera nella proposta di Regolamento procedure

Il quadro sinora delineato subirebbe un'importante ristrutturazione nell'eventualità che le proposte di riforma elaborate nel contesto del nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo, attualmente in fase di negoziazione⁶⁵², fossero approvate.

Il nuovo patto, concepito nel 2020 sulle ceneri dell'agenda europea sulla migrazione e l'asilo del 2015⁶⁵³, propone una più generale risistemazione del sistema europeo comune di asilo (SECA). Per quel che interessa maggiormente il tema del presente lavoro, due sono gli strumenti che vengono immediatamente in rilievo: la proposta di regolamento in materia di accertamenti preliminari; la proposta di regolamento sulle procedure in materia di procedure volte al riconoscimento della protezione internazionale⁶⁵⁴.

Le proposte in questione avrebbero delle evidenti ricadute su numerose delle questioni affrontate in questo capitolo, quali: il significato di "ammissione sul territorio" e il momento a partire dal quale si applicano le norme sui richiedenti asilo, il trattenimento in frontiera nelle more della procedura di determinazione della protezione internazionale, quello nel contesto del rifiuto di ingresso ex art. 14 CFS e, infine, il ricorso al respingimento in frontiera.

Esse vanno dunque lette congiuntamente, in quanto paiono rispondere ad un obiettivo più generale di istituzione di una procedura "frontaliera", attraverso una concatenazione logica e normativa che, mediante alcuni elementi di cui si da conto in tale sede, tiene assieme il momento dell'ingresso sul territorio dei soggetti che non soddisfano i requisiti di ingresso, la loro richiesta di protezione internazionale e l'eventuale allontanamento alla frontiera in ragione della carenza della titolarità a fare ingresso sul territorio, in un'unica procedura. Le nuove procedure possono essere altresì lette nel quadro di una tendenza "di lungo periodo" ad un

⁶⁵² Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 609 final.

⁶⁵³ Ivi, p. 1.

⁶⁵⁴ Proposta modificata di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 611 final 2016/0224 (COD) (Regolamento procedure); Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, Bruxelles, 23 settembre 2020, COM(2020) 612 final, 2020/0278 (COD) (Regolamento screening). L'intero pacchetto di riforme comprende altresì: una proposta di riforma del regolamento eurodac (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Eurodac, COM(2016) 272 final); una proposta di regolamento che istituisce un sistema di gestione della migrazione e l'asilo che sostituirebbe anche l'attuale regolamento Dublino (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e delle migrazioni che modifica la Direttiva 2003/29/CE del Consiglio, COM (2020)610 final); una proposta di regolamento recante misure straordinarie e temporanee per affrontare situazioni di crisi (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo COM(2020) 613 final); una riforma della direttiva sul permesso unico (Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico COM(2022) 655 final; infine, una proposta di revisione della direttiva sui soggiornanti di lungo periodo (Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo COM(2022) 650 final).

ribaltamento del rapporto tra norma ed eccezione nel diritto della UE dell'immigrazione, già ravvisata da diversi anni e debitamente analizzata dalla dottrina, con specifico riguardo al fenomeno del trattenimento in frontiera⁶⁵⁵.

I due strumenti, in buona sostanza, introducono una fase “pre-ingresso”, volta a stabilire la condizione giuridica del cittadino di paese terzo e la sua titolarità a fare ingresso sul territorio dell'Unione, e istituzionalizzano l'applicazione di procedure che, nelle versioni attualmente in vigore della direttiva procedure, sono residuali, nella fattispecie la procedura di frontiera ex art. 43 e la detenzione in frontiera.

Secondo la relazione che accompagna la proposta di regolamento procedure, l'obiettivo di tali riforme sarebbe quello di affrontare il problema della mancanza di armonizzazione tuttora in gran parte presente tra i sistemi di asilo, accoglienza e rimpatrio degli Stati membri, e per tal motivo viene data agli strumenti la forma del Regolamento⁶⁵⁶.

Seguendo il flusso della procedura così istituita, che tenendo conto dei due strumenti in esame, inizia con lo *screening* pre-ingresso e continua con la procedura di istanza di protezione internazionale in caso il cittadino di paese terzo manifesti la volontà di chiedere protezione, la prima fase della procedura più generale si indirizza ai cd “flussi misti”, e prevede accertamenti preliminari all'ingresso che dovrebbero applicarsi a tutti i cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e dei quali gli Stati membri sono tenuti a rilevare le impronte digitali a norma del regolamento Eurodac, compresi i cittadini che presentano domanda di protezione internazionale, ai cittadini di paesi terzi sbarcati a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso e ai cittadini di paesi terzi che si presentano ai valichi di frontiera senza soddisfare le condizioni d'ingresso e che fanno domanda di protezione internazionale e mira alla valutazione delle esigenze individuali dei cittadini di paesi terzi *prima del loro ingresso*⁶⁵⁷.

Gli accertamenti in questione comprenderebbero: (a) controllo preliminare dello stato di salute e delle vulnerabilità; (b) verifica dell'identità consultando le informazioni contenute nelle banche dati europee; (c) registrazione dei dati biometrici (dati relativi alle impronte digitali e all'immagine del volto) nelle banche dati pertinenti, nella misura in cui non sia ancora avvenuta;

⁶⁵⁵ Soprattutto come conseguenza del ricorso sempre più generalizzato al concetto di “crisi migratoria” e, di conseguenza, a misure derogatorie. Si pensi, ad esempio, al fenomeno degli *hotspots*. Quanto alla questione del rapporto tra crisi, migrazione e trattenimento generalizzato, G. CAMPESI, *Seeking Asylum in Time of Crisis*, cit. p. 47; I. MAJCHER, M. FLYNN, M. GRANGE, *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the “Crisis”*, Springer, Ginevra, 2020, pp. 1 ss; C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *op. cit.*, p. 50; E. GREUSSING, *Shifting the refugee narrative? An automated frame analysis of Europe’s 2015 refugee crisis*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 43, 2017, p. 1749 ss; F. CASOLARI, *The EU’s Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 25, 2015, pp. 109 ss; G. CAMPESI, *Normalising the hotspot approach. An Analysis of the Commission’s Most Recent Proposals*, in *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, S. CARRERA, D. CURTIS, A. GEDDES (a cura di), EUI, Firenze, 2020, pp. 93 ss; E. KOUTSOURAKI, *The Indefinite Detention of Undesirable and Unreturnable Third-Country Nationals in Greece*, in *Refugee Survey Quarterly*, 36, 2017, pp. 98 ss; M. MARCHEGANI, L. MAROTTI, *Crisi migratoria e crisi d'identità dell'Unione europea*, in *Antico mare*, M. MARCHEGANI, (a cura di), *cit.*, pp. 24 ss.

⁶⁵⁶ Proposta di Regolamento procedure, p. 3. Sullo stato delle riforme nel periodo antecedente al nuovo patto, ed in particolare per una ricognizione della normativa sino alle proposte di riforma del 2016, si veda M. MARCHEGANI, *La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme?*, in *Diritto Pubblico*, 1/2020, pp. 79 ss.

⁶⁵⁷ Relazione esplicativa della Proposta di Regolamento screening, p. 5.

(d) controllo di sicurezza mediante interrogazione delle pertinenti banche dati nazionali e dell'Unione, in particolare il sistema d'informazione Schengen (SIS), volto a verificare che la persona non rappresenti una minaccia per la sicurezza interna. Sebbene i controlli presso i valichi di frontiera siano già previsti dal CFS, il nuovo regolamento aggiunge ad essi i controlli sanitari obbligatori⁶⁵⁸. La relazione di accompagnamento chiarisce che «durante gli accertamenti (vale a dire durante i controlli volti a determinare la o le procedure successive adeguate) i cittadini di paesi terzi interessati non dovrebbero essere autorizzati a entrare nel territorio degli Stati membri. Il divieto dovrebbe valere per tutti i cittadini di paesi terzi sottoposti agli accertamenti alle frontiere esterne»⁶⁵⁹.

L'art. 6 della proposta di regolamento per uno screening prevede che gli accertamenti vengano effettuati in luoghi ubicati presso le frontiere esterne o nelle loro vicinanze, mentre il paragrafo 3 prevede che «gli accertamenti sono effettuati senza indugio e sono completati in ogni caso entro cinque giorni dal fermo nella zona di frontiera esterna, dallo sbarco sul territorio dello Stato membro interessato o dalla presentazione al valico di frontiera. In circostanze eccezionali, qualora sia necessario sottoporre contemporaneamente agli accertamenti un numero sproporzionato di cittadini di paesi terzi che renda impossibile la conclusione degli accertamenti entro il suddetto termine, il periodo di cinque giorni può essere prorogato al massimo di altri cinque giorni».

La disposizione non specifica tuttavia né il luogo né la cornice all'interno della quale ciò avviene, ovvero se i cittadini di paesi terzi sottoposti ai controlli saranno soggetti ad una limitazione della loro libertà di circolazione o ad una privazione della loro libertà personale⁶⁶⁰. La proposta di Regolamento accertamenti non menziona mai esplicitamente il ricorso al trattenimento, sebbene paia evidente che tali procedure, unite alla necessità di impedire che la persona faccia ingresso sul territorio dell'Unione sino a una eventuale autorizzazione in merito, implicino necessariamente che il richiedente sia “trattenuto” o gli sia richiesto di permanere in un determinato luogo per il tempo dei controlli.

Nella relazione esplicativa, la proposta prevede che «[i]l divieto d'ingresso durante gli accertamenti presuppone l'obbligo per le guardie di frontiera di provvedere affinché nessun cittadino di paese terzo che non soddisfa le condizioni d'ingresso sia autorizzato a entrare. Le situazioni nelle quali gli accertamenti implicano il trattenimento e le relative modalità dovranno essere definite nel diritto nazionale»⁶⁶¹, ampliando la discrezionalità degli Stati membri nell'applicazione di tali procedure, col rischio di accentuare la frammentarietà e la mancanza di uniformità delle prassi nazionali, già invero evidenziata dal Parlamento Europeo nella sua Risoluzione sull'utilizzo della procedura di frontiera prevista dall'art. 43 della Direttiva 2013/32⁶⁶². Ancora, il considerando 12 specifica che lo screening può includere il trattenimento,

⁶⁵⁸ *Ibidem*.

⁶⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁶⁰ Cfr. G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of “Anomalous Zone” for Migration Management*, in *Asile*, 27 novembre 2020.

⁶⁶¹ Relazione esplicativa della Proposta di Regolamento screening, p. 5.

⁶⁶² Si veda, Parlamento Europeo, Attuazione dell'art. 43 sulle procedure d'asilo Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 sull'attuazione dell'art. 43 della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (2020/2047(INI)), (2021/C 465/05), P9 TA(2021)0042, C 465/47, 10 febbraio 2021.

“nel rispetto della normativa nazionale in materia”, lasciando dunque l’onere di stabilire se e in quali casi prevedere il trattenimento alla legislazione nazionale.

L’art. 7, che istituisce un meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali, impone agli Stati l’istituzione di meccanismi di controllo anche «per garantire il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento». Il sistema così istituito assume significato se letto congiuntamente alla proposta di regolamento sulle procedure. Lo *screening* di frontiera consentirebbe un esame più rapido della situazione individuale del richiedente, che sarebbe in questo modo orientato verso il percorso più adeguato alla sua situazione⁶⁶³.

La proposta, sebbene chiarisca che «il diritto alla libertà e alla libera circolazione è tutelato: l'eventuale ricorso al trattenimento nella procedura di frontiera, ai sensi della direttiva accoglienza e della direttiva rimpatri, è possibile soltanto in presenza degli specifici motivi stabiliti chiaramente in tali direttive, quando risulta necessario e proporzionato sulla scorta di una valutazione specifica di ciascun caso, fermo restando il controllo giurisdizionale, e come *extrema ratio* qualora non sia possibile un'applicazione efficace di misure alternative meno coercitive di altro tipo», amplia la gamma dei motivi che giustificano il ricorso alla procedura di frontiera⁶⁶⁴.

La proposta precisa inoltre che lo Stato membro deve registrare la domanda di asilo ad accertamenti conclusi. È chiarito che questo non pregiudica il diritto della persona di presentare immediatamente istanza di protezione all'arrivo nel territorio di uno Stato membro. Ciò implicherebbe soltanto che la sua domanda verrebbe registrata una volta terminati gli accertamenti e, quindi, una volta disponibili le informazioni necessarie per decidere se applicare la procedura di frontiera⁶⁶⁵.

La nuova procedura di frontiera è disposta all’art. 41 della proposta di regolamento, che dispone che essa è applicabile soltanto alla domanda presentata dal richiedente che non è ancora stato autorizzato ad entrare nel territorio dello Stato membro e non soddisfa le condizioni d'ingresso previste dal codice frontiere Schengen.

Essa si avvia alla conclusione degli accertamenti effettuati a norma del regolamento per uno screening alla frontiera, nei casi in cui la domanda è presentata a un valico della frontiera esterna o in una zona di transito, a seguito di fermo in collegamento con l'attraversamento irregolare della frontiera esterna o a seguito di sbarco dopo un'operazione di ricerca e soccorso. Ai sensi dell’art. 41:

«È possibile assumere decisioni con procedura di frontiera sull'ammissibilità della domanda o sul suo merito soltanto quando l'esame è effettuato con procedura accelerata. È disposto che è possibile accogliere i richiedenti sottoposti a procedura di frontiera non soltanto nei luoghi siti alla frontiera esterna o nelle zone di transito, ma anche in prossimità, tuttavia, gli

⁶⁶³ Si veda, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, p 4.

⁶⁶⁴ G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum*, cit.

⁶⁶⁵ Non è chiaro se ciò abbia conseguenze sul momento a partire dal quale si applica la legislazione sui richiedenti asilo che, come spiegato in precedenza, si applica a partire dal momento della manifestazione di volontà (presentazione). Siccome la proposta di regolamento parla di registrazione, e non di presentazione della domanda, pare salva l'applicabilità di tale legislazione dal momento della manifestazione di volontà (si veda, infra; *Ministerio Fiscal*, cit.); cfr. E. CELORIA, La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, in *Freedom, Security and Justice*, 2, 2021, p. 50

Stati membri non sono tuttavia tenuti a predisporre le strutture necessarie per l'applicazione della procedura di frontiera a ogni valico di frontiera o in ogni sezione della frontiera esterna in cui i migranti siano fermati o sbarcati: sono liberi di scegliere i luoghi in cui intendono predisporre tali strutture, in qualsiasi punto della frontiera esterna o in prossimità della frontiera esterna, e di trasferirvi le domande cui si applica la procedura di frontiera, quale che sia il luogo in cui la domanda di asilo è stata presentata inizialmente. È previsto che, ove sia superata la capacità operativa dei luoghi suddetti, gli Stati membri possono accogliere i richiedenti provvisoriamente e per un periodo il più possibile breve altrove sul territorio».

Il nuovo art. 41bis introduce poi la procedura di rimpatrio alla frontiera, dando, per quanto discutibilmente, per la prima volta una disciplina giuridica più dettagliata alla procedura prevista dall'art. 14 CFS. Il rimpatrio alla frontiera si applica al cittadino di paese terzo o apolide la cui domanda di protezione internazionale sia stata respinta nelle more di una procedura ex art. 41 (nuova procedura di frontiera).

La norma prevede che lo straniero sottoposto a rimpatrio alla frontiera è “tenuto” per un periodo non superiore a 12 settimane in un luogo ubicato alla frontiera esterna o in prossimità della stessa ovvero in una zona di transito; specifica inoltre che, qualora non sia in grado di accoglierla in uno di tali luoghi, lo Stato membro può ricorrere ad altre sedi sul proprio territorio. Secondo la disposizione, è possibile continuare a trattenere, al fine di impedirne l'ingresso nel territorio dello Stato membro, prepararne il rimpatrio o effettuare l'allontanamento, la persona di cui al paragrafo 1 che era in stato di trattenimento nel corso della procedura prevista all'art. 41 e che non ha più diritto di rimanere né è autorizzata a rimanere.

I nuovi strumenti così illustrati, se dal un lato forniscono una chiara concatenazione, sinora mancante, tra lo svolgimento dei controlli di frontiera ai sensi del CFS, la procedura di frontiera e l'eventuale respingimento alla frontiera del cittadino di paese terzo, dall'altro complicano ulteriormente il quadro giuridico applicabile alle procedure in parola⁶⁶⁶.

Da un lato, infatti, le nuove procedure confermano alcune ambiguità già connaturate alle attuali procedure. Il nuovo regolamento procedure, infatti, non chiarisce il regime giuridico riguardo alla necessità di tenere alla frontiera il cittadino di paese terzo sottoposto a tale procedura, e lascia gli Stati liberi di determinare il punto della frontiera e la struttura ove ubicarli⁶⁶⁷.

Viene inoltre ampliato l'elenco delle ipotesi che giustificano il ricorso a tale procedura, rendendola di fatto applicabile alla quasi totalità dei cittadini di paesi terzi che giungono alla frontiera esterna. Il limite delle quattro settimane verrebbe soppresso e sostituito con da uno di 12 settimane, che deve comprendere il periodo di espletamento della procedura e anche i tempi

⁶⁶⁶ M. BORRACCETTI, Il Nuovo Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo: continuità o discontinuità con il passato?, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2021, pp. 1 ss; M. MOUTZOURAKIS, More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the 'Asylum Seekers' Status', in *European Law Journal*, 2021, p. 3; D. THYM, *European realpolitik: legislative uncertainties and operational pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 settembre 2020.

⁶⁶⁷ L. JAKULEVIČIENĖ, *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedure at the EU external borders*, *eumigrationlawblog*, 27 ottobre 2020; L. MARIN, *The 2020 Proposals for Pre-Entry Screening and Amended Border Procedures: a System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?*, *ADiMBlog*, Novembre 2020; G. CORNELISSE, *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions*, in *EU MigrationBlog*, 6 gennaio 2021.

per una decisione in merito ad una eventuale impugnazione del rigetto. Di fatto, il “trattenimento” dei richiedenti nelle more di tale procedura è esteso a 12 settimane.

Ma il quadro più preoccupante riguarda la procedura di *pre-screening*. Se infatti per la procedura di frontiera e il trattenimento del richiedente rimane invariato il perimetro delle garanzie in questa sede delineato (valutazione caso per caso della necessità, proporzionalità e misure alternative alla detenzione), meno chiaro appare il perimetro giuridico entro il quale le procedure *pre-screening* hanno luogo⁶⁶⁸.

Questo è dovuto, da un lato, alla scelta del legislatore di lasciare allo Stato membro la scelta di applicare il trattenimento del cittadino di paese terzo e, dall’altro, dal fatto che non è chiaro da quale momento siano applicabili le norme relative ai richiedenti protezione internazionale nel contesto di tali procedure, in quanto orientate anche alla determinazione della qualità di richiedente protezione internazionale e alla luce degli scarni richiami al rispetto dei diritti umani e della carta dei diritti fondamentali dell’UE.

8. Conclusioni

Questo capitolo si è occupato della disciplina giuridica e del trattamento dei cittadini di paesi terzi presso le zone di transito aeroportuali nel diritto dell’Unione europea. Si è visto che nel diritto dell’Unione la locuzione zona di transito ricorre in alcuni strumenti normativi, che tuttavia, parimenti ad altri contesti analizzati in questo lavoro, non ne fornisce una definizione né una disciplina specifica. La prima particolarità di tale disciplina risiede nella sovrapposizione tra il tema di questo lavoro e il concetto di frontiera esterna. Nel diritto dell’Unione, infatti, le zone di transito degli aeroporti sono anzitutto delle frontiere esterne dello spazio europeo, che, come noto, godono di una disciplina specifica riguardo il loro attraversamento. In tal senso, nel diritto dell’Unione è possibile ravvedere una tensione tra la concezione della frontiera esterna come “linea” di demarcazione dell’applicazione di un determinato regime giuridico e quella che invece fornisce una disciplina particolare alla frontiera in quanto “zona”, dunque spazialmente e temporalmente più estesa del confine-linea.

Tuttavia, sebbene in termini meno immediati, la concezione della frontiera in quanto zona, e dunque l’attribuzione di una disciplina particolare alle zone di transito aeroportuali, si intravede nel diritto dell’Unione e pare destinata a imporsi maggiormente se si prendono in considerazione le proposte avanzate nel quadro del “nuovo” patto sulla migrazione e l’asilo del 2020. In tal senso, il capitolo ha analizzato il regime giuridico specificamente afferente alla frontiera esterna, e dunque anche alla frontiera esterna aeroportuale, relativamente all’ingresso e alla valutazione dei requisiti di ingresso, della richiesta di protezione internazionale e della relativa procedura di frontiera, del rifiuto di ingresso e del respingimento alla frontiera, e, infine, del trattenimento in frontiera nel diritto dell’Unione.

Dalla concatenazione di tali elementi si può evincere l’esistenza di un regime particolare di frontiera, che riguarda appunto i c.d. “casi frontalieri”, che ha l’obiettivo di velocizzare e semplificare le procedure applicabili a tali soggetti. Tale regime è temperato nel caso dei

⁶⁶⁸ L. JAKULEVIČIENĖ, *op. cit.*

richiedenti protezione internazionale, cui la procedura di frontiera si applica solo in alcuni specifici casi e in via eventuale.

Tuttavia, dal tenore delle proposte avanzate nel quadro del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo del 2020, si evince una volontà di ampliare le possibilità di ricorrere a tali procedure, rendendole quasi automaticamente applicabili a tutti i richiedenti asilo alla frontiera. Infatti, da tali proposte si evidenzia un simmetrico ampliamento del ricorso alla finzione di non ingresso in tali procedure, in particolar modo nella procedura di pre-screening alla frontiera nonché al resto delle procedure di frontiera, relativamente alla domanda di protezione internazionale e all'eventuale respingimento alla frontiera. Si delinea su questa base, nel diritto dell'Unione, un sempre più strutturato regime giuridico frontaliero, che prevede l'applicazione di un quadro giuridico deteriore ai cittadini di paesi terzi che attraversano o tentano di attraversare irregolarmente le frontiere esterne dell'Unione.

Capitolo III: le zone di transito aeroportuali nell'ordinamento italiano

1. Introduzione

Questo capitolo ha come oggetto la disciplina giuridica, la relativa prassi applicativa e il trattamento dello straniero, presso le zone di transito aeroportuali nel contesto italiano. Similmente a quanto affermato nel capitolo precedente⁶⁶⁹, anche la disciplina italiana si caratterizza per la convivenza di diverse fonti normative, sia nel senso del rapporto tra ordinamenti (Unione europea e ordinamento interno), sia per ciò che riguarda più strettamente il quadro giuridico e la disciplina interna. Infatti, se quest'ultima da un lato è condizionata in maniera crescente dai vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, dall'altro appare qualificata da un alto grado di frammentarietà e dunque di informalità⁶⁷⁰. Non esiste infatti una disciplina organica delle zone di transito in quanto tali, né esiste una loro definizione giuridica precisa nell'ordinamento interno, parimenti a quanto avviene nel quadro del diritto dell'Unione. L'assenza di una disciplina e di una definizione delle zone di transito degli aeroporti implica necessariamente una distanza tra le prescrizioni normative riferibili alla fattispecie e la prassi applicativa delle autorità che ivi operano, con la conseguente creazione di spazi fisici e giuridici che *de facto* rimangono al di fuori della tutela ordinaria garantita nel nostro ordinamento allo straniero comunque presente sul territorio e in particolare alla frontiera.

A livello interno, dunque, oltre alla legislazione ordinaria riferibile alla fattispecie, vengono in rilievo diversi strumenti di natura amministrativa e di livello "secondario", che determinano così il consolidarsi di prassi amministrative la cui compatibilità con le norme di legge, con le norme e i principi costituzionali, nonché con la disciplina derivante dall'ordinamento dell'Unione europea, sarà discussa in questo capitolo.

In ogni caso, la materia, in quanto afferente al controllo delle frontiere e dunque all'ingresso sul territorio dello Stato, si caratterizza per uno sbilanciamento del rapporto tra lo straniero e l'amministrazione statale e i suoi poteri di polizia in favore di questi ultimi⁶⁷¹. Ciò comporta il già citato affermarsi di prassi informali, e la relativa difficoltà di emersione e segnalazione di queste ultime e, dunque, una equivalente difficoltà nel garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti soggettivi dello straniero alla frontiera.

Come accennato, fondamentale è inoltre il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea nel delineare la disciplina applicabile, così come altrettanto fondamentale sarà analizzare il modo in cui l'Italia ha aderito e implementato gli Accordi prima, e poi la Convenzione di Schengen e il suo ruolo nel relativo sistema, soprattutto in relazione alla questione dell'attraversamento delle frontiere esterne ed ai requisiti di ingresso⁶⁷².

⁶⁶⁹ Si veda *infra*

⁶⁷⁰ F. BIONDI DAL MONTE, Le fonti nel diritto dell'immigrazione, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), Editoriale scientifica, Napoli, 2017, pp. 343 ss.

⁶⁷¹ Cfr. G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 80; si veda anche M. ASTUTI, C. BOVE, A. BRAMBILLA ET AL, «Per quanto voi vi crediate assolti, siete sempre coinvolti». I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2022, pp. 2 ss.

⁶⁷² Per una ricostruzione storico-giuridica della questione, si veda S. PAOLI, *Frontiera Sud. L'Italia e la nascita dell'Europa di Schengen*, Mondadori, Milano 2018, p. 337 ss.

In questa sede è opportuno inoltre chiarire alcune caratteristiche della disciplina italiana di cui si da conto nelle pagine seguenti. Diversamente da altri ordinamenti, quello italiano non attribuisce una disciplina specifica alla frontiera, né permette l'istituzione di zone di frontiera sottoposte ad un regime giuridico differente rispetto al resto del territorio. Allo stesso modo, la finzione di non ingresso non è menzionata in alcuna norma dell'ordinamento. Al più, la si potrebbe scorgere in una particolare interpretazione di un istituto dell'ordinamento italiano, quello del respingimento immediato ex art. 10, co.1, TUI. Tuttavia, pare questa una interpretazione alquanto forzata della norma in parola, poiché nessun altro riferimento alla finzione di non ingresso è individuabile nel nostro ordinamento. In buona sostanza, i confini dell'ordinamento italiano seguono quelli territoriali della Repubblica, segnalando precisamente un "dentro" e un "fuori" senza gradazioni di sorta.

Ciononostante, in ragione della menzionata discrezionalità amministrativa nella gestione delle frontiere statali, dall'analisi che segue risulta che sono proprio le autorità che, nella prassi applicativa della normativa afferente al controllo delle frontiere e all'ingresso sul territorio statale, ricorrono a tale finzione giuridica nelle loro attività di gestione della frontiera, in particolare quella aeroportuale. Per tale motivo, in questo capitolo si fa riferimento a diverse finzioni giuridiche, quali quella di extraterritorialità e di non ingresso, che, tuttavia, si vuole ribadire, non trovano riscontro nella normativa interna ma originano dalla prassi amministrativa afferente all'oggetto del presente lavoro.

Ciò considerato, l'analisi si muove in principio da un inquadramento generale del rapporto tra l'Italia e lo spazio Schengen e lo sviluppo di un *corpus* normativo in materia di ingresso e soggiorno dello straniero in Italia, con particolare riferimento alla questione dell'ingresso sul territorio e del presidio delle frontiere nell'ordinamento interno. L'analisi si concentra poi sulla questione dei valichi di frontiera in Italia, sulla loro istituzione e disciplina.

Successivamente, il capitolo segue una struttura simile a quella del precedente sull'Unione europea. Viene esaminata dunque la questione dell'ingresso sul territorio e dei requisiti di ingresso. Si analizzano i diritti dello straniero in frontiera garantiti dall'ordinamento italiano, e i limiti all'espulsione dello straniero. Il capitolo studia poi l'allontanamento dello straniero in frontiera, il c.d. respingimento immediato, e le relative criticità soprattutto afferenti alla prassi applicativa dell'istituto così come si configura presso i valichi di frontiera aeroportuali.

Si analizzano poi i tempi e i modi della presentazione della domanda di protezione internazionale in frontiera e l'organizzazione dei servizi di accoglienza dei richiedenti asilo ai valichi di frontiera aeroportuale. Successivamente, il capitolo si focalizza sulla detenzione dello straniero in frontiera, con particolare riguardo alla forma più frequente nelle zone di transito aeroportuali italiane, ovvero quella dello straniero non ammesso sul territorio in attesa dell'esecuzione del respingimento immediato.

Quanto alla metodologia del presente capitolo, essa si avvale, oltre che delle fonti bibliografiche e giurisprudenziali, anche di interviste condotte dalla sottoscritta a soggetti che a vario titolo hanno o hanno avuto un collegamento col fenomeno. In particolare, sono state intervistate la dott.ssa Elena Adamoli (Garante nazionale delle persone private della loro libertà

personale⁶⁷³), gli avvocati e alcuni membri ASGI (l'avvocato Federico Micheli, le dott.sse Ammirati, Massimi), una cittadina cubana sottoposta a trattenimento e respingimento immediato alla frontiera aeroportuale di Malpensa, una cittadina albanese trattenuta e respinta presso lo stesso valico di frontiera, l'UNHCR, il dott. Castiglioni, responsabile dei servizi di assistenza e accoglienza dell'aeroporto di Malpensa. Le due cittadine respinte alla frontiera aeroportuale di Malpensa hanno condiviso con la sottoscritta alcuni documenti relativi alle vicende che le hanno interessate, i quali sono stati utilizzati come elementi adiuvanti l'analisi, in modo da garantire una più precisa contestualizzazione e esame giuridico dei loro racconti.

Prima di procedere nella trattazione si vuole operare una precisazione terminologica. L'ordinamento italiano, ed in particolare le rilevanti norme costituzionali e primarie, recano menzione del termine "straniero", per indicare il "non cittadino". Tuttavia, la categoria è oggi assai ampia ed eterogenea, e arriva a ricomprendere al suo interno diversi *status* personali altrettanto eterogenei quanto a trattamento giuridico, come quello del cittadino di altro paese appartenente alla UE e il cittadino di paese terzo⁶⁷⁴. In virtù del fatto che questo capitolo esamina la disciplina italiana della materia, è mantenuto l'utilizzo del termine "straniero", che però indica, nell'economia del presente capitolo, la categoria di "cittadino di paese terzo" inteso ai sensi del diritto dell'Unione, escludendo dunque i cittadini europei e i loro familiari. È di volta in volta indicato se l'analisi tratta di situazioni giuridiche soggettive più particolari ricomprese nella categoria di "cittadino di paese terzo", come ad esempio quella dei richiedenti asilo o dei beneficiari di protezione internazionale.

2. Evoluzione e caratteristiche della disciplina italiana in materia di controllo delle frontiere e dell'ingresso dello straniero sul territorio dello Stato

Lo studio della materia oggetto del presente lavoro non può prescindere da una premessa relativa alla questione del controllo delle frontiere e dell'ingresso degli stranieri sul territorio, e dunque dall'evoluzione della normativa italiana in materia. Il controllo della frontiera italiana e le regole per il suo attraversamento, in quanto frontiera esterna della UE, sono regolati da una pluralità di fonti, internazionali, dell'Unione europea e nazionali. L'Italia mantiene tuttavia una propria sfera di pertinenza sul controllo delle sue frontiere, sia in quanto la materia è di competenza concorrente con la UE, sia perché lo Stato conserva una competenza esclusiva circa il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale ai sensi dei Trattati e in particolare dell'art. 72 TFUE. In questo senso va letto d'altronde l'art. 117 Cost., il cui secondo co., lett. q), definisce il controllo dei confini quale materia di competenza esclusiva dello Stato,

⁶⁷³ Il Garante nazionale delle persone private della loro libertà personale è stato istituito in Italia con Decreto Legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, GU 21/2/2014, n. 43, art. 7. Sulla base della stessa disposizione, è previsto che l'Ufficio del Garante nazionale sia composto da un numero massimo di 25 unità di personale, di cui almeno 20 del Ministero della giustizia e, in posizione di comando, non più di 2 unità del Ministero dell'interno e non più di 3 unità degli enti del Servizio sanitario nazionale e incrementando lo stanziamento di bilancio destinato al funzionamento del Garante Nazionale. ai sensi degli artt. 21 e 22 del Protocollo opzionale CAT, il Garante ha accesso a tutti i luoghi in cui delle persone sono o possono essere private della libertà.

⁶⁷⁴ Cfr. C. CORSI, Voce Straniero (dir. cost.), in *Enciclopedia del diritto, Annali, VI*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 862.

connessa ad altre materie di competenza statale: “l’immigrazione” (lett. b) e la garanzia dell’“ordine pubblico e sicurezza” (lett. h).

È interessante notare⁶⁷⁵, che l’esigenza di controllo delle frontiere viene in rilievo nel nostro ordinamento e nella giurisprudenza costituzionale solo a partire dalla fine degli anni ‘80, contestualmente all’introduzione dei primi strumenti normativi di regolazione e controllo dei flussi migratori e, soprattutto, a partire dall’adesione dell’Italia agli Accordi di Schengen e alla relativa Convenzione di applicazione,⁶⁷⁶ che segna il passaggio di *status* della frontiera italiana da frontiera nazionale all’essere contestualmente frontiera esterna europea. È infatti in quegli anni che il legislatore inizia a regolamentare il fenomeno dell’immigrazione.

Sino alla prima metà degli anni ‘80, infatti, la normativa italiana in materia di condizione giuridica degli stranieri era connessa alla disciplina dell’ordine pubblico, ed in particolare sommariamente regolamentata dal Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931, contenente la disciplina dell’ingresso e del soggiorno, ricadente tra le disposizioni concernenti l’ordine pubblico⁶⁷⁷. Il primo vero strumento legislativo è la c.d. “Legge Martelli”⁶⁷⁸. Con tale legge si regolamentavano l’ingresso e il soggiorno dei cittadini stranieri per motivi di lavoro, di studio, di famiglia, di cura e di culto e venivano dettate nuove norme sull’espulsione⁶⁷⁹.

Il consolidamento sul piano legislativo della necessità di regolamentare la condizione giuridica dello straniero e le condizioni del suo ingresso e soggiorno sul territorio dello Stato si sviluppa ulteriormente in seguito ad un graduale processo di adattamento della legislazione

⁶⁷⁵ C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, p. 235.

⁶⁷⁶ Legge 30 settembre 1993, n. 388, Ratifica ed esecuzione: a) del protocollo di adesione del Governo della Repubblica italiana all'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, con due dichiarazioni comuni; b) dell'accordo di adesione della Repubblica italiana alla convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione del summenzionato accordo di Schengen, con allegate due dichiarazioni unilaterali dell'Italia e della Francia, nonché la convenzione, il relativo atto finale, con annessi l'atto finale, il processo verbale e la dichiarazione comune dei Ministri e Segretari di Stato firmati in occasione della firma della citata convenzione del 1990, e la dichiarazione comune relativa agli artt. 2 e 3 dell'accordo di adesione summenzionato; c) dell'accordo tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese relativo agli artt. 2 e 3 dell'accordo di cui alla lettera b); tutti atti firmati a Parigi il 27 novembre 1990, GU n. 232 del 2 ottobre 1993.

⁶⁷⁷ Regio Decreto 18 giugno 1931, Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, GU n.146 del 26 giugno 1931. Per ciò che qui ci interessa, l’ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero erano regolamentati dal Titolo V, Capo I e II del Decreto.

⁶⁷⁸ Legge 28 febbraio 1990, n. 39, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, recante norme urgenti in materia di asilo politico, di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari e di regolarizzazione dei cittadini extracomunitari ed apolidi già presenti nel territorio dello Stato. Disposizioni in materia di asilo, GU Serie Generale n.49 del 28 febbraio 1990.

⁶⁷⁹ Quanto all’ingresso, veniva stabilito all’art. 3, primo co., che «[p]ossono entrare nel territorio dello Stato gli stranieri che si presentano ai controlli di frontiera forniti di passaporto valido o documento equipollente, riconosciuto dalle autorità italiane, nonché di visto ove prescritto, che siano in regola con le vigenti disposizioni, anche di carattere amministrativo, in materia sanitaria e assicurativa e che osservino le formalità richieste». I commi 4 e 5 introducevano, invece, l’istituto del respingimento alla frontiera, prevedendo che: co. 4 «[...] gli uffici di polizia di frontiera devono respingere dalla frontiera stessa gli stranieri che non ottemperano agli obblighi di cui al co. 1»; co. 5 «[g]li uffici predetti devono, altresì, respingere dalla frontiera gli stranieri, anche se muniti di visto, che risultino stati espulsi o segnalati come persone pericolose per la sicurezza dello Stato, ovvero come appartenenti ad organizzazioni di tipo mafioso o dedite al traffico illecito di stupefacenti o ad organizzazioni terroristiche, nonché gli stranieri che risultino manifestamente sprovvisti di mezzi di sostentamento in Italia. Il provvedimento di respingimento deve essere motivato per iscritto».

nazionale alla politica comune dei visti prevista dalla Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen, cui l'Italia aderì il 27 novembre 1990 ma che entrò in vigore solo nel 1997 con l'ingresso dell'Italia nel sistema Schengen, a seguito dell'introduzione di una disciplina organica della materia dell'immigrazione. Così, la Legge n. 40 del 1998, la cosiddetta Turco-Napolitano⁶⁸⁰, pone e delinea le basi per la disciplina tutt'ora in vigore, in particolare rispetto a ciò che ci interessa, ovvero l'ingresso, i relativi requisiti, e il respingimento alla frontiera. La Turco-Napolitano recava una delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo contenente il testo unico delle disposizioni concernenti gli stranieri, che riunisse e sistematizzasse le norme della legge in questione con altre disposizioni precedenti. Con tale delega si è così giunti all'approvazione del decreto legislativo n. 286 del 1998, ovvero del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (TUI d'ora in avanti). Con tale strumento si inaugura nel nostro ordinamento una normativa più restrittiva in materia di ingresso e soggiorno dei cittadini stranieri, che portò all'istituzione di luoghi e istituti che ad oggi strutturano la disciplina dell'immigrazione in Italia, come, *inter alia*, l'istituzione dei centri di permanenza temporanea e le norme che disciplinavano ipotesi di respingimento alla frontiera⁶⁸¹.

La disciplina così delineata subiva tuttavia discreti ritardi nella sua attuazione, che giunse solamente un anno dopo, con l'adozione del regolamento di attuazione del TUI. Il Regolamento, il cui iter di approvazione ed emanazione era già stato tortuoso, è tutt'oggi segnato da diversi elementi di problematicità, poiché «le norme regolamentari [...] sembravano

⁶⁸⁰ P. BONETTI, I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998, in *Diritto degli stranieri*, B. NASCIMBENE (a cura di), CEDAM, Padova, 2004, p. 16, osserva come tale strumento intendeva apportare un riordinamento di precedenti interventi normativi. Basti pensare che mentre la Legge Martelli si componeva di soli 13 artt., la Turco-Napolitano ne aveva ben 49. Legge del 6 marzo 1998, n. 40, Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, GU n.59 del 12/03/1998 - Suppl. Ordinario n. 40; La Legge disciplinava altresì la materia dell'ingresso dello straniero sul territorio nazionale, dei requisiti in tal senso, e il respingimento alla frontiera. In particolare, il Titolo II, Capo I, regolava l'ingresso e il soggiorno. L'art. 4, primo co., disponeva che «[l]l'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti», integrato dal co. 3 (dimostrazione dei mezzi di sussistenza) e 4 (ingresso con visto UE di 90 giorni o con permesso di soggiorno rilasciato dall'Italia). Il Titolo II, Capo II, titolava invece "Controllo delle frontiere, respingimento ed espulsione". Il suo art. 8 introduceva la disciplina del respingimento alla frontiera, prevedendo al primo co. che «[l]a polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dalla presente legge per l'ingresso nel territorio dello Stato». Il co. 3 esplicitava la responsabilità in capo al vettore che ha condotto alla frontiera lo straniero di prendere quest'ultimo immediatamente in carico e trasferirlo nel paese di provenienza o in quello che ha rilasciato il documento di viaggio eventualmente in suo possesso; per gli sviluppi in materia, cfr. F. SCUTO, La disciplina dell'immigrazione clandestina in Italia e la difficile tutela dei diritti della persona, in ID, *I diritti fondamentali*, cit., pp. 183 ss.

⁶⁸¹ All'epoca CPT, poi CIE (Centri di identificazione ed espulsione; dalla Legge Bossi-Fini nel 2002; cfr. *infra*) e infine, CPR (Centri di permanenza per il rimpatrio) dalla Legge c.d. "Minniti Orlando" del 2017 (Legge 17 febbraio 2017, n. 13 Disposizioni urgenti per l'accelerazione dei procedimenti in materia di protezione internazionale, nonché per il contrasto dell'immigrazione illegale, GU Serie Generale n. 40 del 17 febbraio 2017; convertito con modificazioni dalla l. 13 aprile 2017, n. 46, GU n. 90 del 18 aprile 2017), di cui attualmente all'art. 14, primo co.. In particolare, come si vedrà, il TUI elabora sulle basi della "Turco-Napolitano". Si darà conto della disciplina relativa all'ingresso, ai requisiti di ingresso e al respingimento così elaborata di seguito in questo capitolo; Decreto Legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, GU n.191 del 18 agosto 1998 - Suppl. Ordinario n. 139 (TUI).

svuotare norme aperte della legislazione e aumentare ulteriormente la discrezionalità dell'amministrazione pubblica»⁶⁸².

Successivamente, una impronta in senso restrittivo è data dall'adozione della c.d. Legge Bossi-Fini (l. 30 luglio 2002, n. 189), che, per quel che rileva ai fini del nostro lavoro e che verrà analizzato in seguito, introduce, *inter alia*, l'immediata esecuzione dell'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera⁶⁸³.

Invero, il legame tra la priorità dell'esigenza di controllo delle frontiere e la disciplina dell'immigrazione non è predominante nella primissima giurisprudenza costituzionale in materia di stranieri. Almeno inizialmente, la Corte Costituzionale non associa infatti lo straniero al fenomeno dell'immigrazione ma lo definisce in quanto "persona" titolare di diritti costituzionali⁶⁸⁴. Solo a partire dai primi anni '90 viene in rilievo il compito dello Stato di controllare le frontiere, come compito ineludibile, poi consacrato con la riforma costituzionale del 2001, che ha inserito la materia tra le competenze esclusive dello Stato. In questo modo, il controllo delle frontiere assurge a interesse primario dello Stato, cui la giurisprudenza costituzionale associa diversi valori, quali l'ordinata gestione dei flussi migratori, la sicurezza dello Stato o ancora la "sostenibilità" socio-economica del fenomeno⁶⁸⁵. Così, la Corte affermava che «i Trattati assicurano la piena libertà nell'attraversamento delle frontiere interne dell'Unione e, per converso, richiedono efficaci controlli alle frontiere esterne [...] sì da apparire evidente che la materia dell'ingresso e del soggiorno degli extracomunitari non potrebbe restare priva di disciplina e, soprattutto, carente degli strumenti adeguati per assolvere gli obblighi imposti dai Trattati»⁶⁸⁶.

In tal senso, occorre sottolineare ulteriormente il legame tra l'adesione dell'Italia alla Convenzione di Schengen del 1990 e l'esigenza di controllo dei confini statali. La Corte Cost., infatti, declina tale elemento non solo come compito di natura costituzionale orientato alla

⁶⁸² P. Bonetti, I profili generali, cit., p. 24, che racconta come la Corte dei Conti ha rifiutato la registrazione del Regolamento avendo rilevato l'illegittimità di alcune delle sue norme. Decreto del Presidente della Repubblica del 31 agosto 1999, n. 394, Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'art. 1, co. 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

⁶⁸³ L'art. 13 dispone che l'espulsione eseguita dal Questore mediante accompagnamento coattivo alla frontiera diviene la principale modalità di esecuzione dell'espulsione; Legge del 30 luglio 2002, 30 luglio 2002, n. 189 Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo, GU Serie Generale n.199 del 26/08/2002 - Suppl. Ordinario n. 173. Sugli sviluppi successivi, si veda B. NASCIBENE, *La condizione giuridica dello straniero*, CEDAM, Padova, 1997, p. 502; B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., in particolare, la parte I, Capitolo I, contributo di P. Bonetti, in I profili generali della normativa italiana sugli stranieri dal 1998, pp. 4 ss; R. MIELE, Il quadro della disciplina italiana dell'immigrazione e della condizione dello straniero: l'evoluzione, il diritto vigente e le prospettive di riforma, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, P. BENVENUTI (a cura di), il Sirente, Campobasso, 2008, pp. 1 ss; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 444.

⁶⁸⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 120 del 23 novembre 1967; n. 54 del 15 giugno 1979, dove si affermava che «d'altro canto il principio di eguaglianza, sia pure in forme diverse ed attenuate, dovrebbe essere esteso anche ai non-cittadini, quanto ai diritti ed alle libertà fondamentali [...]»; C. SICCARDI, *op. cit.*, pp. 235 ss.

⁶⁸⁵ *Ibidem*.

⁶⁸⁶ Corte Costituzionale sentenza n. 21 del 27 febbraio 2000. Cfr. G. BASCHERINI, Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1/2000, pp. 235; *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit. p. 268.

difesa della comunità nazionale, ma anche in quanto «rispetto dei vincoli di carattere internazionale che ha la funzione di creare uno spazio di libertà e di libera circolazione»⁶⁸⁷.

Quanto alle caratteristiche della disciplina italiana dell'immigrazione, autorevole dottrina ha osservato come, nonostante il fenomeno sia ormai strutturale⁶⁸⁸, gli interventi legislativi in materia seguono una logica emergenziale⁶⁸⁹, da cui discende una “contraddizione nel circuito democratico a proposito delle norme concernenti gli stranieri”⁶⁹⁰ e, nel caso italiano, il notevole spazio lasciato dalla giurisprudenza costituzionale alla scelta discrezionale del legislatore⁶⁹¹. A sua volta, anche la legislazione ordinaria vigente in materia di immigrazione, ingresso e soggiorno, ed in particolare quella relativa alla disciplina delle zone di transito e delle procedure alla frontiera, lascia notevole spazio all'intervento di fonti secondarie, sino ad arrivare a aree del diritto dell'immigrazione che sono quasi interamente così disciplinate⁶⁹², fenomeno che la dottrina ha definito “infra-diritto degli stranieri”⁶⁹³. Ciò si traduce nella tendenza a disciplinare nuove fattispecie dapprima in maniera informale, attraverso fonti secondarie o addirittura lo sviluppo di prassi che solo successivamente, dopo il loro consolidamento, vengono normalizzate e istituzionalizzate attraverso fonti primarie⁶⁹⁴.

Sotto quest'ultimo profilo, come puntualmente sottolineato dalla dottrina⁶⁹⁵, vi sono numerose “aree grigie” del diritto dell'immigrazione la cui scarsa o assente disciplina legislativa lascia ampio spazio all'intervento di fonti secondarie che di fatto ne diventano una delle principali fonti di regolamentazione, finendo per orientare l'interpretazione delle scarse indicazioni legislative ed ampliando la discrezionalità amministrativa. La materia del controllo delle frontiere si presta a tale forte discrezionalità, in particolare del Ministero dell'Interno⁶⁹⁶.

⁶⁸⁷ Cfr. A. DI PASCALE, L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, in *Ius Migrandi. Trent'anni di di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 81 ss.

⁶⁸⁸ P. BONETTI, L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, nè alcuna disciplina efficace dell'immigrazione, in *Diritto Costituzionale* 3, 2019, p. 655.

⁶⁸⁹ *Ibidem*; A. ALGOSTINO, L'immigrazione come dato strutturale e non come emergenza. Brevi note intorno al volume di Michele Colucci Storia dell'immigrazione stranieri in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri, Roma, 2018, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, pp. 1 ss.

⁶⁹⁰ F. BONDI DAL MONTE, *op. cit.*, p. 653.

⁶⁹¹ M. CUNIBERTI, L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale, in *Le Regioni*, 2006, pp. 516; ss A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III^a ed., Cedam, Padova, 2003, p. 317; P. BONETTI, *I profili generali*, cit., p. 5.

⁶⁹² I. GJERGJ, *Circolari amministrative e immigrazione*, FrancoAngeli, Milano, 2013, p. 143.

⁶⁹³ *Ibidem*; Già P. BONETTI, in *I profili generali*, cit., osservava come sino all'entrata in vigore del TUI, “la disciplina della condizione giuridica dello straniero era disorganizzata, inefficace e precaria, anche a causa della frequente violazione della riserva di legge in materia prevista dall'art. 10 co. 1, Cost.: si pensi al ruolo abnorme delle circolari ministeriali”, p. 9. Cfr., ancor più risalente, M. RICCI, Lo straniero extracomunitario e il regime delle circolari, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1986, pp. 628 ss.

⁶⁹⁴ C. SICCARDI, *op. cit.*, p. 261, dove l'A. applica tale osservazione al caso degli hotspots e alla normalizzazione di prassi prima informali relative, in particolare, al trattenimento dello straniero alla frontiera; C. SICCARDI, Le frontiere esterne dell'Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali. Osservazioni a partire dai casi di Italia e Spagna, in *Europa Società aperta, Volume I, Problemi attuali e prospettive future*, M. D'AMICO ET AL. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 171 ss; S. PENASA, L'approccio “hotspot” nella gestione delle migrazioni, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri, Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, F. CORTESE, G. PELACANI (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, p. 382.

⁶⁹⁵ M. D'AMICO, Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto, in *Rivista AIC*, 4, 2018, in particolare pp. 98 ss.

⁶⁹⁶ *Ibidem*.

La disciplina delle zone di transito degli aeroporti e il trattamento dello straniero alla frontiera aeroportuale, come si vedrà, ben riassume tale tendenza.

Infine, intimamente collegata a tale ultima questione, si è parlato di un processo di “amministrativizzazione”⁶⁹⁷ dei diritti e delle libertà degli stranieri, e dunque di una deferenza allo strumento amministrativo nella regolamentazione dei flussi migratori, soprattutto nella disciplina dell’ingresso e del soggiorno dello straniero sul territorio. Ciò comporta una evidente compressione della tutela dei diritti fondamentali dello straniero, costantemente sottoposti a un processo di “maquillage giuridico”, fondato sull’assunto che le misure amministrative non incidano su diritti costituzionalmente rilevanti⁶⁹⁸. Si vedrà come ciò emerge in tutta evidenza dalla trattazione che segue.

3. I valichi di frontiera in Italia

Come esposto nel capitolo precedente, non esiste nel diritto dell’Unione una definizione precisa dei concetti di “zone di transito” e “valico di frontiera”, se non funzionali allo scopo che queste rivestono, ovvero luoghi presso i quali è lecito che avvenga l’attraversamento della frontiera esterna ai sensi del CFS. Quest’ultimo, al suo art. 39(1)(a), dispone che gli Stati Membri comunicano alla Commissione europea (CE d’ora in avanti) l’elenco dei rispettivi valichi di frontiera⁶⁹⁹.

Nel contesto italiano sono poi stati istituiti specifici valichi di frontiera ove è applicata la c.d. “procedura accelerata di frontiera”, che non verrà analizzata in questo capitolo poiché non risulta applicabile ad alcuna zona di transito aeroportuale italiana. Le modifiche al Decreto Procedure⁷⁰⁰ che hanno istituito detta procedura, prevedono che questa è implementata solo presso alcuni valichi di frontiera. Dette modifiche fanno riferimento, per i dettagli applicativi, ad alcune circolari del Ministero dell’Interno⁷⁰¹. In particolare, la circolare del 16 ottobre 2019 indica che la procedura accelerata deve essere applicata a “tutti i richiedenti asilo che presentano

⁶⁹⁷ A. FIORITTO, *L’Amministrazione dell’emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Milano, 2018, pp. 261 ss; M. SAVINO, L’“amministrativizzazione” della libertà personale e del due process. Il caso Khlaifia, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2015, pp. 51 ss; ID, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 352 ss; anche I. GJIERGI, *op. cit.*, in particolare pp. 117 ss.

⁶⁹⁸ L. MONTANARI, La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri, in *Federalismi*, 2, 2019, pp. 63 ss; M. SAVINO, Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017, pp. 49 ss; l’A. osserva che con la *crimmigration* e dunque con il ricorso allo strumento penale in funzione del contrasto del fenomeno delle migrazioni non autorizzate o irregolari ha indotto la Corte Costituzionale a esercitare un controllo che, “benché cauto, non è privo di una sua coerenza”, rispetto invece a quello operato sullo strumento amministrativo, p. 49, cit.

⁶⁹⁹ L’elenco dei valichi di frontiera è periodicamente aggiornato. L’ultimo aggiornamento risale al 2017; Aggiornamento dell’elenco dei valichi di frontiera di cui all’art. 2, paragrafo 8, del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), GU C 411/10, 2/12/2017. Oltre alle pubblicazioni nella Gazzetta ufficiale, sul sito web della direzione generale Affari interni è possibile consultare un aggiornamento mensile.

⁷⁰⁰ Decreto Legislativo del 28 gennaio 2008, n. 25, Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, GU n. 40 del 16/02/2008, art. 28-bis (2)(b), modificato dal Decreto Legge del 21 ottobre 2020, n. 130, convertito in Legge del 18 dicembre 2020, n. 173. L’art. 28-bis, co. 4, dispone che “Ai fini di cui al co. 2, lettera b), le zone di frontiera o di transito sono individuate con decreto del Ministro dell’interno [...]”.

⁷⁰¹ Circolare Ministero dell’Interno, 16 ottobre 2019; Circolare Ministero dell’Interno, 18 ottobre 2019.

la domanda direttamente alla frontiera o nelle zone di transito”, individuate nel Decreto Ministeriale del 5 agosto 2019. Il decreto, all’art. 2, precisa che le zone di transito o di frontiera sono individuate in quelle già esistenti in alcune province⁷⁰². Lo strumento non chiarisce né delimita le aree ove la nuova procedura dovrebbe trovare applicazione, e dunque tali zone paiono coincidere con le intere province e non già con luoghi ben delimitati⁷⁰³.

L’art. 4, co. 1, TUI, dispone che l’ingresso nel territorio dello Stato può avvenire soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente stabiliti, che corrispondono a quelli già citati, comunicati dagli Stati Membri alla Commissione europea⁷⁰⁴. Il Regolamento di attuazione del TUI autorizza poi l’ingresso sul territorio al di fuori dei valichi di frontiera esclusivamente nei casi di forza maggiore e di motivate esigenze che impediscono l’atterraggio dei mezzi navali o aerei presso i luoghi deputati a tal scopo⁷⁰⁵ e a condizione che ciò sia autorizzato dal comandante del porto o del direttore dell’aeroporto, previa comunicazione al questore e all’ufficio o comando di polizia territorialmente competente ed agli uffici di sanità marittima o aerea.

3.1. I valichi di frontiera aeroportuali e le loro caratteristiche tra norma e prassi

Come spiegato nel precedente capitolo, l’attraversamento della frontiera esterna può avvenire anche attraverso i valichi di frontiera aeroportuali, opportunamente segnalati dall’Italia alla Commissione europea ed inclusi nell’apposito elenco.

Sebbene non esista una definizione di zona di transito aeroportuale, è pacifico affermare che, materialmente, le zone di transito degli aeroporti corrispondono fisicamente all’area che si estende dal punto di atterraggio degli aeromobili a quello dei controlli doganali⁷⁰⁶. Generalmente, l’area dei controlli doganali è dotata di alcuni locali dove la polizia di frontiera svolge i controlli di seconda linea ai sensi dell’art. 8(5) del CFS e sono eventualmente “ospitati” gli stranieri in attesa di respingimento. Nel caso dell’area dei controlli doganali dell’aeroporto di Malpensa (VA), ad esempio, secondo le informazioni disponibili⁷⁰⁷, questa è dotata di una stanza dove la polizia di frontiera effettua i controlli di seconda linea e da una stanza, più grande,

⁷⁰² D.M. del 5 agosto 2019, Individuazione delle zone di frontiera o di transito ai fini dell’attuazione della procedura accelerata di esame della richiesta di protezione internazionale, GU Serie Generale n.210 del 07-09-2019. Le province in questione sono: Trieste, Gorizia; Crotone, Cosenza, Matera, Taranto, Lecce, Brindisi; Caltanissetta, Ragusa, Siracusa, Catania, Messina; Trapani, Agrigento; Città Metropolitana di Cagliari, Sud Sardegna.

⁷⁰³ Fermo restando l’appecificità della definizione fornita dal CFS, che definisce valico di frontiera “ogni valico autorizzato dalle autorità competenti per il passaggio delle frontiere esterne” cfr. (infra). Per una analisi generale del d.m. cfr. ASGI, *Le zone di transito e di frontiera*. Commento al decreto del Ministero dell’interno del 5 agosto 2019 (G.U. del 7 settembre 2019, n. 2010), 2 ottobre 2019; e, in relazione alle procedure applicabili in tali aree si veda l’ulteriore commento pubblicato da ASGI, *Aggiornamento scheda Asgi “Le zone di transito e di frontiera”*, settembre 2019.

⁷⁰⁴ Cfr. infra, capitolo III.

⁷⁰⁵ Art. 7 co. 3, 4, 5 Regolamento attuazione TUI.

⁷⁰⁶ ASGI, *Report Inlimine*, p. 3.

⁷⁰⁷ Intervista cittadina albanese e cittadina cubana; Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della loro libertà personale, (gennaio-febbraio 2019), 2019, p. 8; Corte EDU, *Thiam c. l’Italie*, sentenza del 22 agosto 2022, ric. no. 21329/16, paras 16-18; Corte di Appello di Milano, sentenza n. 1292/2018, del 15/03/2018. La questione delle condizioni materiali del trattenimento verrà affrontata più dettagliatamente nei paragrafi dedicati all’argomento.

attraverso la quale si accede ad altre stanze più piccole, dove i cittadini di paesi terzi in attesa di respingimento immediato attendono l'esecuzione di quest'ultimo.

Presso tali zone di transito le autorità verificano che i cittadini di paesi terzi che si presentano alla frontiera rispettino i requisiti di ingresso nell'area Schengen previsti dalla rilevante normativa dell'Unione europea e nazionale, quest'ultima oggetto del paragrafo successivo.

Secondo il già citato Rapporto del Garante⁷⁰⁸ e dall'intervista effettuata ai soci ASGI che hanno redatto il rapporto menzionato, le autorità italiane attribuirebbero alle zone di transito aeroportuali le caratteristiche dell'extraterritorialità e della "sterilità". Riguardo il primo attributo, l'extraterritorialità deriverebbe dalla cd "finzione di non ingresso", secondo la quale lo straniero presente in frontiera non può considerarsi ancora sul territorio statale fintantoché la Polizia di frontiera non lo abbia autorizzato all'ingresso. Da tale caratteristica conseguirebbe una disciplina "speciale" per tali zone, giuridicamente considerate "oltre frontiera", benché di fatto sotto il controllo esclusivo dell'autorità di Polizia⁷⁰⁹. Tale argomentazione appare insostenibile alla luce dei rilievi effettuati nel capitolo sul diritto internazionale e delle rilevanti decisioni della Corte EDU in merito alla giurisdizione statale sulle zone di transito aeroportuali⁷¹⁰. Inoltre, riguardo la normativa interna, occorre chiarire che l'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 286/98 (TUI), prevede espressamente che tutti i cittadini stranieri, qualunque sia la loro condizione giuridica rispetto alle norme sull'ingresso e il soggiorno, debbano godere anche *alla frontiera* della tutela dei propri diritti fondamentali⁷¹¹. D'altronde, ciò è in linea con quanto sinora sostenuto in merito alla giurisdizione: le zone di transito aeroportuali risultano sotto il pieno controllo delle autorità di frontiera, e in virtù di ciò, non può esservi extraterritorialità.

Riguardo poi al concetto di "area sterile", esso ha derivazione sovranazionale⁷¹² e si basa sull'assunto per cui le zone di transito degli aeroporti si trovano all'interno dell'area sterile di questi ultimi. L'area sterile è un'area il cui accesso è limitato al solo personale autorizzato, alle forze di polizia e ai passeggeri muniti di carta di imbarco. Invero, ai sensi delle norme applicabili, in particolare quelle derivanti dal diritto dell'Unione europea, l'accesso a tale area è consentito anche ad altri soggetti, purché autorizzati dalle autorità competenti e previa verifica

⁷⁰⁸ Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della loro libertà personale (Garante o Garante nazionale), *Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia presso alcuni valichi di frontiera (Rapporto valichi di frontiera)*, gennaio-febbraio 2019, p. 6;

⁷⁰⁹ id; Questa argomentazione non è stata invece rilevata dall'UNHCR nel contesto della formazione svolta dall'associazione alla Polizia di frontiera, stando a quanto i suoi rappresentanti hanno dichiarato durante l'intervista concessa alla sottoscritta.

⁷¹⁰ Si veda, *infra*, paragrafo su giurisdizione in zone di transito.

⁷¹¹ Sul punto si tornerà in seguito in maniera più approfondita.

⁷¹² Così come definita dall'Annesso 17 ICAO, ripreso dal Regolamento (CE) N. 2320/2000 Del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2002 che istituisce norme comuni per la sicurezza dell'aviazione civile, G.U.C.E. 30 dicembre 2002, n. L 355, art. 1(21), (ora abrogato dal Regolamento (CE) n. 300/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008), per "area sterile" si intende l'area lato volo di un aeroporto, il cui accesso è controllato per garantire la sicurezza dell'aviazione civile. Tale area comprende, di norma, anche tutte le aree di partenza passeggeri tra le postazioni di controllo di sicurezza e l'aeromobile, le rampe, le aree di trattamento bagagli, i magazzini merci, i centri postali e i locali dell'area lato volo per le pulizie e il vettovagliamento degli aeromobili; cfr. Garante, *op. cit.* p. 6.; A. AMMIRATI, A. MASSIMI, *Zone di transito internazionale degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2019; A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.*, p. 55.

delle necessarie garanzie di sicurezza⁷¹³. La caratteristica della sterilità, così come interpretata dalle autorità di frontiera italiane, deriverebbe l'impossibilità per gli stranieri "trattenuti" di ricevere visite dall'esterno, inclusi eventuali rappresentanti legali. Questa circostanza è stata confermata dalle due cittadine straniere intervistate nell'ambito del lavoro, per le quali è stato impossibile ricevere la visita di un familiare e di un eventuale legale⁷¹⁴ durante la loro permanenza presso la zona di transito dell'aeroporto di Malpensa.

Come si vedrà in seguito, i profili più critici delle prassi in atto presso tali zone in Italia riguardano tre situazioni: a) la questione dell'accesso alla procedura di protezione internazionale; b) il problema del trattenimento informale a seguito di un rifiuto di ingresso, e, più generalmente, l'applicazione pratica del c.d. "respingimento immediato"; c) la notifica in frontiera del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per gli stranieri residenti in Italia, collegata alla questione della finzione di non ingresso, suo presupposto. Questione più generale che caratterizza tutte tali situazioni è l'accesso, o l'impossibilità di accedere, alla tutela giurisdizionale, in ragione proprio dell'impermeabilità di tali zone e dell'impossibilità di accesso da parte dei legali e della società civile.

In buona sostanza, dunque, i soggetti di cui si tratterà in questa sede, sottoposti a tali prassi, sono gli stranieri che giungono irregolari alla frontiera, i richiedenti asilo o potenziali tali e lo straniero che "diventa" irregolare al suo ritorno in Italia a seguito di notifica "in frontiera" del diniego del rinnovo del suo permesso di soggiorno⁷¹⁵.

4. Sul diritto di ingresso nel territorio dello Stato: l'attraversamento dei valichi di frontiera in Italia e i requisiti di ingresso

La disciplina dell'ingresso sul territorio statale è regolata da una pluralità di norme, sia internazionali che interne e, relativamente a queste ultime, sia di rango primario che di rango secondario⁷¹⁶.

Il capitolo precedente ha ampiamente descritto e analizzato il regime giuridico afferente all'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione europea da parte dei cittadini di paesi terzi (senza legami di natura familiare con i cittadini dell'Unione), esaminando le norme rilevanti nel quadro del Sistema di Schengen e nello specifico del CFS⁷¹⁷.

⁷¹³ Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1998, della Commissione del 5 novembre 2015 che stabilisce disposizioni particolareggiate per l'attuazione delle norme fondamentali comuni sulla sicurezza aerea, G.U. del 14 novembre 2015, L-299.

⁷¹⁴ Interviste a cittadina albanese e cubana. Ciò sarà più ampiamente documentato e esaminato nei paragrafi seguenti.

⁷¹⁵ ASGI, *Report Inlimine*, cit., pp. 56 ss.

⁷¹⁶ Per una ricostruzione completa e sistematica, alla quale chi scrive si è riferita nella stesura di questa sezione, si veda, B. NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, cit., in particolare i contributi di P. BONETTI, A. CASADONTE, Capitolo III, Ingresso, soggiorno e allontanamento, pp. 203 ss; P. BONETTI, Ingresso in generale. Scheda pratica a cura di Sergio Romanotto e Paolo Bonetti (Aggiornata al 9.04.2009), reperibile online; si veda altresì G.M. RUOTOLO, L'immigrazione in Italia tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, in *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto "Femmes, civilisation et systèmes juridiques"*, D. CURTOTTI, C. NOVI, G. RIZZELLI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007, pp. 201 ss; Corte Costituzionale, sentenza n. 250 dell'8 luglio 2010.

⁷¹⁷ Si veda, *infra*.

Nel quadro interno italiano, è bene premettere che la Consulta ha da tempo sancito che lo straniero (ad eccezione del richiedente asilo) non ha un diritto soggettivo all'ingresso e al soggiorno nel territorio dello Stato, ma può farvi ingresso e soggiornarvi avendo ottenuto determinate autorizzazioni e solo per un periodo determinato, sottostando agli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone⁷¹⁸. L'ingresso dello straniero sul territorio dello Stato è condizionato dunque dal possesso di una serie di requisiti imposti dall'ordinamento interno in conformità con l'ordinamento internazionale e dell'Unione europea.

Questo paragrafo si concentrerà dunque sulle norme interne di rango primario e secondario, in quanto quelle internazionali e della UE sono già state analizzate nel precedente paragrafo. Gli strumenti che nello specifico si esamineranno in questa sede sono le rilevanti disposizioni del TUI insieme a due strumenti di natura secondaria: la Direttiva del Ministero dell'Interno del 1 marzo 2000 sui mezzi di sussistenza e alcuni artt. del Regolamento di attuazione del TUI (artt. 5 ss) emanato con D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, come modificati e integrati dal regolamento approvato con D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, e il decreto del Ministro degli affari esteri 12 luglio 2000 recante Definizione delle tipologie dei visti di ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento⁷¹⁹, oltre che di alcune circolari che ne dettagliano la disciplina.

Nel nostro ordinamento, così come in quello dell'Unione europea, la verifica dei requisiti di ingresso è svolta sulla base degli stessi criteri di quella per il rilascio di un visto. Il venir meno di uno dei requisiti richiesti per il visto costituisce presupposto per la revoca del permesso di soggiorno rilasciato sulla base del relativo visto di ingresso, ai sensi dell'art. 5, co. 5, TUI⁷²⁰. Allo stesso modo, il non soddisfacimento di uno dei requisiti nelle more delle verifiche di frontiera costituirà motivo di rifiuto di ingresso nell'area Schengen. I requisiti di ingresso di seguito elencati sono dunque egualmente verificati sia dall'autorità consolare in sede di rilascio del visto, che in sede di controlli relativi all'attraversamento della frontiera statale da parte della polizia di frontiera.

Di immediato rilievo è il Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (TUI), ed in particolare il suo art. 4, che titola proprio "Ingresso nel territorio dello Stato", ed il cui primo co. dispone che

⁷¹⁸ P. BONETTI, I provvedimenti di allontanamento dello straniero, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, R. BIN ET AL (a cura di), Giappichelli, Torino, 2001, p. 44.; P. BONETTI, A. CASADONTE, *op. cit.*, p. 205 ss; C. Cost., sent. 23 luglio 1974, n. 244, dove la Corte afferma che "[n]on v'è dubbio che la mancanza di mezzi di sussistenza da parte dello straniero costituisce una condizione tale da giustificare nei suoi riguardi oltre alla revoca del diritto di soggiorno anche la limitazione di soggiorno e l'imposizione di determinati itinerari in caso di allontanamento".

⁷¹⁹ Direttiva del Ministero dell'Interno 1° marzo 2000, Definizione dei mezzi di sussistenza per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato; G.U. n. 64 del 17/03/2000; regolamento approvato con D.P.R. 18 ottobre 2004, n. 334, Regolamento recante modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, in materia di immigrazione, GU n.33 del 10/02/2005 - Suppl. Ordinario n. 17; e il Decreto del Ministro degli affari esteri 12 luglio 2000 recante Definizione delle tipologie dei visti di ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento. Inoltre, importanti integrazioni sono state disposte dai seguenti strumenti: Direttiva del Ministero dell'Interno sui diritti dello straniero nelle more del rinnovo del permesso di soggiorno, 5 agosto 2006; Circolare del 9 agosto 2006; Circolare del 16 giugno 2007.

⁷²⁰ «Il permesso di soggiorno o il suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato [...]».

«[l]’ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d’ingresso, salvi i casi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti».

Ai sensi del co. 4, è consentito l’ingresso in Italia ai possessori di visti per soggiorni di breve durata, ovvero 90 giorni, e per soggiorni di lunga durata per i quali il titolare ha ottenuto un permesso di soggiorno in Italia, con motivazione identica a quella indicata sul visto.

L’art. 4 TUI dispone che i requisiti di ingresso sul territorio italiano sono cinque, in ordine:

- a) (co. 1) il possesso di un passaporto valido o altro documento di viaggio equipollente⁷²¹;
- b) (co. 1) il possesso di un visto di ingresso in corso di validità, salvo che la persona rientri tra le categorie che godono di esenzione di visto⁷²²;
- c) (co. 3) essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, ai sensi delle rilevanti norme del CFS (art. 6 CFS). Tale documentazione deve essere indicata già al momento della presentazione della domanda di visto alle autorità consolari italiane nel paese di origine del richiedente;
- d) (co. 3) la dimostrazione di essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e per

⁷²¹ Sono considerati documenti o titoli di viaggio validi: a) documenti di viaggio rilasciati conformemente alle norme internazionali da paesi riconosciuti dall’insieme degli Stati membri; b) passaporti o documenti di viaggio di cui sia garantito il ritorno anche se rilasciati da paesi non riconosciuti dall’insieme degli Stati membri purché rientrino nell’apposito elenco approvato dal Comitato; c) documenti di viaggio per rifugiati rilasciati in conformità con la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo status di rifugiato; d) documenti di viaggio per apolidi rilasciati in conformità con la Convenzione di New York del 28 settembre 1954 relativa allo status di apolide; e) libretto di navigazione: documento professionale rilasciato ai marittimi per la loro attività, valido per l’ingresso nello spazio Schengen solo per le esigenze professionali del marittimo; f) documento di navigazione aerea, rilasciato ai piloti ed al personale di bordo delle compagnie aeree civili solo per motivi inerenti la loro attività lavorativa; g) lasciapassare delle Nazioni Unite rilasciato al personale ONU e a quello delle Istituzioni dipendenti; h) documento rilasciato da un Quartier generale della NATO rilasciato al personale civile e militare dell’Alleanza Atlantica (e alle persone a loro carico), inviato a prestare servizio in uno Stato dell’Alleanza Atlantica; i) lasciapassare: foglio sostitutivo del passaporto rilasciato allo straniero che non dispone di un titolo di viaggio valido per tutti gli stati Schengen, o solo per l’Italia.; l) lasciapassare (o tessera) di frontiera: concesso ai cittadini domiciliati in zone di frontiera, valida per il transito della frontiera stessa e la circolazione nelle corrispondenti zone degli Stati confinanti, in esenzione dal visto.

⁷²² In tale sede basti ricordare che sono esentati dall’obbligo del visto di ingresso: 1) gli stranieri già in possesso di un valido titolo di soggiorno (permesso di soggiorno in corso di validità rilasciato in Italia, carta di soggiorno o permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato in Italia, permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato da altro Stato membro dell’Unione europea e loro familiari che abbiano risieduto in un altro Stato membro e siano in possesso di altro titolo di soggiorno da esso rilasciato); 2) esclusivamente per soggiorni la cui durata globale non superi i 3 mesi (cioè per motivi di turismo, affari, gara sportiva, invito e missione), i cittadini di Andorra, Argentina, Australia, Brasile, Brunei, Canada, Cile, Corea del Sud, Costa Rica, Croazia, El Salvador, Giappone, Guatemala, Honduras, Israele, Malesia, Messico, Monaco, Nicaragua, Nuova Zelanda, Panama, Paraguay, San Marino, Santa Sede, Singapore, Stati Uniti d’America, Uruguay, Ucraina, Venezuela ed i cittadini cinesi delle regioni amministrative speciali della Repubblica Popolare Cinese di Hong Kong e di Macao; 3) Per quanto riguarda Taiwan l’esenzione dall’obbligo del visto si applica esclusivamente ai titolari di passaporti comprensivi del numero di carta d’identità; er i cittadini di Albania, Bosnia-Erzegovina, Macedonia del Nord, Moldova, Montenegro, Serbia, Ucraina l’esenzione dall’obbligo del visto si applica esclusivamente ai titolari di passaporti biometrici; I cittadini serbi titolari di passaporto rilasciati dalla Direzione di coordinamento serba sono esclusi dal beneficio dell’esenzione dal visto; I cittadini di San Marino e Santa Sede sono esenti dall’obbligo di visto in qualunque caso; per i cittadini del Regno Unito l’esenzione dall’obbligo di visto per soggiorni di durata massima di 90 giorni si applica anche in caso di attività lavorativa retribuita; cfr. Regolamento 2018/1086/UE che adotta l’elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne e l’elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, cit.

il ritorno nel Paese di provenienza, ad eccezione dei i permessi di soggiorno per motivi di lavoro subordinato ex art. 22 TUI⁷²³. L'importo e i mezzi di sussistenza sono definiti con apposita Direttiva del Ministero dell'interno⁷²⁴ sulla base del Documento programmazione di cui all'art. 3, co. 1, TUI.

In particolare, la valutazione dei mezzi di sussistenza è svolta sulla base della durata e dello scopo del soggiorno con riferimento ai prezzi medi vigenti di vitto e alloggio in sistemazione economica nello Stato Membro coinvolto, moltiplicati per il numero di giorni di permanenza sul territorio dello Stato⁷²⁵. Ai sensi dell'art. 1, co. 3, della Direttiva sui mezzi di sussistenza «la disponibilità dei mezzi di sussistenza può essere comprovata mediante esibizione di valuta o fideiussioni bancarie o polizze fideiussorie assicurative o titoli di credito equivalenti ovvero con titoli di servizi prepagati o con atti comprovanti la disponibilità di fonti di reddito nel territorio nazionale». Inoltre, l'art. 2 della Direttiva prevede che, salvo che le norme del testo unico o del regolamento dispongano diversamente, lo straniero deve indicare l'esistenza di idoneo alloggio nel territorio nazionale e la disponibilità della somma occorrente per il rimpatrio, comprovabile anche con l'esibizione del biglietto di ritorno.

A seconda poi del motivo dell'ingresso, la direttiva dispone di modalità specifiche di misura dei mezzi di sostentamento. Ai sensi dell'art. 3 della Direttiva, i mezzi di sussistenza per il rilascio del visto per motivi turistici e l'ingresso sul territorio sono determinati da: a) disponibilità di una somma non inferiore alla metà dell'importo annuo dell'assegno sociale; b) disponibilità delle somme necessarie al pagamento del contributo previsto per l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale ovvero polizza assicurativa per cure mediche e ricovero ospedaliero valida per il territorio nazionale e per il periodo di soggiorno.

Quanto al visto di ingresso per motivi di studio, l'art. 5 della Direttiva dispone che i mezzi di sussistenza minimi sono determinati da a) disponibilità della somma necessaria per l'iscrizione al Sistema Sanitario Nazionale (SSN) o esibizione di apposita polizza assicurativa per cure mediche o ricoveri ospedalieri pari alla durata del soggiorno; b) mezzi di sussistenza minimi, da esibire da parte dello studente o del garante previsto dall'art. 39, co. 3 del testo unico, necessari per il rilascio del visto e dell'ingresso per motivo di studio, definiti secondo i parametri previsti dall'art. 34 del regolamento rapportati al numero dei mesi del permesso di soggiorno richiesto. A tal fine, la documentazione che attesta l'ottenimento di borse di studio o altre facilitazioni è ritenuta sufficiente se di importo pari a quanto previsto al co. 1 art. 5. In caso sia di importo inferiore, concorre alla verifica complessiva dei mezzi di sussistenza.

Quanto al visto di ingresso per motivi di lavoro subordinato ex art. 23, co. 4, essi sono determinati da a) disponibilità di una somma non inferiore alla metà dell'importo annuo dell'assegno sociale; b) disponibilità delle somme necessarie al pagamento del contributo previsto per l'iscrizione al Servizio sanitario nazionale ovvero polizza assicurativa per cure mediche e ricovero ospedaliero valida per il territorio nazionale e per il periodo di soggiorno.

⁷²³ Nel cui caso la disponibilità dei mezzi si intende dimostrata attraverso la richiesta del datore di lavoro di cui allo stesso art. 22 TUI (cfr. art. 1 co. 1 Direttiva mezzi sussistenza).

⁷²⁴ Direttiva 1° marzo 2000, Definizione dei mezzi di sussistenza per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato. (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 64 del 17 marzo 2000)

⁷²⁵ Art. 6(4) CFS.

Infine, la Direttiva indica in apposita tabella i mezzi di sussistenza minimi a persona necessari per il rilascio del visto e l'ingresso sul territorio per motivi turistici o per ogni altro caso non espressamente previsto e regolato dal TUI⁷²⁶, restando comunque ferme modalità di ingresso più favorevoli eventualmente stabilite in virtù di appositi accordi (artt. 3 e 6, co. 2, Direttiva). Di seguito lo schema:

TABELLA A

TABELLA PER LA DETERMINAZIONE DEI MEZZI DI SUSSISTENZA RICHIESTI PER L'INGRESSO NEL TERRITORIO NAZIONALE PER TURISMO

Classi di durata del viaggio	Numero dei partecipanti al viaggio			
	Un partecipante		Due o più partecipanti	
	lire	euro	lire	euro
Da 1 a 5 giorni: quota fissa complessiva	522.000	269,60	414.000	212,81
Da 6 a 10 giorni: quota a persona giornaliera	87.000	44,93	51.000	26,33
Da 11 a 20 giorni: quota fissa	100.000	51,64	50.000	25,82
quota giornaliera a persona	71.000	36,67	43.000	22,21
Oltre i 20 giorni: quota fissa	400.000	206,58	230.000	118,79
quota giornaliera a persona	54.000	27,89	33.000	17,04

Esiste poi, sulla base dell'art. 6 della Direttiva, una disciplina specifica dei mezzi di sussistenza prevista dalle rilevanti norme del TUI e del suo Regolamento di attuazione per quattro motivi di ingresso, elencati di seguito, per i quali la disponibilità dei mezzi di sussistenza e di idonea sistemazione alloggiativa si ritiene verificata e dimostrata di diritto. È il caso, in primo luogo, del già menzionato ingresso per motivo di lavoro subordinato, per il quale la disponibilità di mezzi si intende dimostrata dal rilascio del nulla-osta da parte dello Sportello Unico immigrazione nella provincia in cui risiede il datore di lavoro o ha sede legale l'impresa. Ugualmente, la disponibilità di mezzi si intende dimostrata per gli ingressi di familiari al seguito di cittadini italiani o stranieri e ricongiungimento familiare, preventivamente verificata dall'Ufficio territoriale del Governo e dalla Questura in virtù dei documenti presentati dal familiare già residente in Italia in sede di richiesta di ricongiungimento. Ancora, in caso di ingresso per lavoro autonomo, lo straniero deve dimostrare di disporre di un alloggio idoneo e di un reddito annuo superiore al livello minimo, o presentare garanzia offerta da cittadini stranieri regolarmente soggiornanti o italiani in suo favore. Infine, quando si tratta di ingresso per cure mediche ai sensi dell'art. 36 TUI, è richiesto il deposito di una cifra cauzionale sulla base del costo presunto delle prestazioni richieste, insieme alla documentazione attestante la disponibilità di risorse sufficienti per il pagamento delle spese sanitarie, di vitto e alloggio al di fuori della struttura sanitaria e di rimpatrio dell'assistito e del suo eventuale accompagnatore.

Infine, requisito generale è quello dell'inesistenza nei confronti dello straniero delle quattro cause ostative ai sensi dell'art. 4 commi 3 e 6, TUI, ovvero:

a) co. 3, l'essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale 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 (come gli Accordi di Schengen); b) la persona è stata colpita da divieto di ingresso nel territorio italiano, a seguito di un

⁷²⁶ L'art. 1 co. 4 Direttiva prevede che gli importi indicati dovrebbero essere annualmente aggiornati sulla base dei parametri relativi alla variazione media annua elaborata dall'ISTAT.

provvedimento di espulsione, a meno che non abbia ricevuto una speciale autorizzazione all'ingresso attraverso il Ministro dell'Interno ai sensi dell'art. 13 TUI e dal Questore per i motivi di giustizia ai sensi dell'art. 17 TUI; c) se lo straniero risulta condannato per i reati previsti dall'art. 380 commi 1 e 2 cod. proc. pen. Integrate con l'elencazione di "altre fattispecie delittuose", ovvero i reati inerenti agli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati 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.

I titoli di reato che implicano un divieto di ingresso per lo straniero sono: a) tutti i reati ex art. 380 c.p.p. (reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza); b) i reati inerenti agli stupefacenti ai sensi del d.p.r. 309/1990; c) i reati relativi alla libertà sessuale; d) i reati di cui all'art. 12 TUI (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina); e) i reati di reclutamento di persone destinate alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite. Infine, è richiesta la condanna definitiva solo per i reati di violazione della normativa sul diritto di autore ex L. 22 aprile 1941, n. 633, relativamente alla contraffazione (art. 473 c.p.) e alla introduzione e commercio in Italia di prodotti contraffatti (art. 474 c.p.)⁷²⁷.

La norma fa esplicito riferimento all'ipotesi di condanna "anche con sentenza non definitiva", sicché la dottrina ne ha sottolineato la dubbia legittimità rispetto all'art. 27, co. 2, Cos., e alla presunzione di non colpevolezza sino a condanna definitiva⁷²⁸.

Tali cause ostative non sono inoltre contemperate rispetto al motivo dell'ingresso (ad esempio, diritto alla difesa o alla salute), ad esclusione dei casi di ingresso per motivi familiari e ricongiungimento familiare ex art. 29 TUI. Ai sensi dell'art. 29 TUI, infatti, lo straniero per cui si richiede il ricongiungimento familiare non è ammesso in Italia solo se rappresenta una minaccia concreta e attuale all'ordine pubblico o alla sicurezza dello Stato o di uno dei paesi con i quali l'Italia ha sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere (i.e. Schengen). In buona sostanza, tale automatismo configura una attività vincolata della p.a.⁷²⁹

La Consulta, più volte sollecitata sul tema, ha negato l'esistenza di profili di illegittimità costituzionale della normativa in questione, affermando che "la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati

⁷²⁷ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Rimini, 2021, pp. 523 ss; secondo l'A., una situazione ricorrente è quella delle sentenze di condanna per detenzione di sostanze illecite stupefacenti di lieve entità ex art. 73 d.p.r. 309/1990. Per tali reati, la pena edittale esula dal novero dei casi in cui è previsto l'arresto in flagranza e dunque una siffatta condanna non dovrebbe, a rigor di logica, essere ostativa al reingresso degli stranieri. Il TAR di Trento ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 e 5 TUI nella parte in cui prevedono tale automatismo, nel tentativo di incrinare l'automatismo in questione. La Consulta, tuttavia, ha affermato che «l'intendimento del legislatore di assumere a paradigma ostativo non certo la gravità del fatto in sé considerata [...] quanto la specifica natura del reato, riposando la sua scelta su una esigenza di conformazione agli impegni di inibitoria di traffici riguardanti determinati settori reputati maggiormente sensibili» (sent. 277/2014). Sempre l'A., chiarisce che la preclusione automatica all'ingresso si configura come effetto extrapenale della sentenza di condanna e cessa ove intervenga la riabilitazione ovvero la dichiarazione di estinzione del reato ex art. 445 c.p.p., ma non anche di estinzione della pena a seguito del buon esito dell'affidamento ai servizi sociali (cfr. anche T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 ottobre 2014, n. 1516).

⁷²⁸ P. BONETTI, *Stranieri tra i diritti*, cit., p. 209; Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, in particolare il contributo nel volume di G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, p. 17 ss.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 19. Consiglio di Stato, sentenza n. 5022 del 15 ottobre 2013..

interessi pubblici [...] e che tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, deve escludersi che sia manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non lieve entità"⁷³⁰.

Il Regolamento di attuazione del TUI, rispetto alla disciplina dell'ingresso sul territorio dello Stato, ricalca sostanzialmente quanto previsto CFS. Infatti, l'art. 7, co. 1, ("Ingresso nel territorio dello Stato") prevede che l'ingresso sul territorio è comunque subordinato all'effettuazione dei controlli previsti dall'attuazione degli Accordi di Schengen (e dal CFS) e di quelli doganali, valutari e sanitari previsti dalla normativa vigente in materia di profilassi internazionale.

Esiste poi una disciplina specifica per le ipotesi di reingresso sul territorio dello straniero già regolarmente soggiornante nello Stato. In linea di principio, l'art. 8, secondo co., del Regolamento di attuazione dispone che per lo straniero regolarmente soggiornante in Italia che, dopo esserne uscito, intende farvi ritorno, il reingresso è consentito previa esibizione al controllo di frontiera del passaporto o documento equivalente e del permesso di soggiorno, o della carta di soggiorno, in corso di validità. Il co. 3 regola invece il reingresso dello straniero il cui permesso sia scaduto e che ne abbia richiesto il rinnovo. In tal caso, il Regolamento indica che ai fini del reingresso lo straniero è tenuto a munirsi di visto di reingresso, rilasciato dalla rappresentanza diplomatica o consolare italiana nel Paese di provenienza, previa esibizione del documento scaduto.

Tale disciplina è stata interessata da numerose integrazioni e specifiche ad opera di alcuni decreti ministeriali e circolari amministrative. In particolare, le già citate Direttiva del Ministero dell'Interno del 5 agosto 2006, Circolare del 9 agosto 2006 e Circolare del 16 giugno 2007, hanno stabilito i titoli legittimanti il reingresso sul territorio dello straniero il cui permesso sia scaduto ma che ne abbia richiesto il rinnovo, sono il passaporto o il documento di identità equipollente, il permesso di soggiorno scaduto e la ricevuta della richiesta di rinnovo del medesimo⁷³¹.

Se le condizioni qui elencate sono positivamente verificate, allo straniero sarà consentito l'ingresso sul territorio statale e la polizia di frontiera apporrà il necessario timbro sul suo passaporto. In caso opposto, ove i requisiti di ingresso non siano dimostrati, la polizia di frontiera negherà allo straniero l'ingresso sul territorio statale e ne disporrà il respingimento in frontiera. Nel prossimo paragrafo, e in vista della trattazione successiva relativa al respingimento alla frontiera, si esaminerà la questione di quali siano i diritti fondamentali attribuiti allo straniero presente alla frontiera.

5. I diritti fondamentali dello straniero alla frontiera

La questione di quali siano i diritti garantiti allo straniero comunque presente alla frontiera non è di facile esame, siccome proprio alla frontiera si scontrano gli interessi contrapposti oggetto di bilanciamento, nonché i vari livelli di governo delle migrazioni

⁷³⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 148 del 16 maggio 2008.

⁷³¹ In tal caso, tali documenti autorizzano il reingresso esclusivamente in Italia e non in altri paesi dell'area Schengen. Il viaggio non deve dunque comportare il transito in altri paesi Schengen (Circolare 9 agosto 2006).

(nazionale, sovranazionale, UE). La dottrina è tuttora divisa in merito alla questione più generale di quali siano i diritti di cui lo straniero è titolare, e sull'esistenza di un nucleo minimo di tali diritti che prescindono dal possesso di un titolo che permetta l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio statale. Le risposte variano a seconda che si prediliga un approccio che guarda alla "testualità" delle norme costituzionali, o uno sostanziale che consideri la natura del diritto di volta in volta in esame⁷³². Alcuni ritengono che, essendo la prima parte della Costituzione esplicitamente riferita al "cittadino" ("Diritti e doveri dei cittadini"), i diritti e i doveri degli stranieri ricadrebbero nell'alveo della legge, in onore della riserva di legge ex art. 10 co. 2 Cost⁷³³, e non sarebbero costituzionalmente garantiti.

Come sottolineato in dottrina⁷³⁴, la Consulta ha in realtà disatteso un approccio letterale alle norme, trascendendo dai termini che esse impiegano ("cittadini"; "tutti"; etc), seguendo un approccio pragmatico alla questione. Tale approccio pragmatico si fonda sugli artt. 10, co. 2, Cost. (la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in accordo con le norme internazionali), l'art. 2 Cost. (che afferma il principio personalista ed il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo) e l'art. 3 Costituzione (principio di uguaglianza).

Punto di partenza è l'art. 2 Costituzione, che afferma il principio personalista e che «riconoscendo e garantendo diritti inviolabili dell'uomo, è norma di tutela non solo del cittadino ma anche dello straniero»⁷³⁵, supportato dall'art. 10, co. 2, Cost., che impone un doppio vincolo attraverso riserva di legge rinforzata: vincola la disciplina della condizione giuridica dello straniero alla legge, che deve a sua volta conformarsi alle norme e ai trattati internazionali. Questa lettura pragmatica è completata dall'art. 3 Cost., che, pur riferendosi ai soli cittadini, «vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali [...] garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»⁷³⁶.

E dunque, l'art. 3 della Costituzione va letto «in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, secondo co., della Costituzione [...] Ciò perché, se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [quei] diritti fondamentali»⁷³⁷. È nella tensione tra questa lettura congiunta degli artt. 10, secondo co., 2 e 3 Cost. e la prerogativa statale di controllo e presidio delle sue frontiere che si rivela in tutta evidenza la frattura ma anche il temperamento operato dalla Consulta tra i due

⁷³² Ad esempio, per il primo approccio (testualità): A. BARILE, *Lo Stato e la Comunità internazionale*, CEDAM, Padova, 1953, pp. 3 ss; G. BISCOTTINI, I diritti fondamentali dello straniero, in *Diritto internazionale*, 1963, pp. 12 ss; per il secondo approccio, C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, CEDAM, Padova, 2001, p. 87 secondo cui "è necessario muovere dal senso delle affermazioni costituzionali di riconoscimento dei diritti umani contenute nella Costituzione, guardando anche alle origini ed all'evoluzione di tali affermazioni negli Stati moderni".

⁷³³ A. PACE, *op. cit.*, 315 ss; G. ZAGREBELSKY, Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 50 ss.

⁷³⁴ P. BONETTI, Migrazioni e stranieri di fronte alla costituzione: una introduzione, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2, 2020, pp. 13 ss; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storica costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007, p. 256; A. RUGGERI, Note introduttive a uno studio sui diritti e sui doveri costituzionali degli stranieri, in *Rivista AIC*, 2, 2011, p. 20; M. CARTABIA, Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà, in *Quattro lezioni sugli stranieri*, C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR E A. SPADARO (a cura di), Jovene, Napoli, 2016, pp. 1 ss.; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 41 ss.

⁷³⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 199 del 15 luglio 1986.

⁷³⁶ Corte Costituzionale, sentenza n. 120 del 23 novembre 1967 e 104 del 26 giugno 1969.

⁷³⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 120 del 23 novembre 1967.

paradigmi che la dottrina ha definito “della cittadinanza” e quello della “territorialità”⁷³⁸, ovvero tra il riconoscere allo straniero una totale parità col cittadino nella titolarità dei diritti in virtù del solo contatto col territorio (principio territoriale), ovvero negare allo straniero l’attribuzione di diritti costituzionalmente garantiti in virtù dell’assenza di un legame ontologico con lo Stato e la sua comunità giuridico-politica (principio della cittadinanza).

La tensione tra questi due paradigmi si rivela nella circostanza che, per la Consulta, il principio di uguaglianza non determina una *parità di trattamento* tra cittadini e stranieri, poiché “la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento”⁷³⁹. Ciò implica che i diritti inviolabili riconosciuti agli stranieri “garantiti attraverso gli artt. 2 e 10 della Costituzione, sono comunque «un *minus* rispetto alla somma dei diritti di libertà riconosciuti ai cittadini»⁷⁴⁰. Su questa stregua, la Corte procede col definire l’applicabilità delle singole disposizioni caso per caso, al di là di “classificazioni tradizionali”⁷⁴¹, avendo nel principio di ragionevolezza il parametro di valutazione delle eventuali disparità di trattamento tra cittadini e stranieri⁷⁴².

Le citate differenze di fatto risiedono proprio nella differente intensità del legame tra i soggetti, cittadini e stranieri, e il territorio, poiché «mentre il primo [il cittadino] ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo [lo straniero] ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo»⁷⁴³. Infatti, prosegue la Consulta, «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»⁷⁴⁴. Ciò comporta un inquadramento incerto dei diritti fondamentali degli stranieri, che anche se qualificati come inviolabili, si collocano nell’incertezza “tra la sfera della titolarità in astratto e quella dell’esercizio in concreto”⁷⁴⁵.

Sebbene la frontiera, e in particolare quella aeroportuale, si presti a manipolazioni funzionali nell’applicazione del diritto, il TUI, in coerenza con la ricostruzione appena delineata, afferma al suo art. 2, co. 1, che «allo straniero *comunque presente alla frontiera* o nel

⁷³⁸ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 42.

⁷³⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 104 del 26 giugno 1969.

⁷⁴⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 54 del 21 giugno 1979.

⁷⁴¹ L. MONTANARI, *op. cit.*, p. 71.

⁷⁴² A. PACE, *op. cit.*, p. 317.

⁷⁴³ Corte Costituzionale, sentenza n. 104 del 26 giugno 1969. Come sottolinea M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit. p. 50, il ricorso all’argomento dell’incolato, è un argomento costante nella giurisprudenza costituzionale.

⁷⁴⁴ *Ibidem*.

⁷⁴⁵ M. LUCIANI, Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali, in *Rivista critica di diritto privato*, 2, 1992, pp. 218 ss; P. BONETTI, Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione. Una introduzione, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2, 2020, p. 106; F.E. GRISOSTOLO, L. MONTANARI, I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti, in *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, C. SEVERINO, H. ALCATRAZ (a cura di), UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE), Aix en Provence, 2021, pp. 365 ss.

territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (corsivo aggiunto).

La formulazione dell'art. 2 TUI esordisce con una dichiarazione orientata alla “territorialità” dei diritti, e dunque al loro godimento connesso alla semplice presenza fisica sul territorio, limitata tuttavia a quel “nucleo minimo” di diritti di cui sopra. La disposizione, in tal senso, investe lo straniero per la sua condizione di persona umana⁷⁴⁶. In generale, la dottrina ha chiarito che tale nucleo minimo si concretizza in primo luogo «nei diritti difensivi, ma vi si aggiungono anche il diritto alla dignità umana, alla tutela della libertà personale, alla presunzione di innocenza, al *ne bis in idem*, alla riservatezza», nonché nel diritto di asilo⁷⁴⁷.

Ciò viene in rilievo in relazione ai temi che di seguito verranno affrontati, che coinvolgono la tutela dei diritti fondamentali dello straniero alla frontiera e in particolare la sua libertà personale nelle more dei procedimenti di allontanamento in frontiera. In merito alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, il TUI riconosce parità di trattamento tra cittadini e stranieri, nei limiti previsti dalla legge, come si illustrerà nell'ultima sezione di questo capitolo.

5.1. I diritti dello straniero alla frontiera: sul diritto di ingresso nel territorio dello Stato

Si è accennato alla presunta extraterritorialità delle zone di transito aeroportuali nella prassi italiana. In particolare, si è detto che ciò deriva da una interpretazione, strumentale, del concetto di area sterile che si applica ad alcune aree degli aeroporti internazionali. In virtù di tale attribuzione, le autorità di frontiera arrivano a sostenere che tali zone godrebbero di uno statuto e di una disciplina giuridica particolare che permetterebbe una disapplicazione del diritto interno. Ciò è stato opportunamente osservato dal Garante nel suo Rapporto del 2019, e confermato durante il colloquio con la dott.ssa Adamoli. Nel Rapporto appena menzionato veniva affermato che “dai colloqui avuti nel corso della visita con i responsabili della Polizia di frontiera è emersa la concezione che la zona di transito degli aeroporti sia una sorta di “area sterile”, che non potrebbe essere considerata “ancora” territorio italiano dovendo ritenersi che le persone ivi presenti non abbiano ancora fatto accesso al territorio nazionale, fintantoché non siano autorizzate dalla Polizia. Ne deriverebbe che tali zone sono sottoposte ad una disciplina speciale, “a tutti gli effetti sotto la totale responsabilità della Polizia italiana, ma per certi versi giuridicamente oltre frontiera”⁷⁴⁸. Da quanto così osservato sembrerebbe conseguire che le autorità di frontiera, nell'attribuire tale disciplina e caratteristiche sui generis alle zone di

⁷⁴⁶ C. MORSELLI, *Testo unico immigrazione. Commentario di legislazione, giurisprudenza, dottrina*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, p. 85. In ogni caso, il rispetto dei diritti inviolabili della persona ha assunto il valore di principio fondamentale nell'ordinamento internazionale si veda Cass. Civ. 11 marzo 2004, n. 5044; A. D'ATENA, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2017, p. 15; G. CAGGIANO, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione dei diritti umani*, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, ID (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014; Consiglio di Stato, sentenza n. 9 del 25 giugno 2018.

⁷⁴⁷C. MORSELLI, *op. cit.*, p. 86.

⁷⁴⁸ Garante nazionale, *Rapporto valichi di frontiera*, cit., p. 6.

transito aeroportuali, agiscono inoltre in violazione della riserva di legge posta dall'art. 10, co. 3, Cost., che invece attribuisce alla sola legge la disciplina della condizione giuridica dello straniero.

Si è illustrato nei capitoli precedenti che tale finzione giuridica è stata costantemente sanzionata dalla Corte EDU⁷⁴⁹, che ha negato la facoltà agli Stati parte di escludere unilateralmente parti del loro territorio dalla loro giurisdizione (*N.D. e N.T.*), e dunque lasciare porzioni del loro territorio e soggetti al di fuori della tutela dei diritti umani offerta dalla Convenzione EDU. Proprio in merito alle zone di transito aeroportuali, inoltre, la Corte EDU ha affermato che, al di là del loro nome, esse fanno parte del territorio statale e ricadono sotto la giurisdizione degli Stati parte (*Amuur c. Francia*). Questo orientamento è stato ripreso anche dalla giurisprudenza interna in merito alle prassi in atto presso le zone di transito aeroportuali italiane. In particolare, la Corte di Appello di Milano, nella già citata sentenza n. 1292/2018 ha affermato la piena appartenenza delle zone di transito aeroportuali al territorio dello Stato.

Ciononostante, si è visto anche che la c.d. “finzione di non ingresso”, finzione giuridica che consiste nel non considerare formalmente presente sul territorio una persona che lo è fisicamente, è integrata sia nelle disposizioni del CFS che, come si vedrà, in modo implicito nel nostro diritto interno. Questa finzione, pur essendo simile alla citata finzione di extraterritorialità, se ne discosta per presupposti pur avendo effetti simili. Essa si basa infatti non già sullo *status* del territorio e sulla giurisdizione statale su di esso, ma sulla questione dell'autorizzazione dei cittadini stranieri a fare ingresso sul territorio.

Se da un lato questa finzione giuridica non mette in discussione l'appartenenza delle zone di transito al territorio statale e dunque l'applicabilità del diritto interno, dell'Unione europea e internazionale, essa permette l'applicazione di procedure “semplificate”, sia nel diritto internazionale e della UE, come si è precedentemente illustrato, che nel diritto interno⁷⁵⁰. Uno dei più chiari esempi di procedura semplificata alla frontiera derivante proprio dalla “finzione di non ingresso” è il già citato “respingimento immediato” ex art. 14 CFS, corredato in maniera evidente da minori garanzie sostanziali e procedurali rispetto all'espulsione. Nel diritto interno la questione è più complessa, poiché il diritto italiano non menziona mai esplicitamente la finzione di non ingresso, ma ad essa strumentalmente ricorrono le autorità di frontiera nell'applicazione della normativa, specialmente sui respingimenti. Come si vedrà, ciò ha un impatto considerevole sia sulla questione dell'accesso al territorio nella prassi, che in quella, della privazione della libertà personale in frontiera. Su queste premesse, si passerà ora a esaminare il primo di questi temi, ovvero l'accesso al territorio, i limiti al potere statale di disporre l'allontanamento dello straniero in frontiera, e successivamente, la correlata questione dell'accesso alla possibilità concreta di presentare domanda di protezione internazionale.

La questione dell'accesso al territorio è di fondamentale importanza non solo in relazione al tema del lavoro, ma anche poiché essa rivela il discrimine fondamentale tra cittadini e stranieri, che una parte della dottrina ha individuato nel diritto di entrare e di uscire

⁷⁴⁹ Si veda, cap. 1. Cfr. Corte EDU, *Amuur, Z.A., N.D. e N.T.*

⁷⁵⁰ A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.* p. 60.

liberamente dal territorio dello Stato⁷⁵¹, «tutti gli altri diritti, [...], possono essere estesi agli stranieri, ma il presupposto è sempre la presenza (regolare... ma per alcuni diritti anche irregolare) sul territorio dello Stato⁷⁵²». Generalmente, proprio in virtù di tale discriminazione, allo straniero non è attribuito un diritto soggettivo pieno e perfetto a fare ingresso e risiedere a tempo indeterminato sul territorio dello Stato. Questo rappresenta d'altronde l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni '90: «l'essere il cittadino parte essenziale del popolo o, più precisamente, il “rappresentare, con gli altri cittadini, un elemento costitutivo dello Stato” comporta in capo allo stesso il “diritto di risiedere nel territorio del proprio Stato senza limiti di tempo” e il diritto di non poterne essere allontanato per alcun motivo. Al contrario, la mancanza nello straniero di un legame ontologico con la comunità nazionale, e quindi di un nesso giuridico costitutivo con lo Stato italiano, conduce a negare allo stesso una posizione di libertà in ordine all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano, dal momento che egli può “entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni (revocabili in ogni momento) e, per lo più, per un periodo determinato»⁷⁵³.

D'altronde, nella giurisprudenza relativa alla condizione giuridica dello straniero e al suo diritto di ingresso e di permanenza sul territorio, la Consulta ha costantemente affermato che la materia richiama la necessità di contemperare interessi contrapposti, ovvero il diritto dello straniero di fare ingresso e risiedere sul territorio e l'esigenza statale di controllare e gestire i flussi migratori, che implica numerosi correlati “interessi pubblici”, come la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione⁷⁵⁴. In questo senso, «è incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio»⁷⁵⁵.

Il diritto di ingresso e soggiorno può dunque anche essere attribuito in modo selettivo a seconda della categoria giuridica soggettiva cui appartiene lo straniero. Come sancito dalla Corte Cost., il rapporto tra solidarietà umana e la regolamentazione dei flussi migratori avviene in un «quadro normativo [...] che vede regolati in modo diverso – anche a livello costituzionale (art. 10, terzo co., Cost.) – l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. “migranti economici”»⁷⁵⁶. Ciò conferisce al legislatore ampia discrezionalità in merito allo stabilire i requisiti di ingresso sul territorio, discrezionalità che trova un limite essenziale e che può dunque essere sindacata solo attraverso il canone della ragionevolezza «espressione del principio di eguaglianza, che, in linea generale, informa il godimento di tutte le posizioni soggettive»⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, pp. 37 ss. Per la dottrina contraria, cfr. E. CODINI, *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 28 ss.

⁷⁵² L. MONTANARI, *op. cit.*, p. 65.

⁷⁵³ Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 24 febbraio 1994.

⁷⁵⁴ Cfr. L. MONTANARI, *op. cit.*, p. 67; P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri*, cit., p. 43.

⁷⁵⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 250/2010.

⁷⁵⁶ Nelle sent. nn. 5 del 13 gennaio 2004 e 250/2010 la Consulta afferma che la Costituzione «vede diversamente regolato l'ingresso e il soggiorno degli stranieri nello Stato, a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o di rifugiati, ovvero di migranti economici».

⁷⁵⁷ Corte Cost., sent. n. 148/2008; L. MONTANARI, *op. cit.*, p. 68; P. BONETTI, *Migrazioni e stranieri*, cit., p. 57.

In realtà, si vedrà che quando la materia riguarda il controllo delle frontiere, la discrezionalità lasciata al legislatore si traduce in altrettanta discrezionalità amministrativa, in ragione della netta preponderanza dell'interesse statale di controllo delle proprie frontiere a scapito di quello di tutela dei diritti degli individui alla frontiera, specialmente quello, appunto, dell'ingresso sul territorio.

Ciò premesso, è possibile di seguito elencare le categorie di individui che godono di un diritto soggettivo pieno all'ingresso sul territorio:

a) i cittadini dell'Unione europea, in virtù della libertà di circolazione e soggiorno prevista dalle norme del diritto dell'Unione e salvi i limiti consentite da quelle norme per ragioni di ordine pubblico, sicurezza o sanità, b) gli stranieri ai quali nel proprio Paese non è tutelato l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10, co. 3, Cost.), di cui si darà conto nel prossimo paragrafo; c) gli stranieri che sono familiari di un italiano o di uno straniero soggiornante in Italia, per i quali il diritto al mantenimento o al ristabilimento dell'unità familiare previsto dalle norme della UE prevale su altri interessi⁷⁵⁸.

Ogni straniero al di fuori delle categorie appena menzionate "ha soltanto un interesse legittimo all'ammissione sul territorio statale, e non già un diritto soggettivo, poiché essa (l'ammissione) può sottostare ad altri interessi prevalenti e a limiti stabiliti dalla legge dello Stato, pur sempre in conformità delle norme internazionali e delle norme comunitarie (della UE, *ndr*), come per es. quelle sull'attraversamento delle frontiere esterne"⁷⁵⁹. Il diritto di ingresso e di permanenza sul territorio statale è quindi attribuito con «un'ampiezza progressivamente crescente in rapporto con l'appartenenza dello straniero stesso ad una delle diverse categorie, per le quali le norme vigenti, nazionali e/o comunitarie, prevedono una posizione – progressivamente più rafforzata – di regolarità di soggiorno nel territorio dello Stato italiano»⁷⁶⁰.

5.2. Sul diritto di ammissione e permanenza sul territorio del richiedente asilo: il diritto di asilo costituzionale e il divieto di respingimento come limiti alla discrezionalità dello Stato alla frontiera

Come si è spiegato nei capitoli precedenti, la prerogativa dello Stato di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri e di disporre dunque di ampia discrezionalità circa il bilanciamento tra l'interesse dell'individuo e quello dello Stato in materia, trova un limite fondamentale nell'obbligo di tutela di una particolare categoria di stranieri: i richiedenti e i titolari di protezione internazionale⁷⁶¹.

Nel nostro ordinamento, la tutela di questa categoria di individui trova il suo fondamento in una norma costituzionale, l'art. 10, co. 3, che così dispone: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla

⁷⁵⁸ P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 8.

⁷⁵⁹ P. BONETTI, *La Giurisprudenza Costituzionale sui Diritti Fondamentali degli Stranieri e sulle Discriminazioni*, 2011, relazione al convegno "La tutela del migrante dalle discriminazioni fondate sulla nazionalità e/o sul fattore etnico-razziale" (Sasso Marconi – Bologna, 22-24 settembre 2011), p. 26.

⁷⁶⁰ *Ibidem*.

⁷⁶¹ Si vedano i capitoli precedenti; nell'ordinamento italiano il divieto di respingimento è previsto ex art. 19 d.lgs. 86/1998.

Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge»⁷⁶².

L'elemento rilevante ai fini del nostro lavoro, risiede nel riferimento al "territorio della Repubblica", che ha dato luogo ad un dibattito in dottrina rispetto alla possibilità di configurare una forma di asilo extraterritoriale ai sensi della disposizione. Tale quesito ha ricevuto una risposta negativa dalla dottrina maggioritaria, che ha ritenuto che la chiara menzione del territorio della Repubblica tuteli decisamente il solo c.d. "asilo territoriale", «non contemplando in alcun modo l'asilo extraterritoriale in sedi di missioni diplomatiche, nei consolati, a bordo di navi da guerra»⁷⁶³.

Al di là di tale questione, che non rileva ai fini del nostro lavoro, il riferimento al territorio della Repubblica è di estrema importanza, poiché, come affermato dalla più recente giurisprudenza della Cassazione, «l'art. 10, co. 3, [...] presuppone pur sempre, di regola, la presenza dello straniero sul territorio dello Stato quale presupposto stesso della protezione (c.d. asilo territoriale)»⁷⁶⁴.

Esso è tanto più fondamentale poiché, come una parte della dottrina ha opportunamente sottolineato, la presenza sul territorio del richiedente non è da intendersi come requisito ulteriore richiesto *ab substantiam*, ma come presupposto per il godimento del diritto di asilo costituzionale⁷⁶⁵, che, in quanto diritto soggettivo perfetto, i pubblici poteri devono attivamente tutelare. Così interpretato, il diritto di asilo costituzionale configura «un dovere di ospitalità legato all'esigenza di consentire l'ingresso per asilanti e rifugiati che, dovendo prevalere

⁷⁶² Pur in assenza di una legge di attuazione del dispositivo costituzionale, la giurisprudenza di legittimità lo ritiene ormai completamente attuato dalle forme di protezione vigenti, che ne confermerebbero la natura di diritto soggettivo perfetto. In realtà, autorevole dottrina sottolinea come il diritto di asilo costituzionale è irriducibile a tutte le altre forme di protezione previste ai sensi del diritto UE e di quello internazionale, in quanto "la previsione all'interno della Carta repubblicana del 1947 di un istituto qual è il diritto di asilo costituzionale costituisce un formidabile strumento di resistenza costituzionale, a fronte di sempre possibili arretramenti nella tutela dei diritti fondamentali che il processo di integrazione europea dovesse per avventura (e per sventura) comportare". Tale irriducibilità risiede, ad un livello formale, proprio nel più ampio campo di applicazione soggettiva del diritto di asilo costituzionale rispetto allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria, nonché alla protezione ex art. 19 TUI; cfr. Si vedano in questo senso Corte di Cassazione, ordinanze. nn. 4139 e 4140 del 18 febbraio 2011; n. 16362 del 4 agosto 2016; ordinanza. n. 28015 del 23 novembre 2017; civile, sentenza n. 4455 del 23 febbraio 2018. Sul rapporto tra diritto di asilo costituzionale italiano status di rifugiato e diritto internazionale, si veda G.M. RUOTOLO, *Diritto di asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2008, pp. 1818 ss. Per un commento alla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione, cfr. E. XHANARI, *Brevi riflessioni in tema di sostanziale disconoscimento del diritto costituzionale d'asilo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, pp. 1 ss; D. VITIELLO, *Verso un sistema di protezione internazionale più sostenibile e garantista? Analisi delle principali novità introdotte dalla legge 17 ottobre 2014, n. 86*, in *Osservatorio costituzionale*, 2015, pp. 1 ss; M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, 2/2018, p. 25.

⁷⁶³ C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, dir. cost., in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. III., Giuffrè, Milano, 1958, p. 222. La tesi è quella ormai maggioritaria in dottrina, in quanto ritenuta anche in linea con il diritto europeo (in particolare con l'art. 3(2) della Direttiva Procedure) e la giurisprudenza sovranazionale. Cfr. C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti*, cit., p. 92.

⁷⁶⁴ Corte di Cassazione civile, sentenza n. 29521 del 2 dicembre 2020.

⁷⁶⁵ M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 2007, p. 127; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti*, cit., p. 90 ss; C. PANZERA, *Il diritto di asilo*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 791; P. BONETTI, L. NERI, *Il diritto d'asilo*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., pp. 1137 ss.

rispetto alle norme sul contrasto all'immigrazione clandestina, presuppone un superamento della sovranità statale a favore di una sovranità più «matura e responsabile»⁷⁶⁶.

Materialmente, ciò si traduce nel dovere da parte delle autorità statali di adoperarsi attivamente per la concretizzazione del diritto per lo straniero, cui sia stato riconosciuto precedentemente il diritto di asilo, di raggiungere il territorio statale per esercitare concretamente tale diritto⁷⁶⁷.

In tal senso, il diritto di asilo costituzionale si pone come un diritto soggettivo perfetto all'ingresso e al soggiorno sul territorio dello Stato al fine di presentare la propria istanza di asilo, che prevale senza eccezioni e senza alcuna possibilità di bilanciamento sul potere di respingimento dello Stato, ed in quanto tale, è immediatamente esercitabile⁷⁶⁸.

Coerentemente con tale interpretazione, la Suprema Corte di Cassazione ha inoltre riconosciuto che il diritto d'asilo costituzionale «deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto, piuttosto e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico»⁷⁶⁹. Questo punto ci interessa particolarmente, perché attorno ad esso ruota la questione dell'accesso al territorio e dei limiti alla discrezionalità statale nelle zone di transito aeroportuali, oltre che degli obblighi positivi e negativi incombenti sulle autorità statali per garantire tale accesso al territorio ed alla permanenza nelle more della domanda di protezione internazionale. Degli obblighi positivi si parlerà più in dettaglio in seguito. Basti ora fissare questo punto: il diritto tutelato dall'art. 10, co. 3, Cost., corrisponde al diritto di ingresso nel territorio dello Stato al fine di accedere alla procedura di asilo, e dunque in un diritto all'ammissione e al soggiorno provvisorio in Italia ai fini della valutazione della relativa istanza.

Proprio in virtù di quanto appena esposto, la riserva di legge assoluta prevista dalla disposizione riguarda non già l'ingresso, presupposto costituzionalmente protetto per l'esercizio del diritto, ma l'accertamento del diritto, mostrando una volontà dei costituenti di sottrarre la valutazione circa l'opportunità o meno dell'ingresso dello straniero alla discrezionalità amministrativa⁷⁷⁰. È precisamente tale diritto di ingresso a costituire il contenuto necessario della norma, che prescinde dall'esistenza o meno di una legge di attuazione ed ha vita e effetti autonomi dalla sua eventuale adozione⁷⁷¹.

Per quanto rileva ai fini del nostro lavoro, dunque, in assenza di una disciplina ordinaria ad integrazione della riserva di legge, il diritto di asilo Costituzionale si pone innegabilmente

⁷⁶⁶ C. BERTOLINO, *Territori e immigrazioni tra diritto di respingimento e dovere di accoglienza degli Stati*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, p. 15.

⁷⁶⁷ M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo*, cit., p. 127; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti*, cit., p. 90; questa tesi fu sostenuta dal Tribunale di Roma nel caso Ocalan, nella quale ha dichiarato ammissibile la domanda di asilo e dunque riconosciuto il relativo diritto al ricorrente, all'epoca detenuto in Turchia. Cfr. Tribunale di Roma, 1999; sulla relazione tra questa interpretazione e la questione di visti umanitari, si veda P. D'ABBRUNZO, *Il regime di concessione dei visti umanitari tra diritto dell'Unione e diritto nazionale: una nuova sfida per i diritti umani*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017, pp. 2 ss; C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 223; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo*, cit., p. 35.

⁷⁶⁸ P. BONETTI, L. NERI, *op. cit.*, p. 1138.

⁷⁶⁹ Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 25028 del 25 novembre 2005.

⁷⁷⁰ C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti*, cit., p. 93.

⁷⁷¹ P. BONETTI, L. NERI, *op. cit.*, p. 1140.

come diritto di accedere al territorio ai fini della richiesta di protezione internazionale, le cui «vicende [...] sono collocate tutte dentro il momento giurisprudenziale»⁷⁷².

Infatti, la lettura dell'art. 10, co. 3, Cost. come obbligo positivo di garantire il diritto di accesso al territorio e, al contempo, obbligo negativo dello Stato di disporre il respingimento è alla base dell'importante sentenza 22917/2019 del Tribunale di Roma, che ha riconosciuto il diritto di reingresso sul territorio della Repubblica a 14 degli 89 cittadini eritrei che nel giugno 2009 sono stati collettivamente respinti dalla Marina militare italiana verso la Libia, paese dal quale erano partiti⁷⁷³. Nella sentenza viene affermato che ove un richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda poiché non presente sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili e, anzi, riconducibili a un fatto illecito commesso dall'autorità italiana in violazione di principi costituzionali, possa espandersi il campo di applicazione della protezione internazionale mediante una diretta applicazione dell'art. 10, co. 3, Costituzione. Il Tribunale costruisce dunque il diritto di asilo costituzionale in quanto diritto di accedere al territorio dello Stato al fine di essere ammessi alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale (e dunque obbligo positivo dello Stato di tutelare e rendere effettivo tale diritto)⁷⁷⁴.

Altro limite alla discrezionalità dello Stato alle frontiere risiede nel divieto di *refoulement* (obbligo negativo) ai sensi dell'art. 19 del TUI⁷⁷⁵ e nei divieti di respingimento per motivi umanitari. Innanzitutto, l'art. 10, co. 4, TUI prevede un limite al potere di respingimento in ragione dell'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari. In quel caso, dunque, lo Stato sospende il suo potere di allontanamento per ammettere lo straniero sul territorio temporaneamente e per pubblico soccorso⁷⁷⁶.

Il primo co. dell'art. 19 TUI, poi, afferma che «in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di orientamento sessuale, di identità di genere, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione». L'art. 19 vieta inoltre il respingimento dello straniero «qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti»⁷⁷⁷.

⁷⁷² Tribunale di Roma, sentenza n. 22917 del 28 novembre 2019; M. GIUFFRÈ, Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019, in *Questione Giustizia*, 1, 2020, p. 197.

⁷⁷³ La sentenza sarà l'oggetto di una disamina più approfondita nel paragrafo relativo ai rimedi giurisdizionali.

⁷⁷⁴ M. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 198. Il Tribunale di Roma si rifà anche al diritto dell'Unione europea, in particolare all'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al principio di non respingimento ex art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951, nonché alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in merito al divieto di respingimenti collettivi ex art. 4 Protocollo 4, in particolare *Hirsi Jamaa c. Italia*, cit.

⁷⁷⁵ M. GIUFFRÈ, *op. cit.*, p. 198. L'art. 19 TUI riprende l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, l'art. 3 CEDU e impone anche il limite a tutela della vita privata e familiare della persona (art. 8 CEDU), seppur derogabile in caso di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute (sul punto si veda C. MORSELLI, Commentario, *op. cit.*, p. 152).

⁷⁷⁶ M. SAVINO, D. VITIELLO, Non respingimento, in C. PANZERA, A. RAUTI, *op. cit.*, p. 488.

⁷⁷⁷ In giurisprudenza si richiama l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa in senso conforme alle previsioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, Corte Costituzionale sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007 e n. 239 del 24 luglio 2009, n. 239.

La norma dispone inoltre un divieto di respingimento per alcune specifiche categorie di persone, imponendo un divieto assoluto nei confronti dei minori stranieri non accompagnati, e salvi motivi di ordine pubblico, degli stranieri conviventi con parenti stretti o con il coniuge, di donne che si trovino in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita, e di stranieri che versino in condizioni di salute di particolare gravità⁷⁷⁸. In dottrina vi è chi ha affermato che l'art. 19 TUI pone una sorta di «*ius soli*»⁷⁷⁹ a tutela dello straniero, essendo espressione di un dispositivo che radica l'interessato sul territorio nazionale, con effetti interdittivi sull'esercizio del potere di allontanamento da parte dello Stato. Invero, la disposizione impone una protezione generalizzata contro il respingimento in favore di tutti i migranti, e non già solo del richiedente protezione internazionale⁷⁸⁰.

6. Il respingimento alla frontiera

6.1. Il respingimento alla frontiera nell'ordinamento italiano: il respingimento immediato e il respingimento differito

Il sistema dell'allontanamento dello straniero nell'ordinamento italiano si compone di due istituti: il respingimento ex art. 10, commi 1 e 2 TUI, e l'espulsione ex art. 13 TUI. Nel nostro contesto viene in rilievo il primo dei due istituti, in quanto esso consiste nell'allontanamento dello straniero in un arco spazio-temporale ancora legato all'ingresso e all'attraversamento della frontiera. Nella legislazione nazionale vigente, entrambi gli istituti sono immediatamente eseguibili anche se sottoposti al gravame dell'impugnativa, ma differiscono in quanto alla distanza spaziale e temporale che separa l'attraversamento della frontiera dall'allontanamento⁷⁸¹, dunque tra l'arrivo dello straniero e l'adozione e dall'implementazione del provvedimento.

⁷⁷⁸ Art. 19, c. 2, lett. a), c), d) e d-bis), TUI. Sui requisiti di ingresso e il ricongiungimento familiare, si veda infra; cfr. Il legislatore ha così inteso dare effettiva tutela al rispetto della vita privata e familiare sancito all'art. 8 CEDU; cfr. N. MORANDI, La protezione speciale nell'ambito del procedimento di protezione internazionale. La relazione tra la "vecchia" protezione umanitaria e la nuova protezione speciale nei giudizi pendenti, in *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), Pisa, Pacini Editore, 2021.

⁷⁷⁹ C. MORSELLI, *op. cit.*, p. 517;

⁷⁸⁰ M. SAVINO, D. VITIELLO, *op. cit.*, p. 489; D. BELLUCCIO, L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, F. CURI (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa 2019; P. MOROZZO DELLA ROCCA, Inespellibilità e regolarizzazione dello straniero presente sul territorio nazionale, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, ID. (a cura di), Giuffrè, Milano 2008, pp. 45 ss; per un inquadramento della protezione umanitaria nel sistema interno, internazionale ed europeo, cfr. M. ACIERNO, La protezione umanitaria nel sistema di protezione dei diritti umani, in *Questione giustizia*, 2, 2018, pp. 100 ss.; N. ZORZELLA, La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2018, 1 ss.; M. BENVENUTI, Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, pp. 1 ss.

⁷⁸¹ P. BONETTI, Ingresso, soggiorno, cit., p. 277. Non esiste una misura esatta della distanza spazio temporale che permetta di individuare il un criterio di differenziazione tra respingimento e espulsione. Una indicazione è stata recentemente fornita dal Giudice di Pace di Bari, che nella sent. 199/2021 affermava che "laddove non si proceda nella immediatezza all'allontanamento, non sussistendo più il carattere di urgenza, si dovrà procedere con il decreto di espulsione [...] nel concreto, poi, il ricorrente rintracciato lungo la linea di confine alla frontiera di Lampedusa, in data 18 settembre 2020, è stato poi attinto da decreto di respingimento in data 9 ottobre 2020. [...] dopo 21 giorni dal fermo le condizioni di urgenza e i requisiti normativi per il rimpatrio immediato sono certamente venuti meno".

Come sottolineato dalla dottrina, l'istituto del respingimento "risponde ad un fine che tutto concepisce ed ha una fine che tutto ricomprende: assicurare l'allontanamento dello straniero (irregolare o clandestino) dal territorio statale, il prima possibile e preferibilmente in forma coattiva"⁷⁸².

Nel diritto interno, la misura del respingimento ex art. 10 si pone originariamente come un meccanismo sanzionatorio e «reattivo di polizia», attraverso il quale la polizia di frontiera opera un «controllo territoriale, avversativo, dispiegato ed eseguito immediatamente»⁷⁸³. La dottrina è stata a lungo indecisa se qualificare il respingimento in quanto mera attività di polizia o provvedimento amministrativo. La prima ipotesi ha spinto alcuni a ritenere che, ad esempio, lo straniero avesse la possibilità di adire l'autorità giudiziaria solo se ammesso sul territorio ai fini di "pubblico soccorso", ai sensi dell'art. 10, co. 2, lett. b) del TUI, poiché ciò gli avrebbe consentito di permanere sul territorio il tempo sufficiente ad ottenere una decisione in merito⁷⁸⁴. La seconda ipotesi ha poi nettamente prevalso, anche in ragione delle indicazioni del CFS, che dispone che la misura possa essere posta in essere solo con provvedimento motivato, nonché dell'art. 10, co. 6, TUI, che prevede che i respingimenti ex art. 10, co. 1 e 2, TUI, siano registrati dall'autorità di pubblica sicurezza, e, infine, delle precedenti norme regolamentari (art. 3 del Regolamento di attuazione del TUI) che avevano già introdotto delle, seppur scarse, indicazioni in merito⁷⁸⁵.

A differenza dell'istituto dell'espulsione, quello del respingimento è stato scarsamente considerato dalla dottrina⁷⁸⁶, almeno sino a tempi recenti. Negli ultimi anni, grazie all'accresciuta attenzione posta sul tema della frontiera e dei processi di "amministrativizzazione" della gestione dei flussi migratori⁷⁸⁷, il respingimento è divenuto l'oggetto di numerose analisi, che ne hanno evidenziato il carattere «controverso e lacunoso», sia a livello nazionale che europeo, nonché il suo diffuso ricorso nell'ambito delle misure di contrasto dell'immigrazione irregolare⁷⁸⁸, in particolar modo alla frontiera.

⁷⁸² A. PUGIOTTO, "Purchè se ne vadano". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XIV Convegno annuale, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010, p. 6.

⁷⁸³ C. MORSELLI, *op. cit.*, p. 241; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., p. 289.

⁷⁸⁴ G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Diritto Pubblico*, 2020, p. 893.

⁷⁸⁵ CFS, art. 14. Cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 10; S. APA, *Il respingimento dello straniero in frontiera. Questioni formali sulle modalità anche alla luce degli accordi di Schengen*, in *Gli Stranieri*, 1998, p. 267; G. BASCHERINI, *Immigrazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2000, p. 7; M.L. MADDALENA, *Espulsione dello straniero imputato*, in *Giusprudenza penale*, 2003, p. 177; G. PIAZZA, *Rimedi giustiziali e giurisdizionali avverso i provvedimenti amministrativi adottati nei confronti degli stranieri ai sensi del D. Lgs. n. 286 del 1998. Profili giurisprudenziali*, in *Gli Stranieri*, 2002, p. 115.

⁷⁸⁶ Con l'eccezione di P. BONETTI, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, R. BIN ET AL, *op. cit.*, e anche M. CUNIBERTI, *Allontanamento ed espulsione degli stranieri nell'ordinamento italiano*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, pp. 243 ss.; Di recente l'istituto è stato oggetto di crescente interesse. Cfr. inter alia, R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2019, pp. 36 ss.

⁷⁸⁷ M. BENVENUTI, *Libertà personale*, in C. PANZERA, M. RAUTI, *op. cit.*, p. 399.

⁷⁸⁸ F. SCUTO, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2020, p. 48; S. ROSSI, *Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore*, in *Rivista AIC*, 1,

Eppure, le sue modalità di esecuzione e la sua disciplina a fronte dei suoi limiti costituzionali, in particolare il rispetto dell'art. 10, co. 3, Cost., impongono una riflessione sul suo sempre più esteso utilizzo e sull'opacità che lo caratterizza.

L'istituto del respingimento, rispetto a quello dell'espulsione amministrativa, è caratterizzato da evidenti minori garanzie e formalità procedurali. Questo vale tanto più nel caso del respingimento immediato che, come si vedrà, costituisce una attività amministrativa vincolata e obbligatoria. A ciò si aggiunge la già richiamata discrezionalità amministrativa riguardo la valutazione dei requisiti di ingresso, sicché «nelle ipotesi richiamate, il controllo delle frontiere assume un rilievo talmente assorbente da relegare nell'irrilevante giuridico qualsiasi interesse individuale contrapposto»⁷⁸⁹.

L'ordinamento italiano prevede due fattispecie di respingimento alla frontiera ai sensi dell'art. 10, commi 1 e 2, TUI: il respingimento immediato ai sensi del co. 1 e il respingimento differito di cui al co. 2.

Le due ipotesi di respingimento condividono due elementi in comune con l'istituto dell'espulsione: l'effetto ablativo e l'immediatezza esecutiva anche se sottoposte a impugnativa⁷⁹⁰ e la forma. Quest'ultima deve avere infatti la forma del provvedimento, comunicato in una lingua conosciuta allo straniero (ovvero, quando non possibile, in inglese, francese o spagnolo), motivato in fatto e in diritto e indicante le modalità di impugnazione⁷⁹¹. Differiscono invece sensibilmente in termini di il loro impatto loro conseguenze sulla libertà personale o sulla libertà di circolazione dello straniero. In particolare, la dottrina e la giurisprudenza sottolineano che il respingimento immediato non andrebbe, in teoria, a incidere sulla libertà personale dello straniero ma sulla sua libertà di circolazione e di soggiorno, che è un diritto costituzionale attribuito al solo cittadino e allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio, e non già allo straniero irregolare⁷⁹². Sulla questione il lavoro tornerà più dettagliatamente nel prossimo paragrafo relativo al trattenimento presso le zone di transito aeroportuali.

La prima ipotesi, il respingimento immediato ex art. 10, co. 1 TUI, riguarda il respingimento dello straniero che si presenti al valico di frontiera *sine titulo*. Questa tipologia prevede che «la polizia di frontiera respinge gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti dal presente testo unico per l'ingresso nel territorio dello Stato», e che dunque non soddisfano uno dei requisiti elencati in precedenza.

2019, p. 202; A. AMMIRATI ET AL, *op. cit.*, p. 54; R. CHERCHI, *Il respingimento, l'espulsione, l'esecuzione dell'espulsione, il trattenimento dei cittadini di un paese terzo o di un altro paese dell'Unione Europea*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo*, cit., pp. 235.

⁷⁸⁹ M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 52.

⁷⁹⁰ Art. 13, co. 3, TUI.

⁷⁹¹ L'art. 3, co. 3, del Regolamento di attuazione del TUI prevede che il provvedimento che dispone il respingimento è comunicato allo straniero mediante consegna a mani proprie o notificazione del provvedimento scritto e motivato, contenente l'indicazione delle eventuali modalità di impugnazione, effettuata con modalità tali da assicurare la riservatezza del contenuto dell'atto; se lo straniero non comprende la lingua italiana, il provvedimento deve essere accompagnato da una sintesi del suo contenuto, anche mediante appositi formulari sufficientemente dettagliati, nella lingua a lui comprensibile o, se ciò non è possibile per indisponibilità di personale idoneo alla traduzione del provvedimento in tale lingua, in una delle lingue inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'interessato. Cfr. P. BONETTI (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁷⁹² P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., p. 599; P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento*, cit., p. 41.

Il co. 2 introduce il respingimento c.d. differito, che invece riguarda due categorie di soggetti, ovvero a) coloro che entrando nel territorio dello stato sottraendosi ai controlli di frontiera, sono fermati all'ingresso o subito dopo; e b) coloro che sono stati temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso⁷⁹³.

La lett. a) si concretizza in una procedura simile a quella che viene disposta nelle more dell'esecuzione forzata dell'espulsione, ovvero mediante adozione di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera da parte del questore, a cui può accompagnarsi il trattenimento temporaneo dello straniero in un centro di permanenza per i rimpatri. La seconda fattispecie riguarda invece l'accompagnamento alla frontiera dei soggetti che, pur non essendo legittimati all'ingresso nel territorio dello Stato, siano stati temporaneamente ammessi "per necessità di pubblico soccorso" (c.d. "respingimento umanitario")⁷⁹⁴.

Dalla formulazione delle due ipotesi (immediato e differito) è evidente che un discrimine fondamentale tra le due tipologie riguarda l'arco spaziale e temporale che separa fisicamente lo straniero dalla frontiera e dal momento in cui è avvenuto il suo attraversamento. Nel caso del respingimento differito, lo straniero ha lasciato la zona di transito essendo "entrato" sul territorio nazionale, ed è stato intercettato dalle autorità (poco) dopo l'attraversamento e al di fuori di tali zone; diversamente, nel respingimento immediato lo straniero si trova ed è fermato alla frontiera. Una seconda differenza consiste nell'autorità che emana il provvedimento. Nel caso del respingimento immediato esso è adottato dalla polizia di frontiera, mentre il respingimento differito è disposto dal Questore con accompagnamento alla frontiera.

Ulteriore differenza risiede nella natura del provvedimento. Nel caso del respingimento immediato, esso ha natura obbligatoria, e si declina come *divieto per lo straniero di entrare sul territorio nazionale, e del simmetrico obbligo per la polizia di frontiera di negare l'ingresso allo straniero*. Diversamente, il respingimento differito consiste in «un respingimento adottato dal Questore nei confronti di uno straniero che si trova già sul territorio dello Stato» (corsivo aggiunto)⁷⁹⁵.

Il co. 4 dell'art. 10 TUI disciplina le modalità dell'allontanamento che segue al rifiuto di ingresso, e dunque al respingimento immediato in frontiera, e prescrive che «il vettore che ha condotto alla frontiera uno straniero privo dei documenti di cui all'art. 4, o che deve essere comunque respinto a norma del presente art., 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 [...]»⁷⁹⁶ (corsivo aggiunto). È proprio l'accentuata

⁷⁹³ Le due ipotesi che sottendono il respingimento immediato e quello differito ricalcano sostanzialmente i casi previsti ai sensi dell'art. 2(2) della Direttiva rimpatri. La norma, come si è spiegato nel capitolo precedente, permette agli Stati membri di non applicare la quasi totalità delle disposizioni della Direttiva rimpatri ai c.d. "casi frontalieri". L'Italia ha optato per tale esclusione.

⁷⁹⁴ Cfr. F. SCUTO, Accesso al diritto di asilo, cit., p. 49.

⁷⁹⁵ P. BONETTI, Ingresso, soggiorno, cit., p. 280. Si ribadisce, in tal sede, che nell'ordinamento italiano non figura la c.d. finzione di non ingresso. Per tale ragione, come si vedrà, la differenza tra i due istituti risiede nel momento in cui avviene il fermo delle autorità, ovvero, contestualmente all'atto dell'attraversamento della frontiera o successivamente ad esso.

⁷⁹⁶ Segue che "[t]ale disposizione si applica anche quando l'ingresso è negato allo straniero in transito, qualora il vettore che avrebbe dovuto trasportarlo nel Paese di destinazione rifiuti di imbarcarlo o le autorità dello Stato di destinazione gli abbiano negato l'ingresso o lo abbiano rinvio nello Stato".

immediatezza della presa in carico e dell'allontanamento che discrimina tra le due fattispecie e che segnala la non incidenza della misura del respingimento immediato sulla libertà personale dello straniero⁷⁹⁷.

Il respingimento immediato ai sensi dell'art. 10, co. 1, TUI è dotato di minori garanzie di quello differito, proprio in virtù dell'immediatezza che la norma attribuisce alla misura e dunque alla supposta minore incidenza sui diritti fondamentali dello straniero. Una parte sostanziale della disciplina risiede nel CFS e nel suo Allegato A, insieme al manuale Comune sul rimpatrio, che sono stati oggetto di trattazione del capitolo precedente⁷⁹⁸.

Al pari del respingimento differito, anche quello immediato è disposto mediante la forma del provvedimento, come già accennato. Il provvedimento di respingimento immediato non comporta, a differenza del differito, il divieto di reingresso né la segnalazione in SIS e dunque lo straniero così respinto può in qualunque momento presentarsi nuovamente alla frontiera statale. Siccome allo straniero è formalmente negato l'ingresso sul territorio, egli non commetterà il reato di ingresso illegale ex art. 10 bis, TUI, non configurandosi nel nostro ordinamento penale la fattispecie del "tentativo" nelle contravvenzioni⁷⁹⁹.

Quanto ai mezzi di tutela, entrambe le forme di respingimento presentavano profili di problematicità. Il CFS prevede genericamente che le persone sottoposte a respingimento hanno diritto a presentare un ricorso, senza effetto automaticamente sospensivo, conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale⁸⁰⁰.

La competenza per entrambe le fattispecie è del giudice ordinario in composizione monocratica, secondo la procedura del rito sommario di cognizione di cui all'art. 18, d.lgs. 150/2011. La dottrina e la giurisprudenza sono state a lungo divise sul tema della giurisdizione competente (ordinaria o amministrativa). Quanto al respingimento differito, le Sezioni Unite della Cassazione sono infine intervenute sul tema, sancendo la competenza del giudice ordinario⁸⁰¹, con le seguenti motivazioni: «il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo: l'atto è infatti correlato all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto esaustivamente individuate dalla legge (art. 10, co. 1 e 2, T.U.) ed all'accertamento negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale [...] pertanto, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario». Inoltre, la competenza è del tribunale territorialmente competente «non potendosi [...] applicare analogicamente la speciale competenza del giudice di pace prevista [...] per l'impugnazione dei provvedimenti di

⁷⁹⁷ Cfr. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., p. 280; R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera*, cit., pp. 36 ss.

⁷⁹⁸ Cfr. infra; A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.*, p. 94.

⁷⁹⁹ *Ibidem*.

⁸⁰⁰ CFS, art. 14. Si veda infra.

⁸⁰¹ F. VASSALLO PALEOLOGO, *Ci sarà un giudice che decide in merito ai respingimenti differiti?*, in *Questione Giustizia*, 2013; G. TROPEA, *Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul "nomadismo giurisdizionale"*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2022 pp. 141 ss.

espulsione e dovendosi dare corso alla generale e residuale attribuzione di competenza di cui all'art. 9 c.p.c.»⁸⁰².

La giurisdizione ordinaria è stata parimenti attribuita alla fattispecie del respingimento immediato dal Consiglio di Stato. Secondo il supremo organo di giustizia amministrativa infatti, tra il co. 1 e 2 dell'art. 10 TUI “il potere di respingimento è lo stesso, e identica è la posizione dello straniero che ne è destinatario. La differenza tra le due fattispecie considerate dall'art. 10 consiste in ciò: che il caso ordinario e normale è il respingimento in limine, ossia immediato; e dal sistema si deduce che, di norma, se tale potere non viene esercitato esso si estingue, subentrando il diverso potere di espulsione «[...]Tuttavia, nelle ipotesi considerate dal co. 2 (respingimento differito) la norma consente - a titolo eccezionale - che il potere di respingimento sopravviva e venga ancora esercitato benché lo straniero abbia fisicamente varcato la linea di frontiera. In altre parole, le ipotesi derogatorie ed eccezionali del co. 2 si risolvono in una *fiction iuris* per cui lo straniero materialmente entrato nel territorio nazionale si considera invece ancora in limine e quindi soggetto a quel potere di respingimento che - senza la *fiction iuris* - non potrebbe essere più esercitato. Ma come si vede il potere dell'autorità è sempre lo stesso e identica è la condizione giuridica dello straniero»⁸⁰³.

In questo senso, la giurisprudenza ha opportunamente osservato che la posizione giuridica soggettiva vantata dall'individuo con riguardo al provvedimento di respingimento immediato ex art. 10, co. 1, TUI è quella di *diritto soggettivo* «sicché, in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi»⁸⁰⁴ (corsivo aggiunto), in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione degli interessi coinvolti che la legge lascia all'amministrazione statale, in quanto la legge stessa, come nel caso del respingimento differito, individua in modo esaustivo criteri di valutazione alla base della decisione.

6.2. Il respingimento (immediato) presso le zone di transito aeroportuali

Si è spiegato le autorità attribuiscono le caratteristiche dell'extraterritorialità e della sterilità alla frontiera aeroportuale, e fanno ricorso nella prassi applicativa, alla c.d. finzione di non ingresso. In virtù del ricorso a tale finzione giuridica, il respingimento presso le zone di transito aeroportuali disposto dalle autorità prende normalmente la forma del respingimento immediato ex art. 10, co. 1, TUI. Ciò proprio perché esso si configura come rifiuto di ingresso alla frontiera per il verificarsi di una delle ipotesi che ne giustificano il ricorso a seguito delle verifiche di seconda linea effettuate presso i valichi di frontiera ex art. 5 CFS, e dunque, la

⁸⁰² Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza n. 15115 del 17 giugno 2013.

⁸⁰³ Consiglio di Stato, sentenza n. 4543 del 13 settembre 2013.

⁸⁰⁴ TAR Lombardia, sentenza n. 299 del 30 gennaio 2021; T.A.R. Lombardia n. 331 del 29 gennaio 2014; cfr. Corte di Cass. n. 15115/2013 cit. Nel caso di specie il TAR Milano dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario; S. D'ANTONIO, Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2017, pp. 534 ss.

misura avviene allorché lo straniero si trova in frontiera, ancora *in limine*, e la polizia di frontiera non gli permette l'accesso al territorio.

Tuttavia, nella prassi, numerose sono le problematiche che tale ipotesi di respingimento presenta nella sua declinazione, particolarmente presso le zone di transito aeroportuali. Due sono le questioni principali che qui si vogliono affrontare, evidenziate non solo dagli studi sulla prassi amministrativa⁸⁰⁵, ma anche dai dati raccolti in sede di intervista alle due cittadine straniere sottoposte a respingimento, ai soci ASGI e alla dott.ssa Adamoli (Garante nazionale)⁸⁰⁶.

In primo luogo, la non immediatezza del respingimento. Questa eventualità deriva dalla circostanza per cui il vettore responsabile della presa in carico del respingendo non è sempre immediatamente disponibile, e talvolta la presa in carico e l'allontanamento dello straniero possono impiegare alcuni giorni, specialmente nel caso in cui siano coinvolte destinazioni extra-continentali. Tale circostanza ha una conseguenza, in primo luogo, sul grado di restrizione fisica che grava sullo straniero, e dunque sull'opportunità di qualificare tale restrizione come incidente sulla libertà di soggiorno e circolazione o sulla sua libertà personale. Sulla questione il lavoro tornerà più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

La seconda questione riguarda invece l'ampia discrezionalità che la legislazione nazionale e della UE accorda alle autorità di frontiera nella valutazione dei requisiti di ingresso, nonostante quanto evidenziato in merito alla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito nel precedente capitolo. Ciò è legato a due questioni. In primo luogo, se è vero che ai sensi del diritto dell'Unione così come interpretato dalla Corte le autorità non possono rifiutare l'ingresso allo straniero (cittadino di paese terzo) sulla base di un motivo non previsto nel CFS, esse godono di ampia discrezionalità circa la valutazione dei documenti giustificativi l'ingresso e il soggiorno, e la loro fondatezza e coerenza rispetto al motivo dell'ingresso. Si rammentano in proposito le conclusioni della Corte nella causa C-84/12⁸⁰⁷ riguardo la discrezionalità accordata alle autorità nel valutare gli elementi giustificativi nelle procedure di rilascio del visto e dunque, *mutatis mutandi*, anche nell'esame dei requisiti di ingresso, che, come esposto, si fonda sugli stessi elementi.

Nel caso di specie, la Corte ha affermato che la valutazione dei requisiti di ingresso può comprendere anche un apprezzamento del c.d. "rischio di immigrazione illegale". Tale categoria coinvolge elementi potenzialmente aleatori, come la personalità di tale richiedente, il suo inserimento nel paese in cui risiede, la situazione politica, sociale ed economica di quest'ultimo, nonché l'eventuale minaccia che costituirebbe l'ingresso di tale richiedente per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri. Secondo la Corte di giustizia, la stima di questi elementi, caratterizzati da un alto grado di complessità, e che implicano l'elaborazione di previsioni sull'eventuale comportamento di detto richiedente, deve fondarsi su una approfondita conoscenza del paese di residenza di quest'ultimo, così come sull'analisi di documenti di vario tipo, di cui occorre

⁸⁰⁵ ASGI, *Report in limine*, cit., p. 10 ss; A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰⁶ Garante nazionale, *Rapporto valichi di frontiera*.

⁸⁰⁷ CGUE (Grande Sezione), 19 dicembre 2013, Causa C-84/12, EU:C:2013:862.

verificare l'autenticità e la veridicità di contenuto, delle dichiarazioni del richiedente e della loro affidabilità⁸⁰⁸.

Secondo i rapporti elaborati da ASGI e dal Garante, presso le frontiere aeree italiane, i casi più numerosi di respingimento alla frontiera sono motivati dal criterio più aleatorio di valutazione, ovvero, la mancanza dei documenti giustificativi i motivi dell'ingresso e del viaggio dello straniero, di cui si è dato conto nel capitolo III sull'Unione europea. In questo ambito, la maggior parte riguarda stranieri esenti visto, nella fattispecie i cittadini albanesi⁸⁰⁹.

A tal proposito, secondo i dati che il Garante ha riportato a seguito della visita svolta presso i valichi di frontiera aeroportuale di Malpensa e Fiumicino e agli aggiornamenti periodici effettuati nell'anno 2020⁸¹⁰, la nazionalità maggiormente colpita da provvedimenti di respingimento immediato tra il 1° gennaio 2020 e il 15 aprile 2020 è quella albanese. In tale arco temporale, su 1432 respingimenti effettuati presso la frontiera aerea italiana, 622 hanno interessato cittadini albanesi⁸¹¹, dunque circa 43,5 respingimenti su 100 hanno riguardato tale nazionalità. Inoltre, secondo i dati raccolti da ASGI a seguito delle richieste di accesso civico generalizzato, i respingimenti alla frontiera aerea di Malpensa effettuati dal 01 giugno 2019 al 21 gennaio 2020 hanno ancora interessato per la maggior parte cittadini albanesi. Infatti, su un totale di 1855 respingimenti nel periodo considerato, 911 hanno riguardato cittadini di tale nazionalità⁸¹². I dati mostrano inoltre i motivi alla base del rifiuto di ingresso, che hanno interessato per la maggior parte "l'essere sprovvisti di idonea documentazione" (su 911 rifiuti di ingresso di cittadini albanesi, 653 avevano tale motivazione)⁸¹³. La prevalenza di tale giustificazione al rifiuto di ingresso appare in linea con la già citata discrezionalità che la legislazione nazionale e dell'Unione europea lascia alle autorità di frontiera circa la valutazione dei documenti giustificativi l'ingresso e il soggiorno sul territorio degli Stati membri dell'Unione europea. Inoltre, durante la pandemia da Covid-19, gli ulteriori requisiti imposti dall'emergenza sanitaria ai fini dell'ingresso sul territorio nazionale hanno ampliato la discrezionalità delle autorità in merito.

In questo senso, i casi analizzati dalla sottoscritta, che riguardano due cittadine straniere respinte alla frontiera aerea di Malpensa, costituiscono un esempio di tale approfondimento dello spazio di discrezionalità lasciato alle autorità di frontiera. In particolare, una intervista ha riguardato una cittadina albanese respinta alla frontiera proprio per mancanza dei documenti giustificativi l'ingresso. Questo rappresenta un caso limite in ragione anche del contesto entro il quale avveniva il respingimento alla frontiera e della scarsa chiarezza dei requisiti aggiuntivi

⁸⁰⁸ *Ivi*, para 56.

⁸⁰⁹ ASGI, *Report in limine*, cit., p. 26; Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, cit., p. 8, così come nel quadro delle informazioni rese durante le interviste.

⁸¹⁰ Si veda il sito del Garante, in particolare la sezione "Respingimenti effettuati dalla polizia di frontiera e prassi di trattenimento".

⁸¹¹ Si veda, Garante nazionale, Numero complessivo delle persone respinte presso i valichi di frontiera suddivise per nazionalità dichiarata. 1° gennaio 2020 - 15 aprile 2020; Numero complessivo delle persone respinte presso i valichi di frontiera suddivise per nazionalità dichiarata. 1° gennaio 2020 - 15 aprile 2020. La seconda nazionalità era quella moldava (136) e la terza ucraina (93).

⁸¹² ASGI, respingimenti Malpensa giugno 2019-gennaio 2020. La seconda nazionalità maggiormente interessata era quella ucraina (87) e la terza quella cinese (83).

⁸¹³ Il secondo motivo consisteva nella segnalazione ai fini della non ammissione nel SIS (100 rifiuti di ingresso) e il terzo riguardava il fatto che il cittadino avesse già soggiornato per 3 mesi nell'arco di un periodo di 6 mesi nel territorio degli Stati Membri dell'Unione europea (96 rifiuti di ingresso).

imposti dalla pandemia⁸¹⁴. Il secondo caso riguarda invece una cittadina cubana alla quale è stato notificato il provvedimento di diniego del rinnovo del suo permesso di soggiorno in frontiera, sempre alla frontiera aeroportuale di Malpensa. La descrizione dei casi è stata elaborata sui racconti resi durante le interviste e su alcuni documenti che le due cittadine straniere hanno condiviso con la sottoscritta (nel caso di S. (cittadina albanese) il decreto di respingimento alla frontiera; mentre H. (cittadina cubana), il ricorso proposto dai rappresentanti legali, e le due decisioni del Tribunale di Brescia⁸¹⁵).

6.2.1. Il caso del respingimento alla frontiera di S.

Il presente caso ha riguardato una cittadina albanese che nel mese di maggio del 2021 viaggiava verso l'Italia per via aerea, da Tirana a Milano Malpensa. La normativa in vigore all'epoca aveva di fatto aggiunto dei requisiti di ingresso a quelli già previsti, in ragione della pandemia in atto. In particolare, il DPCM del 2 marzo 2021, al suo art. 49, disponeva delle limitazioni agli spostamenti da e per l'Italia⁸¹⁶ per i territori di cui all'elenco E dell'allegato 20 dello stesso DPCM (tra cui l'Albania), nonché l'ingresso e il transito nel territorio nazionale alle persone che avevano transitato o soggiornato negli Stati e territori di cui al medesimo elenco nei quattordici giorni antecedenti, salvo che l'ingresso fosse motivato da alcune circostanze, da comprovare mediante apposita dichiarazione di cui all'art. 50 co. 1 del medesimo decreto.

La norma autorizzava gli spostamenti da tali paesi verso l'Italia solo nei seguenti casi: a) esigenze lavorative; b) assoluta urgenza; c) esigenze di salute; d) esigenze di studio; e) rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza; f) ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati membri dell'Unione europea, di Stati parte dell'accordo di Schengen, di Andorra, del Principato di Monaco, della Repubblica di San Marino, dello Stato della Città del Vaticano; g) ingresso nel territorio nazionale da parte di familiari delle persone fisiche di cui alla lettera f), come definiti dagli artt. 2 e 3 della direttiva 2004/38/CE; h) ingresso nel territorio nazionale da parte di cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo nonché di cittadini di Stati terzi che derivano il diritto di residenza da altre disposizioni europee o dalla normativa nazionale e dei loro familiari; l) ingresso nel territorio nazionale per

⁸¹⁴ Nell'ambito dell'intervista la cittadina straniera ha autorizzato ad essere menzionata col suo nome nel presente lavoro.

⁸¹⁵ Le vicende relative alla cittadina cubana sono state giudicate dal Tribunale di Brescia perché le vicende relative alla ricorrente erano originate dall'erroneo ritiro del suo pds dalla questura di Brescia dove ella risiedeva e viveva con quello che poi era diventato il suo ex marito.

⁸¹⁶ Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 marzo 2021, Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74, recante «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», e del decreto-legge 23 febbraio 2021, n. 15, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di spostamenti sul territorio nazionale per il contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19». (21A01331) (GU Serie Generale n.52 del 02-03-2021 - Suppl. Ordinario n. 17). Stante l'immutato carattere cogente del principio di *non-refoulement*. Per una analisi della questione nel quadro della pandemia da COVID-19, si veda M. MARCHEGIANI, Il principio di *non-refoulement* ai tempi del COVID-19, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2021, pp. 29 ss.

raggiungere il domicilio, l'abitazione o la residenza di una persona di cui alle lettere f) e h), anche non convivente, con la quale vi è una comprovata e stabile relazione affettiva.

La cittadina albanese, che in questo contesto verrà chiamata S., viaggiava insieme alla sorella, che aveva un permesso di soggiorno in Italia per motivi di studio. S. tentava l'ingresso in Italia per "esigenze di salute", poiché aveva prenotato una visita medica oftalmologica, della quale conservava la prenotazione. La visita era giustificata dalla forte miopia di S. che aveva già svolto delle visite mediche per lo stesso motivo periodicamente in Italia.

Come da lei stessa dichiarato, si era già recata in Italia diverse volte in passato senza mai incorrere in problemi, anche attraverso la frontiera aerea di Malpensa. La sua permanenza in Italia si limitava al tempo strettamente necessario alla visita, ovvero tre giorni. I documenti giustificativi di cui S. era in possesso erano i seguenti: il passaporto; la dichiarazione di ospitalità del fratello che vive in Italia con regolare permesso di soggiorno; la prenotazione della visita medica; il tampone molecolare effettuato entro le 72 ore prima del viaggio; il biglietto di ritorno in Albania riservato per il terzo giorno dall'ingresso (per la permanenza inferiore alle 72 ore all'epoca dei fatti non era richiesta quarantena).

S. attraversava la frontiera aerea transitando attraverso il corridoio arrivi "extra Schengen" e veniva lì fermata per i relativi controlli. Veniva successivamente trasferita all'interno dell'aeroporto in un locale della Polizia di Frontiera aerea per ulteriori controlli. Le veniva chiesto di compilare un modulo dove dichiarava alcuni dati relativi alla sua persona, di cui: stato civile; se avesse figli; il tipo di lavoro svolto; lo stipendio; dimostrazione dei mezzi di sussistenza economici, in merito ai quali S. dichiarava e dimostrava di avere circa 600 euro per il suo sostentamento durante i tre giorni. Rispetto a tale elemento, la Direttiva del Ministero dell'Interno stabilisce una quota fissa minima pro-capite complessiva per soggiorni che vanno da 1 a 5 giorni pari a 269,00 euro. S. dunque rispettava sicuramente tale ultimo requisito economico. S. forniva alla Polizia di frontiera anche il numero di telefono della clinica presso la quale aveva prenotato la visita⁸¹⁷.

A seguito di tali verifiche, la polizia di frontiera notificava ad S. il divieto di ingresso sul territorio nazionale, consegnandole il modulo uniforme Schengen allegato al CFS. Il modulo, allegato al presente lavoro, da una indicazione minima del motivo del rifiuto di ingresso, contenendo un elenco dei motivi di rifiuto di ingresso e una indicazione sintetica dei mezzi di ricorso⁸¹⁸. Le autorità selezionano la casella in corrispondenza del motivo del rifiuto di ingresso e eventualmente appongono dei commenti ulteriori.

Nel caso di S. la Polizia di frontiera aveva selezionato il motivo di cui alla lettera E) dell'elenco, ovvero l'essere "sprovvisto di idonea documentazione attestante scopo e

⁸¹⁷ S. racconta che la polizia di frontiera le domandava se avesse mai avuto un permesso di soggiorno in Italia, cosa che lei ha negato perché mai verificatasi, siccome i suoi soggiorni erano sempre stati brevi e per motivi turistici. S. racconta che la polizia si è mostrata diffidente relativamente alla sua situazione, perché parla la lingua italiana in modo fluente e dunque, a suo parere, le autorità non credevano alle sue dichiarazioni e al fatto che lei non avesse mai soggiornato in Italia né avesse interesse a stabilirvisi. S. racconta anche che il suo passaporto è stato rilasciato nel 2012 e dunque la foto ivi apposta risale a circa 10 anni prima dell'accaduto. Essendo l'aspetto S. nella foto presumibilmente diverso da quello che aveva nel 2021, le autorità hanno anche insinuato che questo fosse falso o contraffatto.

⁸¹⁸ È bene notare che il modulo consegnato alla cittadina albanese reca ancora menzione che il ricorso avverso il provvedimento può essere esperito al giudice amministrativo, nonostante le citate decisioni in merito alla competenza del giudice ordinario in merito anche al respingimento immediato. Si veda, *infra*.

condizione del soggiorno”. In calce al modulo la Polizia di frontiera commentava che S. “esibisce documentazione per visita medica priva di fondamento”. Nel caso di specie, dunque, la polizia non ha ritenuto sufficiente la sola prenotazione della visita medica di S. come documento comprovante un valido “motivo di salute” ai sensi dell’art. 1 co. 1 lettera c) del DPCM. È chiaro, tuttavia, che l’esame del fondamento o meno della visita medica presentata da S. può essere oggetto di valutazione discrezionale, in assenza di indicazioni in merito. Nel caso specifico, sembra essere stata adottata una interpretazione restrittiva di tale requisito previsto dal DPCM, anche tenuto conto che S. dimostrava il soddisfacimento di tutti gli altri requisiti relativi ai mezzi di sussistenza e di disponibilità alloggiativa, e mostrava inoltre la prenotazione del volo di ritorno, che può costituire una indicazione delle intenzioni dello straniero.

In particolare, stando alle dichiarazioni di S., la polizia di frontiera pareva ravvedere un “rischio migratorio” nel viaggio di S., e ciò nonostante sia stata più volte in Italia per motivi turistici senza mai trattenersi oltre il periodo di 90 giorni consentito. È chiaro che, pur ammettendo che all’epoca dei fatti l’ingresso sul territorio italiano era in principio vietato ai cittadini in provenienza, *inter alia*, dall’Albania, in assenza di una definizione della locuzione “motivi di salute”, la valutazione della sussistenza di tale motivo era in buona parte, se non totalmente, affidata alle autorità.

6.2.2. Il respingimento alla frontiera successivo alla notifica del diniego/revoca del permesso di soggiorno in frontiera degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia: Il caso del respingimento alla frontiera di H.

Altra prassi di dubbia conformità alle norme di legge riportata dagli studi in materia⁸¹⁹, riguarda invece il rientro in Italia di stranieri regolarmente soggiornanti che si sono allontanati dal territorio per un breve periodo muniti di permesso di soggiorno ancora valido o di richiesta di rinnovo, e che si vedono notificare in frontiera, al loro rientro, il diniego del rinnovo o la revoca del loro titolo di soggiorno. Al momento della notifica, la polizia di frontiera impedisce l’ingresso della persona sul territorio sulla base della presunta decadenza del titolo di soggiorno, e dunque motivando il respingimento immediato sulla base della lettera C) del modulo uniforme (“sprovvisto di visto valido o permesso di soggiorno valido”)⁸²⁰.

Il caso che si vuole illustrare di seguito riguarda precisamente il respingimento immediato di una cittadina straniera presso la frontiera aerea di Milano-Malpensa a seguito di notifica, in frontiera, della revoca del suo permesso di soggiorno.

La cittadina, cubana, che sarà chiamata H., viveva in Italia dal 2011 in quanto coniuge di cittadino Italiano. La ricorrente aveva per i primi cinque anni risieduto sulla base di un permesso

⁸¹⁹ ASGI, *Report In limine*, cit., p. 56; Cfr. A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.*, p. 65.

⁸²⁰ Secondo quanto riportato dal garante nel suo Rapporto del 2019 (cit.), la Polizia di frontiera di Roma Fiumicino ha precisato di consentire sempre l’ingresso di coloro nei cui confronti sia notificato un provvedimento di revoca dello status di rifugiato.

ex. art. 10 d.lgs. 30/2007⁸²¹, ovvero una “Carta di soggiorno per familiare di cittadino dell’Unione”.

I due coniugi si erano poi separati legalmente nel 2016, anno a partire dal quale H. ha spostato la sua dimora abituale in un luogo diverso dal domicilio coniugale. In data 01.02.2017 la ricorrente si è recata presso la Questura di Milano per il rinnovo della Carta di Soggiorno. La Questura le rilasciava così un permesso di soggiorno per motivi familiari con scadenza al 18.7.2019⁸²². H. si recava a Cuba in data 6.11.2018 e ritornava in Italia attraverso lo scalo aereo di Milano Malpensa il 27.11.2018. In questa occasione la Polizia di frontiera di Malpensa, a seguito di verifica in banca dati, le notificava il provvedimento di revoca del suo permesso di soggiorno e contestualmente le comunicava il suo “immediato” ritorno a Cuba. Subito dopo la Polizia di frontiera le notificava il provvedimento di respingimento immediato “a norma dell’art. 10, co. 1, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286” in quanto “sprovvisto di visto valido o di permesso di soggiorno valido” (Modulo Schengen uniforme) e, infine, le veniva ritirato il permesso di soggiorno⁸²³.

È bene fare alcune premesse in merito all’opportunità di notificare in frontiera il provvedimento di diniego o di revoca del permesso. In effetti, la legge prevede che la notifica della decadenza/revoca del permesso di soggiorno ha valore recettizio, sicché essa esercita i suoi effetti solo al momento del ritiro della stessa, che deve avvenire sul territorio nazionale. Oltretutto, ove la notifica della revoca avvenga per mano della polizia di frontiera, necessariamente avviene sul territorio. In caso contrario, ovvero se non avvenisse sul territorio, il potere di revoca spetterebbe alle autorità consolari, e non già alla polizia di frontiera. H. poi, nel caso di specie, arrivava alla frontiera aerea di Malpensa munita di passaporto in corso di validità e di un permesso di soggiorno in corso di validità, tutti titoli legittimanti l’ingresso a norma della legislazione europea (CFS) e nazionale citata in precedenza.

Questa prassi è stata invero già giudicata non conforme alle norme di legge dalla giurisprudenza di merito. In particolare, già nel 2018 la Corte di Appello di Milano, nel giudicare un caso simile, affermava che il «potere di notifica di quell’atto amministrativo (il diniego di rinnovo) da parte della polizia poteva estrinsecarsi solo sul territorio dello Stato (e non al di fuori di esso, dove sarebbe competente a notificare solo l’Autorità consolare interessata)» e che «anche solo al fine della notifica dell’atto di diniego del Questore [...]

⁸²¹ Decreto Legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, GU n.72 del 27-03-2007.

⁸²² In quanto coniuge di cittadino italiano e residente in Italia da più di cinque anni, secondo l’avvocato difensore, la Questura avrebbe dovuto rilasciare una Carta di soggiorno ex. art. 17 d.lgs. 30/2007 (Carta di soggiorno permanente per i familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro), così come poi riconosciuto dal Tribunale di Brescia, come si vedrà in seguito. La revoca del suo permesso di soggiorno era stata erroneamente disposta sulla base del fatto che la ricorrente era separata legalmente dal marito e non convivesse più con quest’ultimo, a seguito di verifica domiciliare delle autorità.

⁸²³ I legali difensori della cittadina cubana contestano l’illegittimità del respingimento anche in ragione del fatto che la ricorrente aveva maturato già nel 2016 i requisiti e dunque il diritto a ricevere un permesso di soggiorno permanente e dunque una Carta di soggiorno ex art. 17 d.lgs. 30/2007 o comunque ex art. 10 d.lgs. 30/2007, essendo la convivenza col coniuge requisito non più necessario a partire dall’entrata in vigore del d.lgs. 30/2007. Il provvedimento del Questore giustificava illegittimamente la revoca con l’assenza di convivenza tra la ricorrente ed il marito.

doveva essere consentito l'ingresso in Italia»⁸²⁴. La stessa Corte aggiunge che «il provvedimento di rifiuto e/o revoca del permesso di soggiorno, notificato alla ricorrente successivamente al suo ingresso, deve ritenersi “preclusivo del reingresso in Italia dopo la sua notifica, ma non certo del suo reingresso in Italia prima (e anche solo al fine) di tale notifica”.

Ciò implica, in buona sostanza, l'illegittimità del provvedimento di respingimento immediato per difetto dei suoi stessi presupposti. In questi casi, infatti, allo straniero deve essere permesso l'ingresso sul territorio e, in seguito della notifica del provvedimento di revoca del permesso o diniego del rinnovo, deve far seguito una procedura di espulsione con relativa convalida giurisdizionale della sua eventuale esecuzione con accompagnamento coatto alla frontiera, o con partenza volontaria, così come stabilito dalle norme di legge⁸²⁵.

L'art. 12 del Regolamento di attuazione del TUI (Rifiuto del permesso di soggiorno) prevede infatti che «1. [...] quando il permesso di soggiorno è rifiutato il questore avvisa l'interessato, facendone menzione nel provvedimento di rifiuto, che, sussistendone i presupposti, si procederà nei suoi confronti per l'applicazione dell'espulsione di cui all'art. 13 del testo unico. 2. Con il provvedimento di cui al co. 1, il questore concede allo straniero 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»⁸²⁶.

La qui prassi evidenziata è stata oggetto di attenzione, e di monito, anche da parte del Garante nazionale per le persone private della libertà personale⁸²⁷, che ha esortato la Polizia di frontiera aerea a seguire le indicazioni fornite proprio dalla Corte di appello di Milano nella citata sentenza. La cittadina cubana ha poi avviato un ricorso giurisdizionale avverso il suo respingimento e il conseguente trattenimento alla frontiera, di cui si darà conto più in avanti nella trattazione e in particolare nei paragrafi relativi al trattenimento presso i valichi di frontiera aeroportuali e ai rimedi giurisdizionali.

7. La privazione della libertà personale nelle more del respingimento immediato presso le zone di transito aeroportuali

Nel paragrafo precedente si sono delineate le fattispecie alla base del rifiuto di ingresso e del conseguente respingimento immediato alla frontiera con riguardo alla questione della valutazione dei requisiti di ingresso. Si è anche brevemente accennato alla differenza che

⁸²⁴ Corte di Appello di Milano, sentenza n. 1292 del 15 marzo 2018.

⁸²⁵ Art. 12, Regolamento di attuazione del TUI.

⁸²⁶ Nel caso di H. appena descritto il Tribunale di Brescia non ha ritenuto necessario valutare la legittimità del respingimento immediato della ricorrente in merito alla prassi della notifica in frontiera poiché, *in casu*, la revoca del permesso di soggiorno era in sé illegittima, in ragione del fatto che ella aveva maturato i requisiti per l'ottenimento della Carta di soggiorno ex art. 17 d.lgs. 30/2007, avendo la stessa dimostrato di possedere il requisito di cui all'art. 14, co. 2, dello stesso decreto.

⁸²⁷ Nel suo *Rapporto sui valichi di frontiera* il Garante “invita le Autorità responsabili a tener conto dell'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte d'Appello di Milano interrompendo da subito i respingimenti immediati dei cittadini stranieri che rientrano in Italia con un titolo di soggiorno nazionale in corso di validità (o del quale è stato richiesto tempestivamente il rinnovo), disponendo, eventualmente, la loro espulsione eseguibile mediante accompagnamento forzato alla frontiera esclusivamente a seguito di apposito controllo giurisdizionale.

intercorre tra il respingimento immediato ex art. 10, co., 1 TUI e quello differito ex art. 10, co. 2, TUI e al diverso grado di restrizione sulla libertà personale dello straniero che essi implicano. Questa sezione sarà dedicata ad approfondire questo aspetto del respingimento in frontiera, ovvero l'incidenza che il suo dispiegarsi ha sulla libertà personale dello straniero.

A norma di legge, l'immediatezza del respingimento ex art. 10, co. 1, TUI non comporta una restrizione della libertà personale dello straniero, ma solo una limitazione della sua libertà di circolazione. Questa forma di respingimento affida al vettore la responsabilità della presa in carico e dell'allontanamento dello straniero, e dispone che ciò debba avvenire immediatamente.

L'arco temporale che separa l'adozione del provvedimento dalla sua implementazione non ha una precisa disciplina giuridica a livello nazionale e della UE, proprio perché, in teoria, questo tipo di respingimento non dovrebbe comportare alcuna attesa. Tuttavia, in alcune circostanze, il vettore non è immediatamente disponibile, soprattutto in casi che coinvolgono voli intercontinentali⁸²⁸. In tali situazioni, la polizia di frontiera trattiene lo straniero presso i locali delle zone di transito aeroportuali sino all'imbarco dello straniero sul volo utile. Questa prassi, non prevista da alcuna norma di legge, né da strumenti di natura secondaria, configura a tutti gli effetti un differimento temporale dell'allontanamento, ma non spaziale, siccome si basa sull'immobilizzazione dello straniero in frontiera sino al completamento dell'allontanamento, in modo da impedirne l'"ingresso" sul territorio. In quanto tale, la misura non è oggetto di convalida giurisdizionale.

Ciò è in tutta evidenza una conseguenza di problemi di natura pratica che si aggiungono a questioni di natura giuridica che investono l'istituto del respingimento immediato, esasperate dall'ambiguità stessa dello status delle zone di transito aeroportuali. Si è già accennato al fatto che in alcuni casi la polizia di frontiera sostiene che le zone di transito degli aeroporti godano di una presunta "extraterritorialità", o ancora che esse siano "zone sterili" in cui il contatto col mondo esterno è impedito. Sebbene questa giustificazione, come spiegato, sia stata censurata dalla Corte EDU e dalla giurisprudenza ordinaria, e secondo l'UNHCR non sia in realtà particolarmente diffusa presso la polizia di frontiera⁸²⁹, permane la questione, spesso sovrapponibile, dello *status* dello straniero in frontiera e del presunto non ingresso sul territorio quando il respingimento si configuri come immediato⁸³⁰.

Come si vedrà, infatti, l'istituto del respingimento, sia esso immediato o differito, trova la sua ragion d'essere e si differenzia dall'istituto dell'espulsione, solo in virtù di questa "finzione di non ingresso", ovvero della posizione dello straniero in relazione al territorio e della distanza spazio-temporale che intercorre tra l'attraversamento irregolare e il fermo delle autorità, generando non pochi, e certamente non trascurabili, profili di problematica compatibilità con la Costituzione e col suo art. 13, che tutela la libertà personale.

In buona sostanza, tanto più breve sarà tale distanza spazio-temporale che separa i due momenti dell'attraversamento irregolare della frontiera e del fermo delle autorità, inferiore sarà

⁸²⁸ Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, p. 12; Ministero dell'Interno, Trasmissione del Rapporto sulle visite ai locali in uso alle forze di polizia di frontiera presso alcuni valichi di frontiera, 06 novembre 2019, p. 3.

⁸²⁹ Come dichiarato durante l'intervista.

⁸³⁰ In realtà, tale finzione rimane il presupposto del respingimento differito, che trova la sua ragion d'essere proprio nella finzione dello straniero ancora in frontiera e dunque *in limine*, come riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 15115/2013, cit.

la tutela dello straniero nel quadro del suo respingimento, in particolare relativamente alla privazione della sua libertà personale.

Si procederà di conseguenza con l'analisi delle ipotesi in cui l'istituto del respingimento implica una privazione della libertà personale, e dunque l'ipotesi dell'accompagnamento alla frontiera. Infine, verrà esaminata la questione della detenzione *de facto* presso i locali delle zone di transito degli aeroporti, che mostrano come una riflessione più ampia dovrebbe investire l'istituto del respingimento e delle sue modalità di implementazione *tout-court*.

7.1. La tutela della libertà personale degli stranieri nell'ordinamento italiano

L'art. 13 Cost. tutela la libertà personale in quanto diritto fondamentale inviolabile 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»⁸³¹. La sua tutela si estende in egual modo ai cittadini ed agli stranieri, siano essi regolari o irregolarmente presenti sul territorio, rientrando nell'alveo di quello che è stato in precedenza definito come il “nucleo minimo” di diritti⁸³².

Si è tuttavia già accennato all'esistenza, riconosciuta dalla Corte Cost., di quelle differenze di fatto che possono giustificare un trattamento differenziale nell'applicazione di tale “nucleo minimo”, che riguarda anche la libertà personale. Ciò colloca «in tal modo i diritti costituzionali degli stranieri, financo se qualificati come inviolabili, su di un crinale obliquo, qual è quello dell'incerta perimetrazione tra la sfera della titolarità in astratto e quella dell'esercizio in concreto»⁸³³, avendo così la libertà personale una diversa “violabilità” quando i titolari del diritto siano gli stranieri⁸³⁴, ancor più se irregolari e in frontiera.

Quanto alla dimensione oggettiva della libertà personale ex art. 13 Cost., essa si traduce principalmente come libertà dagli arresti arbitrari, e quindi nella tutela da qualunque indebita forma di coercizione fisica, ricadendo nella disciplina “le sole coercizioni fisiche e non le imposizioni di obblighi e divieti”⁸³⁵, siano tali coercizioni determinate da situazioni temporanee o prolungate⁸³⁶.

Di rilievo per la nostra analisi è poi il rapporto tra la libertà personale e quella di circolazione tutelata dall'art. 16 Cost. Per alcuni, la libertà di circolazione si porrebbe come un *minus* rispetto alla libertà personale, mentre una parte della dottrina ritiene esse siano «due cerchi inferenti», e potrebbero dunque esistere atti che ricadono nell'una o nell'altra o solo in

⁸³¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 105 del 10 aprile 2001.

⁸³² Cfr. *infra*.

⁸³³ M. BENVENUTI, Libertà personale, in C. PANZERA, M. RAUTI, *op. cit.*, p. 399; per una ricostruzione in prospettiva delle misure coercitive sugli stranieri, cfr. A. PUGIOTTO, “Ieri e oggi”: fermo di polizia e trattenimento dello straniero, in R. BIN ET AL., *op. cit.*, pp. 167 ss.

⁸³⁴ M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., pp. 357 ss.

⁸³⁵ Cfr. M. RUOTOLO, Art. 13, in *Commentario breve alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), UTET, Torino, 2006, pp. 102 ss; Le imposizioni di obblighi e divieti ricadrebbero nella sfera degli artt. 16, 23, 32 Cost.

⁸³⁶ *Ibidem*; Questo elemento differisce invece dalla giurisprudenza della Corte EDU, per la quale invece la durata della detenzione è un elemento che concorre a determinare l'incidenza della misura sulla sfera fisica dell'individuo, anche se non è di per sé determinante nel rilevare una limitazione della libertà personale.

una delle due⁸³⁷. In questa sede viene accolta la prospettiva secondo cui la libertà personale si caratterizza, rispetto ad una limitazione della libertà di circolazione, per il suo carattere di immediata coercizione sulla persona e non come mera obbligatorietà di fare o non fare⁸³⁸. In ogni caso, mentre la libertà personale spetta a tutti gli stranieri, quella di circolazione è limitata dalla Costituzione ai soli cittadini. Inoltre, in virtù di una lettura congiunta delle disposizioni costituzionali, nella fattispecie l'art. 16 Cost., e internazionali, in particolare l'art. 2 Protocollo 4 alla CEDU, la libertà di circolazione è attribuita solo agli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato⁸³⁹.

Meno certo è se la limitazione della libertà personale comprenda anche una “mortificazione della dignità dell'uomo” e una “degradazione giuridica” del soggetto. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale non è chiara. Questo elemento è espresso nella celebre sentenza 105/2001 sul trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza, dove si legge che la «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere [...] è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale». Inoltre, esso deriva da una giurisprudenza risalente che riteneva qualificante l'elemento della degradazione giuridica dell'individuo, «nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio di una persona»⁸⁴⁰.

Se in giurisprudenza il ruolo di tale elemento non è di chiara interpretazione, la dottrina ha sottolineato come una «siffatta impostazione, come si vede, risulta non solo concettualmente inappagante, ma anche foriera di pericolose oscillazioni sul piano applicativo»⁸⁴¹, con la conseguenza che alcuni degli istituti più ricorrenti nel diritto dell'immigrazione rimarrebbero al di fuori del campo di applicazione, e di tutela, dell'art. 13 Cost. In linea con tale impostazione⁸⁴², questo lavoro prediligerà una concezione di limitazione della libertà personale che non implichi imprescindibilmente una degradazione giuridica o morale della persona, ma che si configuri ogniqualvolta vi sia una «diretta coercizione fisica sulla persona, tale da

⁸³⁷ A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 10; R. ROMBOLI, Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione, in *il Foro italiano*, 10, 2001, p. 5, Così; Corte Cost., sent. n. 419/1994, secondo la quale “[...] i due precetti costituzionali ora richiamati presentano una diversa sfera di operatività, nel senso che la libertà di circolazione e soggiorno non costituisce un mero aspetto della libertà personale, ben potendo quindi configurarsi istituti che comportano un sacrificio della prima ma non per ciò solo anche della seconda”.

⁸³⁸ M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 110.

⁸³⁹ Art. 2, Protocollo 4, CEDU (ratificato e reso esecutivo con d.p.r. 14 aprile 1982, n. 217), che garantisce il diritto di chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato parte di circolarvi liberamente, scegliere liberamente la propria residenza e di lasciarlo, fatte salve le restrizioni previste dalla legge e necessarie in una società democratica alla sicurezza nazionale, alla sicurezza pubblica o al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. Cfr. P. BONETTI, *I provvedimenti di allontanamento dello straniero*, cit., p. 42.

⁸⁴⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 210 del 31 maggio 1995.

⁸⁴¹ M. BENVENUTI, *Libertà personale*, cit., p. 400.

⁸⁴² *Ibidem*; G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Torino, 1967, pp. 20 ss, il quale, tuttavia, limita la prima concezione ai soli arresti e al solo stato detentivo non estendendola alla “coercizione fisica”.

limitarne, sia pur brevemente, la disponibilità dei movimenti»⁸⁴³, senza che siano richiesti ulteriori elementi “aggravanti”.

L’art. 13 e i suoi tre commi seguono una «struttura a cerchi concentrici [...] la formula d’esordio contiene la fondamentale statuizione dell’inviolabilità della garanzia; i successivi commi 2-3 – di precipuo interesse strategico nel quadro della disciplina costituzionale del processo penale – tracciano un duplice ordine di limiti, guidando in termini analitici la discrezionalità legislativa in materia»⁸⁴⁴.

L’art. 13, co. 2, prevede che la libertà personale possa essere limitata solo nei casi e nei modi previsti dalla legge (riserva di legge assoluta) e se disposto da un provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria (riserva di giurisdizione). La norma attribuisce dunque in via esclusiva alla legge e agli atti ad essa equiparati, la disciplina della materia, con l’obiettivo di sottrarla alle fonti di rango inferiore alla legge, con una conseguente limitazione dell’intervento dei pubblici poteri. In proposito, la dottrina è stata ed è tuttora divisa sull’esistenza di fini, ovvero se le limitazioni della libertà personale devono essere disposte solo per fini previsti dalla Costituzione (ipotizzando dunque una riserva di legge rinforzata) o se il legislatore conservi la prerogativa di disporre i motivi della restrizione, secondo il c.d. “vuoto di fini”. La dottrina ha proteso verso la seconda ipotesi, attraverso una lettura indiretta dei numerosi rinvii all’art. 13 da parte delle altre disposizioni costituzionali (art. 14 ad esempio)⁸⁴⁵.

Quanto alla riserva di giurisdizione, essa si realizza nell’esistenza di un atto motivato dell’autorità giudiziaria, che indichi «le ragioni di fatto e di diritto che determinino o abbiano determinato l’emanazione della misura restrittiva»⁸⁴⁶.

In deroga al co. 2, il co. 3 dell’art. 13 dispone che «in casi straordinari di necessità e di urgenza tassativamente indicati dalla legge, l’autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». In questi casi, pur mantenendo la centralità della riserva di giurisdizione, la norma permette una «autoassunzione di un potere ordinariamente altrui da parte dell’autorità di polizia»⁸⁴⁷, in taluni e ben definiti casi che implicino una necessità ed una urgenza. Il co. 3 impone dunque i seguenti requisiti: eccezionalità; necessità; urgenza; previsione legale; tassatività; convalida giurisdizionale⁸⁴⁸. Sebbene la Corte Costituzionale abbia sottolineato come il ricorso al co. 3 debba prevedere una «ponderata motivazione e conformazione alle situazioni di necessità ed urgenza»⁸⁴⁹, preme evidenziare come nel nostro ordinamento la limitazione della libertà personale dello straniero, nella stragrande maggioranza dei casi, trova concreta attuazione nel perimetro non già del co. 2 della disposizione, ma del co. 3. E ciò è vero nei casi di limitazione della libertà personale dello straniero sottoposto sia ad

⁸⁴³ A. BARBERA, *op. cit.*, p. 19; e dunque ove vi siano misure che determinino dei doveri passivi e non già un obbligo di fare o non fare.

⁸⁴⁴ G. DI CHIARA, G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, p. 306; S. ROSSI, *Respingimento alla frontiera e libertà personale*, cit., pp. 201 ss.

⁸⁴⁵ M. BENVENUTI, *Libertà personale*, cit. p. 409.

⁸⁴⁶ M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 104.

⁸⁴⁷ *Ibidem*.

⁸⁴⁸ Cfr. P. BONETTI, *Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte Costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2018, p. 5.

⁸⁴⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 512 del 4 dicembre 2002.

espulsione, che a respingimento. Si è parlato, in questo senso, di una disciplina “speciale” riservata alla limitazione della libertà personale dello straniero rispetto a quella del cittadino, che mostra quella diversa “violabilità” di quel *minus* di diritti di cui il primo è titolare⁸⁵⁰. Lo si vedrà nel prosieguo della trattazione, che esaminerà le modalità del respingimento.

7.2. Il respingimento e le sue modalità esecutive incidenti sulla libertà personale: l’accompagnamento alla frontiera

La modalità esecutive del respingimento interrogano immediatamente la questione della libertà personale alla frontiera. Dottrina e giurisprudenza sono infatti concordi nell’operare una distinzione, quantomeno teorica, sulla diversa incidenza che i due tipi di respingimento hanno sulla libertà personale dello straniero⁸⁵¹. Si ritiene che il respingimento immediato ex art. 10, co. 1, TUI non incida sulla libertà personale ma solo su quella di circolazione, che la nostra Costituzione attribuisce solo ai cittadini, e che la legge conferisce solo allo straniero regolarmente soggiornante. Ciò perché in virtù del primo co. dell’art. 10 TUI allo straniero è “semplicemente” impedito l’attraversamento del valico di frontiera, non essendovi alcuna limitazione della libertà personale allorché al respingimento “segua l’effettivo e pressoché immediato rimpatrio dello straniero a bordo del vettore che lo ha condotto alla frontiera e ciò avvenga con la collaborazione spontanea del respinto”⁸⁵². Fino all’esecuzione del rimpatrio, lo straniero può, teoricamente, circolare all’interno dell’area di transito senza però attraversare il valico di frontiera, cioè il luogo dove le autorità svolgono i controlli di frontiera. In queste ipotesi, la misura dovrebbe consistere in un mero impedimento dell’autodeterminazione dell’individuo in ordine alla dislocazione del proprio corpo sul territorio italiano e alla possibilità di fissarvi una dimora abituale⁸⁵³.

Diversamente, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che una sicura interferenza con la libertà personale dello straniero si ha nei casi di applicazione del c.d. respingimento differito, le cui caratteristiche si sono illustrate nei paragrafi precedenti.

Il respingimento differito prevede due modalità esecutive: a) l’accompagnamento coattivo alla frontiera, connotato all’art. 10, co. 2, che reca menzione del “respingimento con accompagnamento alla frontiera”; b) il trattenimento presso un CPT nei casi previsti dell’art.

⁸⁵⁰ Cfr. P. BONETTI, *Profili Costituzionali della Convalida giurisdizionale dell’accompagnamento alla frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2002, pp. 13 ss; l’A. sottolinea come sarebbero conformi a Costituzione solo quei casi in cui il trattenimento nelle more dell’espulsione dello straniero ex art. 14 TUI, ovvero in quei casi dove questo sia disposto in via principale dall’autorità giudiziaria e non dall’autorità di pubblica sicurezza che lo comunica successivamente all’autorità giudiziaria. Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Trattenimento temporaneo, accompagnamento alle frontiere ed espulsione amministrativa tra libertà personale, libertà da prestazioni personali e libertà di circolazione*, in R. BIN ET AL, *op. cit.*, pp. 99 ss.

⁸⁵¹ Cfr. *supra*.

⁸⁵² P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno*, cit., p. 285.

⁸⁵³ M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2000, pp. 822 ss; secondo l’A. in questa ipotesi “lo straniero respinto rimane libero di determinarsi come crede in ordine alla disponibilità della propria persona fisica, non diversamente da un qualsiasi cittadino cui venga impedito-anche con il ricorso alla forza fisica-di avere accesso ad un luogo in cui, in base alla legge, gli sia vietato l’ingresso”; cfr. R. PINARDI, *Corte Costituzionale e libertà personale dello straniero tra vecchie logiche e nuove misure coercitive*, in R. BIN ET AL, *op. cit.*, pp. 155 ss.

14, co. 1, TUI, quando si verifichi uno degli ostacoli dell'esecuzione immediata del respingimento.

L'accompagnamento alla frontiera ha contenuto "ripristinatorio", nella misura in cui riporta la situazione allo stato *quo ante*, e si pone come esempio di autotutela esecutiva da parte dei pubblici poteri⁸⁵⁴. L'istituto fu introdotto dalla Turco-Napolitano, ed ha per lungo tempo configurato nei fatti una "espulsione anticipata". Diversi sono i profili di dubbia legittimità costituzionale della modalità esecutiva dell'accompagnamento alla frontiera in relazione all'art. 13 Cost. Ad un livello più generale, problematico è il rapporto tra norma (co. 2) ed eccezione (co. 3), poiché esso è sempre ed obbligatoriamente disposto dal questore e in nessun caso è previsto che sia adottato parte dall'autorità giudiziaria, nonostante la sicura incidenza dell'accompagnamento alla frontiera sulla libertà personale dello straniero, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sent. 104/2001⁸⁵⁵.

Nonostante gli interventi del legislatore di cui si parlerà in seguito, la misura pare in ogni caso non conformarsi al requisito della tassatività imposto dall'art. 13, co. 2 e 3 Cost., siccome i suoi presupposti, a causa della vaghezza della locuzione "fermato alla frontiera o subito dopo" convergono con uno dei presupposti applicativi dell'espulsione, nella fattispecie, l'art. 14, co. 1 lett. a), che ne prevede l'applicazione allo straniero che «è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10». In buona sostanza, tale indeterminatezza, nel sovrapporre i presupposti applicativi delle due misure, conferisce ampia discrezionalità alle autorità di pubblica sicurezza di disporre l'una o l'altra⁸⁵⁶.

Quanto al requisito dell'eccezionalità, la giurisprudenza ritiene che esso debba intendersi secondo una lettura qualitativa e non già quantitativa della fattispecie. In altri termini, la Corte costituzionale ha precisato che esso è da intendersi in relazione non già alla rarità della fattispecie considerata, bensì al suo porsi al di fuori della regola ordinaria⁸⁵⁷. Tuttavia, è stato notato come nel respingimento differito, l'eccezionalità «manca del tutto: sempre e soltanto l'autorità di p.s. può disporlo e in nessun caso lo può disporre fin dall'inizio l'autorità giudiziaria»⁸⁵⁸. E dunque, pur accogliendo tale lettura, non sarebbe certo consentito «che alla riserva di giurisdizione posta dal secondo co. dell'art. 13 Cost. siano apportate deroghe aventi una sfera di applicabilità talmente ampia ed esaustiva da tradursi, a loro volta, in regola assoluta, così collocandosi agli antipodi di ciò che si intende per eccezionalità»⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., p. 328.

⁸⁵⁵ V. ANGIOLINI, L'accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera e la tutela della libertà personale: con la sentenza n. 104 del 2001 la Corte fa (solo) il primo passo e lascia ai giudici comuni di proseguire, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2001, p. 72; E. GIANFRANCESCO, La disciplina sul trattamento e sull'espulsione degli stranieri extracomunitari al vaglio della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2001, pp. 2709 ss.

⁸⁵⁶ Cfr. P. BONETTI, Il respingimento differito, cit., p. 6; ID, Espulsione, accompagnamento e trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 4, 2000, pp. 1 ss; R. CHERCHI, Il respingimento, l'espulsione, cit., p. 235.

⁸⁵⁷ Corte Costituzionale, sentenza n. 64 del 20 aprile 1977; S. ROSSI, *op. cit.*, p. 221; R. ROMBOLI, Sulla legittimità costituzionale dell'accompagnamento coattivo alla frontiera e del trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza e di assistenza, in R. BIN ET AL, *op. cit.*, pp. 1-23.

⁸⁵⁸ P. BONETTI, Il respingimento differito, cit., p. 5.

⁸⁵⁹ *Ibidem*; Corte Costituzionale, sentenza n. 74 del 20 marzo 1985 e n. 503 del 15 novembre 1989; Un ulteriore profilo di illegittimità attiene ad un'ulteriore violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., poiché esso non è conforme ad

Il profilo più problematico dell'accompagnamento alla frontiera ex art. 10, co. 2, ha risieduto, sino alle novelle legislative introdotte nel 2018, nell'assenza di una convalida giurisdizionale, nonostante la Corte Cost., sin dal 2001, ne avesse già riconosciuto il carattere di immediata coercizione, collocandola nell'alveo delle "altre restrizioni della libertà personale" quale modalità esecutiva dell'espulsione⁸⁶⁰. In quel caso la Corte ha infatti affermato che «l'accompagnamento [alla frontiera] 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»⁸⁶¹.

In merito alla questione è intervenuta la pronuncia di inammissibilità della Corte Cost. con sentenza n. 275/2017, che attraverso un "monito" al legislatore, ha dato impulso alle recenti modifiche intervenute nel 2018. Il legislatore ha così introdotto la convalida giurisdizionale alla misura dell'accompagnamento alla frontiera come modalità esecutiva del respingimento differito⁸⁶².

Nella decisione, la Corte ritiene che il controllo giurisdizionale sui respingimenti differiti sia costituzionalmente obbligatorio allorché il respingimento differito sia eseguito con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera, misura che, come più volte ripetuto, fin dalla

un obbligo previsto nelle norme dell'Unione europea, cioè non ha tutti i requisiti previsti dall'art. 4, par. 4 della direttiva UE 2008/115/CE sui rimpatri degli stranieri in situazione di soggiorno irregolare: non si prevede alcuna norma nazionale utile a vigilare affinché il trattamento e il livello di protezione che sono accordati agli stranieri respinti siano non meno favorevoli rispetto a quelli previsti dalla medesima direttiva all'art. 8, paras 4 e 5 (limitazioni del ricorso alle misure coercitive), all'art. 9, par. 2, lett. a) (possibilità di rinvio dell'allontanamento a causa dello stato fisico o mentale dello straniero) e agli artt. 16 e 17 (condizioni di trattenimento).

⁸⁶⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 105/2001, in cui si afferma che «[è] proprio muovendo da simili premesse che questa Corte, fin dalla sentenza n. 2 del 1956, ha affermato che la traduzione del rimpatriando con foglio di via obbligatorio è misura incidente sulla libertà personale [...] sulla distinzione tra mera obbligatorietà e coercitività della misura si è basata la sentenza n. 194 del 1996, in tema di accompagnamento per i necessari accertamenti tossicologici del conducente di un veicolo [...] In quella non lontana decisione, in effetti, per escludere la attinenza dell'accompagnamento all'area della libertà personale è stata decisiva la considerazione che il destinatario della misura può rifiutarsi di seguire gli agenti, pur esponendosi in tal caso al rischio di un giudizio e di una sanzione penale, senza però che l'autorità di polizia possa esercitare alcuna forma di coazione fisica. Infine, in una fattispecie assai vicina a quelle attuali, nella sentenza n. 62 del 1994, l'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica dello straniero sottoposto a custodia cautelare o in espiazione di una pena detentiva, anche se residua, non superiore a tre anni, è stata ritenuta misura incidente sulla libertà personale, sulla premessa, non esplicitata, ma non per questo meno chiara, che il passaggio dalla condizione di detenzione ad altra misura coercitiva determinasse una diversità di grado e non di qualità, identica rimanendo, in entrambe le ipotesi, la natura del bene costituzionale coinvolto».

⁸⁶¹ Tuttavia, nel caso di specie la Corte ne legava la convalida alla contestuale convalida del provvedimento che disponeva il trattenimento dello straniero. La dottrina ha opportunamente segnalato come questo caso legittimasse la citata "diversa violabilità" della libertà personale dello straniero. In primo luogo, poiché in mancanza del ricorso alla detenzione, non era possibile dare autonoma convalida all'accompagnamento coattivo alla frontiera e, inoltre, poiché ciò rendeva (come d'altronde ancora accade) l'intervento dell'autorità giudiziaria solo successivo alla decisione dell'autorità di pubblica sicurezza. Se, a seguito della sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale, è stato introdotto nel TUI l'art. 13, co. 5-bis, che prevede la convalida giurisdizionale del provvedimento di accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento amministrativo di espulsione, una previsione analoga non è stata a lungo rinvenibile con riguardo all'accompagnamento alla frontiera dello straniero destinatario di un provvedimento di respingimento. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 221; Cfr. F.B. MORELLI, La tutela della libertà personale dello straniero presente *sine titulo* sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento, in *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, pp. 163 ss.

⁸⁶² S. ROSSI, *op. cit.*, p. 221.

sent. n. 105/2001, la Corte ritiene incidere sulla libertà personale dello straniero. La Corte riconosce così «la necessità che il legislatore intervenga sul regime giuridico del respingimento differito con accompagnamento alla frontiera, considerando che tale modalità esecutiva restringe la libertà personale e richiede di conseguenza di essere disciplinata in conformità all'art. 13, co. 3, Cost.».

A seguito della pronuncia, il legislatore ha inserito il co. 2-bis all'art. 10 TUI, prevedendo che «al provvedimento di respingimento di cui al co. 2 si applicano le procedure di convalida e le disposizioni previste dall'art. 13, commi 5-bis, 5-ter, 7 e 8», ovvero quelle che riguardano l'espulsione⁸⁶³. Da ciò discende dunque la sottoposizione del provvedimento al Giudice di Pace entro 48 ore, che provvede alla convalida entro le successive 48 ore. Parimenti al decreto di espulsione, il decreto di respingimento differito deve essere comunicato all'interessato insieme all'indicazione delle modalità di impugnazione e in una traduzione in lingua da lui conosciuta, ovvero in inglese, francese o spagnolo. Infine, lo straniero può proporre ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria (Giudice di Pace) nelle stesse forme e tempi del decreto di espulsione⁸⁶⁴.

7.3. La natura detentiva della permanenza presso le zone di transito aeroportuali

Si è accennato che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che le modalità esecutive del respingimento differito e del respingimento immediato implicano il coinvolgimento di beni giuridici diversi. Nella fattispecie, se nel respingimento differito si ha una limitazione della libertà personale, in quello immediato vi sarebbe solo una limitazione della libertà di circolazione dello straniero, diritto che non è attribuito agli stranieri irregolari.

⁸⁶³ Co. inserito dall' art. 5-bis, co. 1, lett. a), D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, GU Serie Generale n.231 del 04-10-2018; V. CARLINO, Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica, in *Federalismi*, 17, 2018, p. 9; lo stesso ddl introduce sanzioni penali per lo straniero che fa reingresso in Italia. Il reingresso è vietato per un periodo che va dai 3 ai 5 anni determinato sulla base delle circostanze. Lo straniero è inoltre segnalato in SIS e comporta il divieto di ingresso e soggiorno anche negli altri Stati Membri dell'Unione europea e degli Stati a cui si applica l'*aquis* di Schenghen. Lo straniero che fa reingresso senza una speciale autorizzazione del Ministero dell'interno è punito con la pena da uno a quattro anni ed è espulso mediante accompagnamento immediato alla frontiera. In dottrina c'è chi ha ritenuto che, data la natura di provvedimento dell'atto che dispone l'accompagnamento alla frontiera, anch'esso dovrebbe poter essere sottoposto a ricorso giurisdizionale, autonomamente rispetto a quello della misura del respingimento.

⁸⁶⁴ Cfr, art. 13 TUI. La dottrina ha espresso notevoli perplessità circa la decisione di affidare tali controversie al giudice di pace, in ragione del fatto che l'attribuzione a quest'ultimo di tali competenze sarebbe estranea al ruolo "onorario" di tale figura nell'ordinamento italiano, e dunque l'attribuzione a giudici "non professionali" la competenza in temi quale quello dell'habeas corpus: cfr. A. CAPUTO, L. PEPINO, Giudice di Pace e habeas corpus dopo le modifiche al Testo Unico sull'Immigrazione, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 3, 2004, pp. 13 ss; A. RAUTI, Espulsione dello straniero e competenza del giudice di pace, in *ID*, 4, 2004, pp. 854 ss; M. BENVENUTI, Libertà personale, cit., p. 682. 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 respingimento. Come per il respingimento, 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.

In tal caso, sarebbe solo impedito l'attraversamento del valico di frontiera, senza che ciò implichi una limitazione della libertà personale, posto che il respingimento sia effettivamente immediato. Premesso che né l'art. 10, co. 1, TUI né altre norme del TUI disciplinano nel dettaglio la condizione dello straniero sottoposto a respingimento immediato, quest'ultimo godrebbe della teorica possibilità di circolare "liberamente" all'interno della zona di transito.

Tuttavia, nel caso delle zone di transito aeroportuali è stato evidenziato che la polizia di frontiera trattiene *de facto* lo straniero in attesa del respingimento. Ciò si verifica in ragione, in primo luogo, dell'indisponibilità del vettore a riprendere in carico lo straniero in tempi brevi, che si unisce all'obbligo delle autorità di assicurare che lo straniero non faccia ingresso sul territorio.

Se, in teoria, allo straniero così respinto dovrebbe essere permesso di circolare liberamente nella zona di transito senza però che avvenga il suo "ingresso" sul territorio «non diversamente da un qualsiasi cittadino a cui venga impedito – anche col ricorso alla forza fisica – di avere accesso ad un luogo in cui, in base alla legge gli sia vietato l'ingresso», nei fatti tale teorica limitazione della libertà di circolare prende la forma di un trattenimento vero e proprio *extra legem*. Tale prassi è priva di qualunque base giuridica, e come ipotizzato in dottrina, è tale da ingenerare una responsabilità penale, civile e amministrativa in capo alle autorità di pubblica sicurezza che la mettono in atto⁸⁶⁵.

La natura privativa della libertà personale dello straniero è descritta nel dettaglio nel Rapporto del Garante nazionale del 2019, confermata durante l'intervista con la dott.ssa Adamoli, ed è stata egualmente riportata dalle due cittadine che hanno concesso un'intervista e acconsentito a che le informazioni da loro condivise contribuissero alla descrizione del trattenimento. Inoltre, le condizioni del trattenimento e la sua natura privativa della libertà personale, sono stati l'oggetto di un caso portato al vaglio della Corte EDU e recentemente giudicato⁸⁶⁶. Ci si focalizzerà maggiormente sul valico di frontiera di Malpensa, dato che tali descrizioni riguardano principalmente quest'ultimo.

Nel suo Rapporto del 2019, il Garante descrive che la Polizia di frontiera valuta concretamente le misure da adottare per prevenire l'ingresso illecito delle persone respinte e, a seconda dei casi, dispone la loro permanenza o presso i locali di attesa (regola generalmente applicata) o nell'ambito dell'ampia area transiti ove possono beneficiare di una ben più ampia libertà di movimento (regola per nuclei familiari con minori o per soggetti appartenenti a categorie vulnerabili). La diversa allocazione può essere altresì determinata dalla disponibilità dei locali. E d'altronde, come esaminato nel 2° capitolo, il Comitato Europeo per la prevenzione della tortura aveva già attribuito ad essi la destinazione funzionale di "luoghi di trattenimento"⁸⁶⁷.

Ai cittadini stranieri non è consentito allontanarsi volontariamente da detti locali, posti sotto la continua e diretta sorveglianza della Polizia. Al loro interno, sia nel caso dell'aeroporto di Roma Fiumicino, sia nel caso dell'aeroporto di Milano Malpensa, vi è un posto di guardia da cui la Polizia sorveglia costantemente, a vista e attraverso un sistema di telecamere, persone e ambienti, con ovvia esclusione dei servizi igienici, ma non della sala esterna di tali servizi che

⁸⁶⁵ Cfr. M. BENVENUTI, Libertà personale, cit., p. 405.

⁸⁶⁶ Corte EDU, *Thiam*.

⁸⁶⁷ Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, p. 5; cfr. *infra*, cap. 2.

ospita i lavabi. All'aeroporto di Milano Malpensa la delegazione ha anche potuto constatare che in caso di necessità gli operatori di Polizia di turno all'interno dei locali possono attivare l'intervento urgente di una squadra di supporto attraverso un sistema di allarme che invia un segnale al personale in servizio negli altri Uffici di Polizia del "Polo frontiera".

Il Garante riporta inoltre come sia di fatto impedito o reso estremamente difficile allo straniero di ricevere visite dall'esterno e di avere contatti anche telefonici con l'esterno. Le due cittadine dichiarano infatti che la polizia di frontiera sequestra i cellulari agli stranieri trattenuti insieme ai loro effetti personali, situazione confermata anche dalla descrizione delle vicende nel caso *Thiam*. Nel locale di trattenimento è a disposizione un telefono a gettoni, da usare a spese dello straniero⁸⁶⁸. Sia H. che S. hanno raccontato che la polizia di frontiera ha solo concesso loro di scrivere su carta i numeri utili prima del sequestro del telefono personale.

I locali sono chiusi alle visite dall'esterno, potendovi entrare e permanere soltanto i passeggeri in attesa del respingimento e le persone di servizio (si veda concetto di area sterile). Il divieto di ingresso in tali zone è esteso anche ad eventuali legali o avvocati che lo straniero avrebbe diritto di contattare. Entrambe le cittadine H. ed S., ed il ricorrente nel caso *Thiam*, hanno descritto la radicale impossibilità di entrare in contatto con un legale e consultarlo, di ricevere visite dall'esterno di amici e/o parenti e persino di ricevere oggetti dall'esterno. Secondo quanto riferito dal Garante in sede di intervista, sarebbe in alcuni casi possibile incontrare i propri legali, ove lo straniero riesca a entrare in contatto telefonico col suo avvocato. Tale circostanza si riferisce in particolare all'aeroporto di Fiumicino, dove, in alcuni casi sono state concesse degli incontri tra lo straniero e il proprio avvocato in una stanza chiusa dell'aeroporto. Secondo quanto riportato, tuttavia, non pare questa una prassi strutturata presso tale frontiera aeroportuale, prevalendo in ogni caso la difficoltà di contattare e ricevere visite dall'esterno, anche dai propri legali, per lo straniero.

Proprio in merito alla questione dell'accesso delle associazioni e degli enti titolari di interessi diffusi, alle zone di transito, l'ASGI ha di recente presentato ricorso avverso la negazione della possibilità di fare ingresso in tali zone. Le vicende risalgono al 2019, anno in cui l'associazione ha richiesto alla Direzione centrale dell'immigrazione e della Polizia di frontiera la possibilità di accedere ai locali della zona di transito aeroportuale di Fiumicino, in particolar modo in quelli dove le persone in attesa di respingimento immediato sono trattenute. Per l'associazione, i locali in uso dalla Polizia di frontiera presso le zone di transito aeroportuali, nella fattispecie quelli di Roma Fiumicino, possono essere visitati dagli enti titolari di interessi diffusi, quale è ASGI, in quanto luoghi di privazione della libertà personale, rilevando, in tal senso, la funzione del luogo e non il suo *status* formale⁸⁶⁹.

La Direzione centrale ha rigettato l'istanza, avanzando la giustificazione che tali zone sarebbero sottoposte ad una normativa che impedisce l'accesso agli spazi ai soggetti non autorizzati. Secondo tale interpretazione, l'ingresso nei locali in questione sarebbe riservato al

⁸⁶⁸ La sig.ra H. ha riportato l'esistenza di una macchina per cambiare le banconote in gettoni, elemento che, se confermato, farebbe propendere per una intenzionalità di privare in tal modo lo straniero della possibilità di comunicare attraverso il suo telefono personale e dunque per un sistema organizzativo orientato a tal scopo.

⁸⁶⁹ Ministero dell'Interno, Regolamento Ministeriale recante criteri per l'organizzazione dei centri di identificazione e espulsione previsti dall'art. 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni, in particolare l'art.5 e 6 co. 4(e).

solo personale aeroportuale e alla polizia di frontiera, non avendo inoltre questi una finalità detentiva *ex lege*. L'ASGI ha, in risposta, sottolineato come i frequenti trattenimenti *de facto* cui i cittadini stranieri sono soggetti in attesa di respingimento immediato, rendono tali zone degli spazi di privazione della libertà personale, ai quali dunque si applica la rilevante normativa in merito al diritto di accesso delle associazioni e della società civile.

Nel 2021 l'ASGI ha così presentato domanda cautelare avverso tale decisione, a sua volta rigettata dal TAR Lazio per mancanza del *fumus boni juris*. Avallando le tesi del Ministero dell'Interno, il Tribunale amministrativo ha sostenuto che l'area di transito dell'aeroporto di Fiumicino si troverebbe in un'area sterile. Per tale motivo, l'accesso sarebbe consentito a soggetti qualificati di volta in volta specificamente autorizzati, quali operatori aeroportuali e addetti al lavoro muniti di documento aeroportuale, forze di polizia e passeggeri provvisti di carta d'imbarco. Inoltre, secondo le argomentazioni del TAR, la normativa vigente permetterebbe in ogni caso l'accesso a e la visita nelle aree di transito da parte di Autorità e soggetti pubblici, al fine di verificare le condizioni dei locali destinati al soggiorno temporaneo dei cittadini interessati dal respingimento alla frontiera⁸⁷⁰. Le vicende sono giunte al Consiglio di Stato, che ha invece riformato l'ordinanza del TAR Lazio e accolto le doglianze dell'associazione, riconoscendo profili di fondatezza delle argomentazioni e della questione sollevata, specialmente in relazione alla natura giuridica delle zone di transito e al carattere detentivo del trattenimento presso di esse. Invero, secondo il Consiglio di Stato «il profilo del rispetto della normativa in materia di sicurezza aeroportuale di rilievo sovranazionale, allegato come ostativo dal T.A.R., non appare in realtà decisivo, perché consequenziale alla pedepedeutica verifica della sussistenza o meno di un titolo all'accesso in tali aree»⁸⁷¹.

Quanto agli effetti personali dello straniero, oltre al telefono, le autorità sequestrano anche il passaporto insieme al suo bagaglio, dando la possibilità di prelevare oggetti personali all'occasione⁸⁷².

La permanenza può variare da alcune ore fino a giorni. Secondo il già citato Rapporto del Garante, nel 2018, 333 persone non ammesse a fare ingresso nel territorio italiano sono rimaste nell'area di transito all'interno delle sale d'attesa in uso alla Polizia di frontiera dello scalo di Malpensa per un periodo pari o superiore a tre giornate. Di queste 333, nello specifico: - 204 persone: 3 giorni di permanenza, - 98 persone: 4 giorni di permanenza, - 8 persone: 5 giorni di permanenza, - 17 persone: 6 giorni di permanenza, - 3 persone: 7 giorni di permanenza, - 3 persone: 8 giorni di permanenza. Similmente, presso lo scalo aereo di Fiumicino, il numero di persone trattenute per un periodo pari o superiore a tre giorni è pari a 260, di cui 157 persone: 3 giorni di permanenza- 80 persone: 4 giorni di permanenza - 7 persone: 5 giorni di permanenza - 8 persone: 6 giorni di permanenza- 8 persone: 7 giorni di permanenza⁸⁷³.

Per quanto riguarda le due donne intervistate, H. è rimasta nei locali della zona di transito per cinque giorni, mentre S. per 27 ore. S. racconta di aver proposto alla polizia di

⁸⁷⁰ Cfr. para 8 di questo capitolo; si veda TAR Lazio, ordinanza n. 06256 dell'08 novembre 2021.

⁸⁷¹ Consiglio di Stato, ordinanza 09837 del 14 gennaio 2021.

⁸⁷² Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, cit., p. 2; Corte EDU, *Thiam*, paras 30-31, dove vengono descritte le condizioni del trattenimento; ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà personale dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, 2019, p. 1.

⁸⁷³ Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, cit., p. 4

frontiera di poter permanere presso un albergo accanto all'aeroporto, proposta che le autorità hanno rifiutato. Allo stesso modo, S. proponeva anche di prenotare a sue spese un volo per Tirana immediatamente disponibile, istanza egualmente rigettata, siccome tale volo apparteneva ad un vettore diverso da quello che aveva condotto S. in Italia e dunque responsabile della sua presa in carico. Nel caso Thiam, la permanenza è durata 5 giorni⁸⁷⁴

Quanto alla prospettiva e alle posizioni delle autorità, nella sua risposta al Garante, il Ministero dell'Interno sottolinea ripetutamente gli elementi dell'immediatezza del respingimento e dell'obbligo di impedire allo straniero *sine titulo* l'ingresso sul territorio nazionale. In particolare, il Ministero riconosce che vi possono essere difficoltà nell'individuare un volo aereo di immediata disponibilità per alcune destinazioni, e ciò può in effetti comportare che la permanenza si prolunghi in maniera eccessiva. Tuttavia, il Ministero ammette che «l'argomento in trattazione certamente necessita di ulteriori riflessioni e si esprime apprezzamento per le azioni che il Garante vorrà adottare presso gli organi parlamentari»⁸⁷⁵.

Risulta in tutta evidenza che il trattenimento così disposto si pone in contrasto con l'art. 13 Cost. e anche con la legislazione in materia di trattenimento dello straniero. Da un lato, si ribadisce come esso sia una misura *de facto* ed *extra legem*, priva dunque di una base legale e della necessaria convalida giurisdizionale. Dall'altro, la totale privazione del contatto col mondo esterno si pone in contrasto anche con le norme del TUI che disciplinano le condizioni del trattenimento dello straniero nei CPR, rendendo dunque difficile l'attivazione di misure a tutela della libertà personale dello straniero.

L'art. 13, co. 4-bis, TUI prevede la possibilità di trattenere lo straniero il cui respingimento non possa essere effettuato con immediatezza presso i CPR. La norma, come esposto, permette al questore di disporre il trattenimento in presenza di situazioni provvisorie che ostacolano l'allontanamento. Tra di esse può ben figurare l'indisponibilità del vettore, come sostenuto in dottrina⁸⁷⁶, potendo rappresentare una ipotesi di riconduzione della fattispecie all'interno di una cornice legislativa già esistente.

È poi opportuno segnalare che il TUI così come modificato dal decreto Salvini, permette il trattenimento dello straniero presso "locali idonei" presso l'ufficio di frontiera interessato, nel caso di indisponibilità di posti presso i CPR. Più precisamente, ai sensi del novellato art. 13, co. 5-bis, TUI, in caso di carenza di posti presso i CPR, il Giudice di Pace, su richiesta del Questore, può disporre il trattenimento dello straniero dapprima presso "strutture idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza". Ove l'indisponibilità permanga anche oltre l'udienza di convalida, il Giudice ha poi la facoltà di decidere il trattenimento presso i suddetti "locali idonei" presso l'ufficio di frontiera. L'istituto, per quanto problematico, rappresenta di fatto l'unica ipotesi di trattenimento in frontiera prevista dalla legge, e necessita della convalida giurisdizionale. Tuttavia, ai sensi delle rilevanti disposizioni del TUI, tale istituto si applica solo a coloro sottoposti a espulsione o a respingimento differito.

⁸⁷⁴ *Thiam*, para 30; v. anche Corte di Appello di Milano, sent. n. 1292/2018.

⁸⁷⁵ Ministero dell'Interno, Trasmissione del rapporto, cit., p. 3.

⁸⁷⁶ R. CHERCHI, *Respingimento, espulsione*, cit., p. 265.

In questo senso, il trattenimento nelle more del respingimento immediato si configura sempre come espressione di un potere non attribuito dal legislatore alla pubblica amministrazione⁸⁷⁷.

Una parte della dottrina ritiene invece necessario confutare l'istituto nella sua interezza a partire dalla questione della finzione di non ingresso sulla quale esso si basa: «in punto di diritto, infatti, l'ingresso a qualunque titolo (o anche *sine titulo*) dello straniero nel territorio dello Stato comporta l'applicazione della disciplina non del respingimento tout court, ma, al più, del respingimento con accompagnamento alla frontiera»⁸⁷⁸. Secondo tale prospettiva, andrebbe sempre applicato il respingimento differito e dunque il co. 2 dell'art. 10 TUI, soprattutto in quei casi in cui il respingimento non è eseguibile immediatamente. In buona sostanza, ove il vettore non fosse realmente disponibile con immediatezza, diverrebbe applicabile il co. 2 dell'art. 10 in ragione del differimento temporale nell'esecuzione del respingimento e dell'inesistenza giuridica della finzione di non ingresso nell'ordinamento italiano.

Infine, altra ipotesi consisterebbe nella previsione di una disciplina specifica delle procedure in frontiera (ingresso, respingimento immediato e richiesta di asilo) sulla base del modello francese, che ha istituito i c.d. tribunali aeroportuali (si veda infra). Nel caso della Francia, il trattenimento alla frontiera aeroportuale (ma anche portuale o ferroviaria) equivale ad una limitazione della libertà personale, peraltro l'unica forma di limitazione che l'ordinamento francese autorizza senza l'intervento dell'autorità giudiziaria nella prima fase. Durante il trattenimento (*réretention*) presso le ZAPI (*zones d'atteinte pour les personnes en instances*), lo straniero ha diritto a ricevere visite, accedere ad un servizio di ristorazione, mantenere con sé il proprio cellulare e fare e ricevere telefonate. L'unica azione vietata ai "trattenuti" è quella di entrare sul territorio francese⁸⁷⁹.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che il caso francese si basa proprio sulla finzione giuridica di extraterritorialità delle zone di attesa, che giustifica l'istituzione di un regime giuridico parallelo per lo straniero in frontiera.

7.3.1. Le condizioni materiali del trattenimento

Il Report del Garante del 2019 descrive le condizioni materiali di entrambi gli scali di Malpensa e Fiumicino. Secondo quanto riportato, la configurazione dei due spazi dedicati alla permanenza delle persone respinte ha una struttura simile. Come descritto dalle due cittadine H. ed S. in sede di intervista, la zona si compone di un ampio *open space* su cui affacciano, o sono collegati tramite corridoio, altri locali di dimensioni inferiori adibiti a dormitorio e servizi igienici. Nel Rapporto viene anche segnalata l'esistenza, presso lo scalo aereo di Fiumicino, di stanze chiuse dedicate ad ospitare soggetti pericolosi⁸⁸⁰. In entrambi i casi il Garante osserva

⁸⁷⁷ A. AMMIRATI ET AL., *op. cit.*, p. 94.

⁸⁷⁸ M. BENVENUTI, *Libertà personale*, cit., p. 405

⁸⁷⁹ Cfr. C. Boitiaux, *Aéroport Charles de Gaulles: dans la zone des étrangers non-admis en France*, infomigrants, 06 novembre 2018.

⁸⁸⁰ Secondo quanto riportato al Garante, la citata stanza ben chiusa cui si accede direttamente dall'*open space* è utilizzata quando vi è necessità di ospitare soggetti pericolosi o turbolenti. È dotata di una parete a vetro che consente una visione completa dell'ambiente da parte di chi si trovi all'esterno ed è priva di un bagno interno.

come gli ambienti non dispongono di luce e aria naturale poiché privi di finestre, né dispongono di un'area esterna utilizzabile dagli ospiti; le stanze sono attrezzate con brandine da campo; i pasti sono a carico delle compagnie aeree interessate, che forniscono anche coperte e nel caso di Milano Malpensa pure cuscini. In nessuno dei due scali vengono forniti kit personali per l'igiene, né viene concessa l'introduzione di oggetti provenienti dall'esterno. Entrambe le cittadine straniere H. ed S. raccontano infatti di aver chiesto alla polizia di frontiera la possibilità di ottenere vestiti, asciugamani o altri oggetti per la pulizia personale attraverso parenti o amici che si trovavano all'esterno dell'aeroporto, richiesta che le autorità hanno rifiutato⁸⁸¹.

A Milano Malpensa, secondo quanto riportato dal Garante, il locale dedicato alla permanenza delle persone respinte, denominato "Imola 21", copre un'ampia superficie composta da un corpo centrale su cui sono posizionati alcuni tavoli e sedie, una stanza adibita a dormitorio maschile, un'altra a dormitorio femminile, una saletta fumatori e i bagni muniti di doccia. Tuttavia, né S. né H. ricordano della presenza di docce né di una divisione per sesso dei locali. Il Garante descrive inoltre che il sistema di areazione, al momento della visita, pareva insufficiente ad assicurare un adeguato ricambio di aria. Similmente, il sistema di illuminazione artificiale risultava inadeguato ad illuminare l'intera superficie, ed in particolare il corpo centrale⁸⁸².

Nella sua risposta, il Ministero dell'Interno, pur riconoscendo la necessità di un adeguamento delle condizioni materiali della permanenza agli standard internazionali, sostiene che la competenza per tale questione risulta in capo al Gestore aeroportuale, che, ai sensi dell'art. 705 del Codice della Navigazione, avrebbe il compito di gestire le strutture aeroportuali, e dunque di adeguarle a permanenze più lunghe. Le descrizioni dei locali riportate dal Ministero non si discostano sensibilmente da quelle del Garante. Secondo il Ministero, i locali della zona di transito di Malpensa sarebbero adatti ad ospitare 21 persone. La sala comune si estende su 147 mq, mentre vi sarebbero due spazi adibiti a dormitorio, per uomini e per donne, rispettivamente della dimensione di 25 mq e 20 mq. In ogni caso, data la scarsa areazione e illuminazione, insieme all'impossibilità di permanere all'aria aperta e l'assenza di kit e materiale per l'igiene personale, il Garante, rifacendosi anche alle conclusioni del CPT, ritiene che le condizioni materiali del trattenimento presso i due scali aeroportuali appaiono inadatte alla permanenza di persone per un periodo di tempo superiore a 24 ore, sia sotto il profilo della configurazione degli spazi, che delle loro modalità di utilizzo e degli arredi⁸⁸³.

Secondo quanto riportato dal Ministero, sarebbero in atto diversi interventi di miglioramento delle condizioni materiali dei due scali aeroportuali, con particolare riferimento alla dotazione di effetti lettereschi, alla sostituzione dei letti in uso con altri più confortevoli e all'installazione di fonti di intrattenimento come TV e tablet e di un wi-fi⁸⁸⁴.

Malgrado al momento della visita fosse vuota, il Garante non può esimersi dall'esprimere preoccupazione per la presenza di un tale ambiente che in caso di utilizzo è destinato ad amplificare notevolmente la costrizione intrinsecamente esercitata nei confronti di persone di cui la legge – si ribadisce ancora una volta – limita esclusivamente la libertà di circolazione; v. Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, p. 11.

⁸⁸¹ *Ivi*, p. 8; Garante nazionale, *Relazione al Parlamento*, 2019, p. 81; ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa*, cit., pp. 3 ss.

⁸⁸² Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, p. 8.

⁸⁸³ *Ivi*, p. 9.

⁸⁸⁴ Inoltre, sarebbe in atto l'installazione di una cabina fumatori da 4 persone e di un ulteriore distributore automatico di cibo e bevande.

7.3.2. I rilievi del CPT sui locali dell'aeroporto di Fiumicino

Il Comitato europeo per la prevenzione della tortura ha effettuato una visita, svolta tra il 7 e il 13 giugno 2017, in tutti i luoghi di privazione della libertà personale degli stranieri in Italia⁸⁸⁵. In tale occasione, il CPT ha visitato gli hotspot, i CPR (ora CPT), e, infine, la zona di transito aeroportuale dell'aeroporto di Fiumicino. All'epoca della visita, i locali adibiti al "mantenimento" degli stranieri erano disposti su due livelli, ovvero, un locale in corrispondenza degli arrivi e un secondo spazio nella zona di transito. Entrambi i luoghi sono di competenza della polizia di frontiera aerea italiana. Nei giorni della visita, vi erano trattenuti 11 stranieri.

Secondo quanto riferito alla delegazione dalla polizia di frontiera, mediamente la permanenza si protrae per due giorni, anche se talvolta questa può estendersi a tre giorni o ancora a cinque giorni. In un solo caso, almeno nel periodo che va dal 1° maggio al 7 giugno 2017, essa ha raggiunto gli otto giorni. In ogni caso, la durata della permanenza è legata alla disponibilità immediata o meno di voli di ritorno nel paese di origine o di provenienza dello straniero.

Riguardo alle condizioni del trattenimento, il CPT rilevava che i locali in questione erano forniti di sedie e panchine e di servizi sanitari adiacenti, in condizioni materiali giudicate accettabili. Tuttavia, le stanze non disponevano di letti ma di brandine e *chaise longue*. Inoltre, il CPT rileva come fossero presenti delle macchine automatiche per snack e bevande utilizzabili solo a spese della persona. Inoltre, i locali non disponevano di materiali utili ad attività o intrattenimento.

Il CPT osservava criticamente come non vi fosse alcuna possibilità per i trattenuti di svolgere attività all'aria aperta, situazione aggravata dal fatto che i locali sono illuminati esclusivamente con luce artificiale, in assenza di finestre o di sfoghi sull'esterno. In tal senso, il CPT osserva che date le condizioni descritte, i locali possono considerarsi adatti ad una permanenza di poche ore, e certamente non di giorni. Per tale motivo, esso formulava la raccomandazione per le autorità di trasferire la persona presso un centro più adeguato quando la permanenza nei locali dell'aeroporto superi le 24 ore.

Altro rilievo critico del CPT è relativo al vitto fornito agli stranieri. All'epoca della visita, infatti, diverse persone lamentavano il fatto di non aver ricevuto alcun pasto nonostante si trovassero trattenuti già da 20 o addirittura 40 ore. Le autorità giustificavano tale circostanza sulla base del fatto che i pasti erano competenza delle compagnie aeree responsabili del trasporto dei passeggeri, e dunque la responsabilità di tale aspetto del trattenimento non ricadeva sulle autorità. Il CPT suggeriva così alle autorità di prevedere iniziative adeguate a risolvere tale questione. In particolare, i pasti devono essere forniti almeno tre volte al giorno, registrate su un apposito registro, a tutti gli stranieri presenti nei locali in questione.

In buona sostanza, i rilievi del CPT confermano quelli esposti dal Garante riguardo alcuni punti insoddisfacenti delle condizioni materiali del trattenimento. Sebbene il CPT abbia

⁸⁸⁵ CPT, *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 7 to 13 June 2017*, Strasburgo, 10 aprile 2018. Per un inquadramento del lavoro del CPT e del suo *modus operandi*, si veda il capitolo I di questo lavoro.

visitato solo la zona di transito dell'aeroporto di Fiumicino, la continuità tra le questioni che affliggono le zone di transito dei due aeroporti di Fiumicino e Malpensa parrebbe segnalare l'esistenza di problemi strutturali nella gestione delle due zone e delle procedure relative agli stranieri che vi si trovano trattenuti, sia in termini giuridici (riguardo la base legale del trattenimento e la sua regolamentazione) che in termini di condizioni materiali della permanenza.

Nella sua risposta ai rilievi del CPT⁸⁸⁶, il governo italiano accoglie le osservazioni del CPT e si impegna a migliorare le condizioni dei locali della zona di transito. In particolare, sarebbe previsto il completamento di alcuni lavori di ristrutturazione degli spazi in questione, in seguito ai quali i metri quadri a disposizione sarebbero raddoppiati. Inoltre, l'arredamento di tali locali dovrebbe essere completamente rinnovato. Infine, quanto ai pasti, il governo assicura che la loro fornitura sarà migliorata attraverso specifici accordi con le compagnie aeree competenti o con l'ente gestore dell'aeroporto.

8. L'accesso all'assistenza e all'accoglienza dei richiedenti asilo e degli stranieri respinti presso i valichi di frontiera aeroportuali

8.1. La domanda di protezione internazionale presso i valichi di frontiera

Il necessario corollario del diritto di ingresso e permanenza sul territorio ai sensi dell'art. 10, co. 3, Cost. risiede nella effettiva possibilità per lo straniero di presentare istanza di protezione internazionale, nel nostro caso presso i valichi di frontiera aeroportuali. Si è discusso della questione nei capitoli precedenti, e in particolare, si è esposto come il diritto dell'Unione tuteli questa fase iniziale del procedimento prevedendo l'obbligo delle autorità di ricevere le istanze senza pretendere particolari formalità e distinguendo il momento della presentazione da quello, successivo, della formalizzazione. Si rammenta che ai sensi delle rilevanti norme del diritto UE uno straniero assume lo *status* di richiedente protezione internazionale dal momento della manifestazione della volontà di richiedere tale protezione, senza che gli sia imposta alcuna incombenza materiale o procedurale. Inoltre, il manuale pratico per le guardie di frontiera declina l'obbligo delle autorità di registrare la richiesta di protezione in modo ampio, prevedendo che esse sono tenute a rispettare tale obbligo quando lo straniero esprima «in un qualsiasi modo il timore di subire un grave danno facendo ritorno al proprio Paese di origine o nel Paese in cui aveva precedentemente la dimora abituale»⁸⁸⁷.

Il primo elemento a venire in rilievo nella nostra analisi è, innanzitutto, la previsione ex art. 26 del dlgs 25/2008 (attuazione della direttiva 2005/85/CE sulle procedure)⁸⁸⁸, ai sensi della quale «la domanda di asilo è presentata all'ufficio di polizia di frontiera ovvero alla questura competente per il luogo di dimora. Nel caso di presentazione della domanda all'ufficio di frontiera è disposto l'invio del richiedente presso la questura competente per territorio [...]».

⁸⁸⁶ CPT, *Response of the Italian Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Italy from 7 to 13 June 2017*, CPT/Inf (2018) 14, Strasburgo, 10 aprile 2018.

⁸⁸⁷ Manuale pratico per le guardie di frontiera, para 10, pp. 54 ss.

⁸⁸⁸ Decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, GU n.40 del 16 febbraio 2008 (d.lgs 25/2008).

Come già esaminato, la presentazione della domanda è scevra da ogni tipo di formalità e può avvenire in forma scritta, orale o anche attraverso altri fatti o elementi che conducono a ritenere la volontà della persona di presentare domanda, sicché lo straniero, nel momento in cui manifesterà la volontà, assumerà automaticamente lo *status* di richiedente asilo e ad egli si applicheranno le rilevanti disposizioni del diritto interno, europeo ed internazionale in materia. Così è stabilito all'art. 2, lettera a), d.lgs. 142/2015, che definisce richiedente protezione internazionale "lo straniero che ha presentato domanda di protezione internazionale su cui non è stata ancora adottata una decisione definitiva ovvero ha manifestato la volontà di chiedere tale protezione"⁸⁸⁹. È bene chiarire che gli uffici della polizia di frontiera e le questure non sono le autorità competenti all'esame della domanda, ma il loro ruolo si limita esclusivamente alla trasmissione agli enti competenti, che sono le Commissioni Territoriali.

Inoltre, l'art. 6, d.lgs. 25/2008 dispone che «la domanda di protezione internazionale è presentata personalmente dal richiedente presso l'ufficio di polizia di frontiera all'atto dell'ingresso sul territorio nazionale [...]». La rilevanza della disposizione, in quanto atta a configurare un diritto per lo straniero di presentare la sua domanda alla polizia di frontiera, e un relativo obbligo di quest'ultima di ricevere e trasmettere l'istanza agli enti competenti (le Commissioni Territoriali) è stata l'oggetto di una pronuncia dalla Corte di Cassazione, relativa ad un caso, avvenuto alla frontiera aerea di Fiumicino, in cui le autorità si erano rifiutate di ricevere l'istanza dello straniero clandestinamente entrato in Italia in sede di svolgimento dei controlli in frontiera. Con la sentenza 26253 del 15 dicembre 2009, la Suprema Corte ha affermato che lo straniero giunto clandestinamente in Italia e trattenuto presso l'aeroporto di arrivo per accertamenti all'ingresso, ha il diritto di presentare contestuale istanza di protezione internazionale e di permanere nello Stato sino alla definizione della procedura avente ad oggetto la verifica delle condizioni per beneficiare dello status di rifugiato, ovvero della protezione umanitaria (all'epoca in vigore).

La Corte così affermava l'esistenza un diritto soggettivo dello straniero, «[...] di presentare la istanza di riconoscimento dello status di rifugiato e di permanere nello Stato stesso [...] sino alla definizione della procedura avente ad oggetto la verifica della sussistenza delle condizioni per beneficiare dello status ovvero ad ottenere la verifica delle testé indicate condizioni di protezione». La Corte prosegue affermando che la Polizia di Frontiera che avesse controllato il clandestino all'ingresso nello Stato è tenuta a «trasmettere immediatamente alla Questura, in via informatica, la domanda di protezione che costui avesse dichiarato di voler presentare, e che la Questura dovesse assicurare sia l'inoltro della domanda alla Commissione competente sia la permanenza del richiedente».

Gli obblighi delle autorità si estendono oltre la mera attività di inoltro della istanza. Infatti, «la assenza di alcuna formalità nella proposizione della istanza e di alcun obbligo della allegazione di documentazione a sostegno (chiare essendo le previsioni del d.P.R. 303 del 2004 e dei vigenti decreti 251 del 2007 e 25/159 del 2008), determinano nell'Autorità esaminante

⁸⁸⁹ Decreto Legislativo 18 agosto 2015, n. 142, Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, GU n.214 del 15 settembre 2015 (d.lgs 142/2015).

l'obbligo di svolgere un ruolo attivo nella istruzione della domanda e questa Corte a Sezioni Unite ha avuto occasione di affermare che tale obbligo di *cooperazione istruttoria* [...]».

La Corte afferma dunque l'obbligo dell'amministrazione di ricevere e inoltrare la domanda al Questore per le determinazioni di competenza, astenendosi da alcuna forma di respingimento dello straniero e dall'adozione di misure di allontanamento di alcun tipo che impediscano il corso e la definizione della domanda presso le Commissioni designate⁸⁹⁰.

La conseguenza della presentazione della domanda alla polizia di frontiera è quella del diritto del richiedente di permanere sul territorio sino ad una decisione in merito e, se del caso, fino alla decisione delle sezioni specializzate in sede di impugnazione, come disposto dall'art. 7, d.lgs. 25/2008. In proposito, l'art. 35 bis, co. 3, attribuisce al richiedente il diritto di rimanere sul territorio sino alla decisione definitiva del giudice ordinario, in caso di impugnazione del rigetto della domanda di protezione internazionale.

Inoltre, al richiedente si applicheranno immediatamente una serie di prerogative. In particolare, ai sensi dall'art. 10, co. 1, d.lgs. 25/2008, all'atto della presentazione della domanda l'ufficio di polizia competente a riceverla informa il richiedente della procedura da seguire, dei suoi diritti e doveri durante il procedimento e dei tempi e mezzi a sua disposizione per corredare la domanda degli elementi utili all'esame. Inoltre, a tal fine la polizia consegna al richiedente un opuscolo informativo. Il co. 3 prevede che il richiedente ha il diritto di contattare l'UNHCR o altro ente o persona di sua fiducia competente in materia di asilo in qualunque fase della procedura, e dunque anche in frontiera all'atto di manifestazione della volontà⁸⁹¹. A complemento di ciò, l'art. 10 bis del d.lgs. 25/2008 prevede che le informazioni appena menzionate (di cui all'art. 10, co. 1) sono fornite allo straniero che manifesta la volontà di chiedere protezione internazionale ai valichi di frontiera e nelle relative zone di transito nell'ambito dei servizi di accoglienza previsti dall'art. 11, co. 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286. È inoltre assicurato l'accesso ai valichi di frontiera dei rappresentanti dell'UNHCR e degli enti di tutela dei titolari di protezione internazionale con esperienza consolidata nel settore. L'accesso può essere limitato, ma non impedito completamente, per motivi di sicurezza, ordine pubblico o comunque per ragioni connesse alla gestione amministrativa⁸⁹².

8.2. I servizi di assistenza e di accoglienza presso i valichi di frontiera in Italia

Si è spiegato che ai sensi dell'art. 2, co. 1, TUI, lo straniero gode anche alla frontiera dei diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme internazionali e nazionali in materia. Ciò implica che anche ai valichi di frontiera e anche nei casi in cui lo straniero non sia stato ammesso sul territorio e oggetto di un provvedimento di respingimento alla frontiera, egli ha diritto ad una forma di assistenza, seppur minima⁸⁹³. In favore dell'attribuzione di tale soglia

⁸⁹⁰ Cfr. 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 F. CURI, *op.cit.*, pp. 88-89.

⁸⁹¹ Cfr. G. SAVIO, *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo*, cit., p. 54.

⁸⁹² Cfr. in questo senso, la disciplina del diritto UE riguardo l'accesso degli enti e delle associazioni alle zone di transito e di frontiera. v. *infra*, cap. 3.

⁸⁹³ Cfr. così sostiene P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 274.

“minima” di diritti parrebbe propendere la stessa struttura del TUI. Al suo art. 35, co. 3, questo infatti garantisce agli stranieri presenti sul territorio e non in regola con le norme relative all’ingresso e al soggiorno, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva (in particolare relativamente ai casi di tutela della gravidanza e maternità, vaccinazioni nell’ambito di profilassi preventiva delle Regioni; interventi di profilassi internazionale e di profilassi, diagnosi e cura della malattie infettive e bonifica di eventuali focolai). Tali garanzie impongono dunque l’impossibilità per le autorità statali di eseguire con immediatezza il respingimento, configurando i presupposti per l’applicazione dell’art. 14, co. 1, TUI, ovvero costituendo quelle “situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l’effettuazione dell’allontanamento e necessità di prestare soccorso allo straniero”, alle quali consegue l’emanazione da parte del Questore del provvedimento di trattenimento dello straniero sottoposto a respingimento presso i centri di permanenza temporanea e assistenza.

Quanto allo straniero oggetto di provvedimento di respingimento immediato, lo stesso art. 10, co. 1, TUI dispone che «per lo straniero respinto è prevista l’assistenza necessaria presso i valichi di frontiera». La norma non specifica il contenuto minimo dell’assistenza né chiariscono se essa sia meramente “materiale” o consista in un’assistenza di tipo legale-amministrativo (come, ad esempio, il fornire allo straniero una informativa circa la loro situazione giuridica). Delle indicazioni possono essere ricavate da una lettura congiunta della norma con le rilevanti disposizioni del CFS e della Direttiva Rimpatri. In particolare l’art. 14(3) CFS (rifiuto di ingresso) dispone che «al cittadino di paese terzo sono altresì consegnate indicazioni scritte riguardanti punti di contatto in grado di fornire informazioni su rappresentanti competenti ad agire per conto del cittadino di paese terzo a norma della legislazione nazionale», mentre l’art. 16 della Direttiva Rimpatri (che si applica anche ai casi frontalieri ex art. 2(2) della Direttiva), prevede al suo paragrafo 4 che “i pertinenti e competenti organismi ed organizzazioni nazionali, internazionali e non governativi hanno la possibilità di accedere ai centri di permanenza temporanea di cui al paragrafo 1, nella misura in cui essi sono utilizzati per trattenere cittadini di paesi terzi in conformità del presente capo. Tali visite possono essere soggette ad autorizzazione”. Inoltre, la disposizione, al suo paragrafo 5, prevede che i cittadini di paesi terzi trattenuti sono sistematicamente informati sulle norme vigenti nel centro e sui loro diritti e obblighi, compreso il loro diritto di mettersi in contatto con gli organismi e le organizzazioni di cui al paragrafo precedente. In ogni caso, l’assistenza minima implica almeno la fornitura alimentare e igienica dello straniero respinto e che si trovi momentaneamente presso i valichi di frontiera⁸⁹⁴.

Il TUI istituisce poi misure di accoglienza e assistenza specifiche per i richiedenti protezione internazionale, in conformità con le relative disposizioni del diritto nazionale ed dell’UE citate nel paragrafo precedente. Queste sono tanto più rilevanti alla luce della questione dell’accesso materiale alla possibilità di presentare domanda di protezione internazionale presso i valichi di frontiera aeroportuali. Al suo art. 11, co. 6, rubricato “servizi di accoglienza

⁸⁹⁴ *Ibidem*, la norma fa riferimento ai centri di permanenza temporanea e non ai valichi di frontiera, siccome la direttiva prevede che i casi frontalieri ex art. 2(2) siano ivi trattenuti.

presso i valichi di frontiera”, il TUI dispone che “presso i valichi di frontiera sono previsti servizi di accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza agli stranieri che intendano presentare domanda di asilo o fare ingresso in Italia per un soggiorno di durata superiore a tre mesi. Tali servizi sono messi a disposizione, ove possibile, all'interno della zona di transito”. La disciplina di tali servizi è integrata dalle disposizioni regolamentari nonché dal Decreto del Ministero dell'Interno del 22 dicembre 2000.

Nella fattispecie, il Regolamento di attuazione del TUI dettaglia la disciplina di tali servizi al suo art. 24, disponendo così che «1. I servizi di accoglienza previsti dall'art. 11, co. 6, del testo unico sono istituiti presso i valichi di frontiera nel quale è stato registrato negli ultimi tre anni il maggior numero di richieste di asilo o di ingressi sul territorio nazionale, nell'ambito delle risorse finanziarie definite con il documento programmatico di cui all'art. 3 del testo unico e dalla legge di bilancio; 2. Le 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 e di informazione, anche mediante sistemi automatizzati, sono definite con provvedimento del Ministro dell'interno, d'intesa con il Ministro per la solidarietà sociale; 3. Nei casi di urgente necessità, per i quali i servizi di accoglienza di cui al presente art. non sono sufficienti o non sono attivati è immediatamente interessato l'ente locale per l'eventuale accoglienza in uno dei centri istituiti a norma dell'art. 40 del testo unico».

A sua volta il Decreto del Ministero dell'Interno del 22 dicembre 2000⁸⁹⁵ integra ulteriormente l'attuazione della norma. Il suo art. 2 precisa la platea dei destinatari dei servizi di assistenza e di accoglienza ex art. 11, co. 6, TUI, che sono gli stranieri che intendano presentare domanda di asilo, quelli che entrano in Italia per motivi diversi dal turismo e comunque stranieri per i quali si rendano necessarie forme di assistenza in attesa della definizione degli accertamenti connessi al loro ingresso in Italia. Altra disposizione di estrema rilevanza ai fini del nostro lavoro, è l'art. 3, co. 2, che dispone il diritto per il delegato in Italia dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati e i suoi rappresentanti di accedere ai servizi di accoglienza e di prendere diretto contatto con gli stranieri richiedenti asilo.

Come sottolineato dalla dottrina, il decreto opera una distinzione tra servizi di informazione e servizi di accoglienza⁸⁹⁶. Esso dispone infatti all'art. 3, co. 3, che il servizio di informazione possa essere espletato o integrato attraverso sistemi automatizzati, autorizzati con Decreto del Ministero dell'Interno. Diversamente, i servizi di accoglienza, ai sensi dell'art. 4 del decreto, provvedono a fornire informazioni sulla legislazione vigente in materia di immigrazione e di asilo e sugli adempimenti di legge relativi alle procedure connesse al riconoscimento dello status di rifugiato, a garantire un supporto di interpretariato, ad assicurare, in caso di urgente necessità, interventi di prima assistenza. In casi eccezionali, qualora i suddetti servizi di prima assistenza non siano sufficienti o non siano stati attivati, la prefettura interessa l'ente locale competente per territorio per l'eventuale accoglienza presso uno dei centri istituiti a norma dell'art. 40 del testo unico.

Il decreto fornisce alcuni criteri sommari per l'individuazione e la localizzazione dei servizi accoglienza e assistenza, che, ai sensi del suo art. 1, sono istituiti con decreto del

⁸⁹⁵ Decreto del Ministero dell'Interno, 22 dicembre 2000, Modalità per l'espletamento dei servizi di accoglienza presso i valichi di frontiera. (GU n.63 del 16 marzo 2001).

⁸⁹⁶ Cfr. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 276. C. MORSELLI, *op. cit.*, pp. 303 ss.

Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 24 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394. Il Ministro può individuare ulteriori valichi ove disporre l'attivazione di nuovi servizi di accoglienza in relazione al modificarsi dei flussi migratori. Con analogo provvedimento il Ministro dell'interno può disporre la chiusura o la temporanea sospensione delle attività di quelli già esistenti.

Infine, circa i criteri per l'organizzazione la gestione e il finanziamento del servizio, l'art. 3 del decreto attribuisce ampie prerogative ai prefetti, che sono competenti per l'attivazione, il coordinamento e la gestione dei servizi. I prefetti possono decidere che la Prefettura provveda direttamente alla loro gestione, ovvero che questa sia appaltata a 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, Dipartimento affari sociali, ai sensi dell'art. 52 del decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394), o ancora, in via residuale, con enti che possano dimostrare una comprovata esperienza nel settore dell'immigrazione (art. 3 co. 1). Fisicamente, i locali e le strutture adibite e necessarie per l'attivazione dei servizi sono messi a disposizione dell'amministrazione demaniale, o dall'ente gestore (anche a titolo oneroso) o ancora dall'ente gestore dei servizi aeroportuali, portuali o degli scali territorialmente competente (art. 6). Lo stesso art. prevede che nelle more dei necessari adempimenti per gli atti relativi alla concessione, in caso di urgente necessità, il prefetto territorialmente competente dispone l'immediata acquisizione dei locali e delle aree necessarie. Infine, i locali e le aree attrezzate sono dati in uso al Ministero dell'interno che provvede agli oneri necessari connessi all'attivazione e alla gestione dei servizi di accoglienza (art. 6 co. 3).

8.3. I servizi di assistenza e accoglienza presso i valichi di frontiera aeroportuali

In considerazione di quanto spiegato sinora, questo paragrafo si occuperà di descrivere l'organizzazione dei servizi di assistenza e di accoglienza presso i valichi di frontiera aeroportuali. L'analisi si concentra sul valico di frontiera aeroportuale di Milano Malpensa e si basa sulle informazioni raccolte attraverso il report del Garante del 2019 e l'intervista alla dott.ssa Adamoli, quello del Comitato Europeo contro la tortura, nonché sulle testimonianze condivise dalle due cittadine straniere respinte al valico di frontiera aeroportuale di Malpensa e dal coordinatore dei servizi di accoglienza dell'aeroporto di Milano Malpensa, che ha concesso una intervista. L'UNHCR, che è stato intervistato riguardo i servizi di accoglienza, ha contribuito anche alle informazioni che di seguito si condividono.

8.3.1. I servizi di assistenza agli stranieri sottoposti a respingimento immediato

Preme evidenziare sin da subito che i servizi di assistenza "minima" offerti agli stranieri sottoposti a respingimento immediato sono estremamente ridotti e si limitano ad una assistenza meramente materiale, peraltro ai limiti con i requisiti minimi richiesti per le strutture detentive, questo in ragione soprattutto dell'ambiguo status dei locali utilizzati per la "permanenza" dello straniero in attesa di respingimento immediato. Il rapporto del Garante del 2019 evidenziava infatti come l'accesso alle informazioni circa la posizione giuridica degli stranieri respinti sia assente all'interno della zona di transito. Ciò è ulteriormente aggravato dall'impossibilità

materiale per questi soggetti di entrare in contatto col mondo esterno e dunque di avvalersi di informazioni provenienti da soggetti come assistenti legali o avvocati⁸⁹⁷.

Questa situazione è confermata dalle testimonianze rese dalle due cittadine straniere H. e S. di cui si è già parlato nei paragrafi precedenti. Entrambe hanno descritto come i locali dove si trovavano “trattenute” fossero del tutto sprovvisti di materiale informativo e di personale predisposto a fornire informazioni. L’unico tipo di informazione circa la loro situazione consisteva nelle, peraltro scarse, indicazioni menzionate nel modulo uniforme Schengen, ovvero nel provvedimento di respingimento immediato. Si è visto come questo modulo indica i motivi del respingimento in una lingua comprensibile allo straniero insieme ai mezzi di ricorso esperibili. Si segnala tuttavia che il modulo in questione reca ancora menzione della competenza del Tribunale amministrativo e non già di quello ordinario, che è stato invece ritenuto competente in merito ai respingimenti immediati. Il modulo non indica né i modi né eventuali soggetti che lo straniero può contattare ai fini della tutela giurisdizionale né al fine di ricevere informazioni in merito alla propria condizione. Quanto all’assistenza “materiale”, essa è limitata allo stretto necessario, ovvero ai pasti, coperte e cuscini per la permanenza, come descritto in precedenza.

In buona sostanza, dunque, l’accesso all’informazione è di fatto assente, non essendo nemmeno consegnato alcun materiale cartaceo a riguardo, come invece prevede l’art. 14 del CFS. Quanto alle condizioni materiali e all’assistenza “minima” disposta ai sensi dell’art. 10 TUI, essa è limitata allo stretto necessario e, alla luce della natura detentiva del trattenimento, sembra non conforme agli standard previsti per le strutture detentive ai sensi delle rilevanti norme internazionali (art. 5 CEDU) e degli *standard* elaborati dal Comitato europeo per la prevenzione della tortura e del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, specialmente nei casi in cui il trattenimento si prolunghi per diversi giorni⁸⁹⁸.

8.3.2. L’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale ai valichi di frontiera aeroportuali

Come spiegato, i servizi di accoglienza ai richiedenti asilo sono di fondamentale importanza per garantire che lo straniero abbia una effettiva possibilità di presentare istanza di protezione internazionale, e concorrono dunque a garantire una tutela effettiva del diritto di accesso al territorio e dell’obbligo di non respingimento ai sensi dell’art. 19 TUI. Tali servizi di accoglienza sono stati istituiti presso gli aeroporti di Milano Malpensa, Roma Fiumicino, Venezia, Bologna, Ancona e Bari attraverso convenzioni sottoscritte tra le competenti prefetture e soggetti allo scopo selezionati⁸⁹⁹. Tali servizi, come descritto dall’UNHCR durante l’intervista, sono poi oggetto di uno screening e un coordinamento annuale che avviene tra gli enti gestori e l’UNHCR riguardo il livello dei servizi e la loro efficacia. L’UNHCR, pur riconoscendo l’importanza della norma di cui all’art. 11, co. 6, TUI, sottolinea come un limite

⁸⁹⁷ Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, cit., pp. 6 ss; simili rilievi sono riportati da ASGI, *Il valico di frontiera aeroportuale di Malpensa. La privazione della libertà dei cittadini stranieri in attesa di respingimento immediato*, pp. 2 ss; e dalle descrizioni del trattenimento nel caso *Thiam*, paras 8; 30 ss e riconosciuto dalla decisione della Corte di Appello di Milano 1292/2018.

⁸⁹⁸ Cfr. capitolo II.

⁸⁹⁹ Cfr. ASGI, *Report Inlimine*, cit., p. 20.

fondamentale alla qualità e uniformità dei servizi offerti presso i valichi di frontiera (portuali, aeroportuali e ferroviari) risieda nella mancanza di un coordinamento centrale. La competenza di stipula delle convenzioni e la selezione degli enti gestori sono infatti responsabilità delle Prefetture e ciò di fatto comporta una sensibile differenziazione del tipo di servizi e della loro qualità.

In questa sede si esamineranno i servizi concretamente offerti al valico di frontiera aeroportuale di Malpensa attraverso l'analisi dei documenti messi a disposizione da ASGI e le informazioni condivise con la sottoscritta dal responsabile per i servizi di accoglienza dell'aeroporto di Malpensa.

Secondo la convenzione per la gestione dei servizi di accoglienza (per l'anno 2020, quelle successive non sono rinvenibili) i destinatari dei servizi sono i richiedenti asilo e i soggetti che hanno intenzione di fare ingresso in Italia per periodi superiori a tre mesi, mentre sono esclusi dai servizi i cittadini stranieri in attesa di respingimento. In realtà, nella pratica si è documentato come questi servizi siano indirizzati principalmente ai richiedenti asilo trasferiti in Italia in base al Regolamento Dublino⁹⁰⁰. Il responsabile dell'ente gestore descriveva in proposito l'esistenza una sorta di accordo tra l'ente e l'Unità Dublino, in vigore sino al periodo precedente alla pandemia da COVID-19, che prevedeva l'invio periodico da parte dell'Unità di una lista di richiedenti asilo trasferiti in Italia da altri Stati Membri (i c.d. "dublinati") il cui arrivo era previsto allo scalo aereo di Malpensa.

I servizi offerti secondo la convenzione sono: a) orientamento legale con particolare attenzione alla legislazione in materia di immigrazione ed asilo e alle procedure connesse; b) assistenza linguistico-interpretariale, anche a supporto delle autorità di pubblica sicurezza presenta ai valichi. Tale assistenza è offerta sia nella fase dell'accoglienza al fine di fornire informazioni e assistenza ai richiedenti asilo che nella fase di redazione degli atti di verbalizzazione concernenti la domanda di protezione internazionale; c) prima assistenza sociale e sostegno all'utilizzo dei servizi sul territorio, attraverso anche un elenco aggiornato delle strutture di accoglienza per soggetti vulnerabili; d) primi interventi di assistenza vittuaria e sanitaria; e) individuazione della struttura di accoglienza più idonea per i richiedenti asilo e i c.d. dublinati.

Quanto alle modalità di erogazione, i servizi, da convenzione e come confermato dal responsabile, sono aperti dal lunedì al venerdì dalle ore 12.00 alle ore 18.00. Il sabato e la domenica e nelle fasce orarie escluse è invece garantita la reperibilità di un operatore, il cui arrivo deve avvenire entro un'ora dalla chiamata. Il responsabile conferma che la reperibilità è da loro assicurata e sostiene che nessun richiedente asilo ha atteso più di qualche ora per essere ricevuto e assistito. Il personale impiegato è composto da assistenti sociali, interpreti e uno psicologo, specializzato in psichiatria. Il servizio consiste principalmente nella raccolta della manifestazione di volontà del richiedente e nel fornire le informazioni relative alla procedura di protezione internazionale. L'ente si occupa poi del trasferimento dei richiedenti protezione presso le strutture di accoglienza disponibili, e eventualmente dell'accompagnamento in Questura dove invece viene registrata la domanda di protezione internazionale.

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

Un aspetto importante è quello dell'individuazione dei soggetti vulnerabili. La convenzione prevede che lo psicologo/psichiatra prenda in carico la prima assistenza dei soggetti vulnerabili. Tuttavia, il responsabile sottolineava l'assenza di criteri circa l'individuazione delle eventuali vulnerabilità e dunque la difficoltà di provvedere a tale compito.

La convenzione prevede che i servizi siano situati presso il Terminal 1 dell'aeroporto, nella sala arrivi extraschengen. In realtà, come descritto dal responsabile, il servizio occupa una stanza che si trova fisicamente oltre il valico di frontiera, ovvero oltre il punto dove opera la polizia di frontiera. Nel suo Rapporto del 2019, il Garante evidenziava la problematicità della collocazione dei servizi di accoglienza, della loro riconoscibilità e dell'autonoma accessibilità da parte del cittadino straniero, che invece parrebbe accedervi solo su segnalazione delle autorità di frontiera successivamente alla manifestazione della volontà di chiedere protezione.

Invero, sia la dott.ssa Adamoli che i soci ASGI hanno confermato che il contatto con l'ente gestore è garantito con un citofono attraverso il quale qualunque passeggero può entrare in contatto con l'ente per ricevere informazioni. Secondo tali rilievi, targa posta accanto al campanello non è immediatamente visibile ed è solo in lingua italiana e inglese recando la scritta "U.T.G. Prefettura di Varese. Ufficio accoglienza informazione richiedenti asilo protezione internazionale. *Information/Support asylum seekers*"⁹⁰¹.

A tal proposito, il responsabile dell'ente gestore ha riportato che in origine era stata prevista la messa a disposizione di una seconda stanza che invece si trova accanto a quella dove la polizia di frontiera svolge le verifiche di seconda linea. Questo locale non è di fatto mai stato utilizzato (il responsabile racconta infatti che la stanza è chiusa a chiave e non è mai stata aperta). Ciò implica che la polizia di frontiera, come anche evidenziato dal Garante nel suo Rapporto del 2019, rimane l'unico soggetto che rileva e raccoglie le manifestazioni di volontà di presentare domanda di protezione internazionale, occupandosi anche di indirizzare i richiedenti protezione internazionale verso i servizi di accoglienza. Questa circostanza era stata descritta già dal Garante in occasione della sua visita del 2019 e anche dalla dott.ssa Adamoli durante l'intervista. In entrambe le occasioni, è stata espressa preoccupazione circa la possibilità che, operando in questo modo, la polizia di frontiera possa portare avanti una attività di "filtro" delle persone richiedenti protezione. Nel Rapporto del Garante si legge infatti che «la circostanza – riportata alla delegazione dall'operatrice della cooperativa in servizio il giorno della visita – in base alla quale la maggior parte delle persone che si presentano presso il loro ufficio sono indirizzate dalla Polizia di frontiera stessa - parrebbe confermare la carente riconoscibilità dello sportello da parte dei passeggeri che giungono in frontiera con l'intenzione di richiedere protezione internazionale. Deve inoltre essere evidenziato che di norma l'ente non accede nei locali di attesa se non per chiamata della Polizia»⁹⁰².

In buona sostanza, la sola presenza delle autorità di frontiera presso i valichi e dunque la discrezionalità attribuita alla polizia di frontiera nell'individuazione e nella raccolta delle manifestazioni di volontà di richiedere la protezione internazionale, potrebbe rappresentare un

⁹⁰¹ *Ivi*, cit., p. 22: Garante, *Rapporto valichi di frontiera*, cit. p. 10.

⁹⁰² *Ivi*, p. 11.

rischio per la concreta possibilità per gli stranieri di presentare istanza di protezione internazionale.

9. I rimedi giurisdizionali e l'accesso alla giustizia nelle zone di transito aeroportuali

9.1. La tutela giurisdizionale dello straniero alla frontiera

Allo straniero comunque presente sul territorio (regolare o irregolare, sul territorio o alla frontiera) il nostro ordinamento riconosce parità di trattamento con i cittadini circa la tutela dei suoi diritti soggettivi e interessi legittimi. È quanto afferma l'art. 2, co. 5 TUI, che dispone che «allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell'accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge».

La titolarità di tale diritto in parità di trattamento col cittadino è stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale anche allo straniero irregolare sul territorio, al quale la Corte ha anche attribuito, se espulso, un diritto di reingresso sul territorio al fine e per il tempo necessario ad assistere al dibattimento che lo riguarda nei casi in cui egli è coinvolto⁹⁰³. Nel caso delle zone di transito aeroportuali, le fattispecie oggetto di eventuale tutela giurisdizionale sono il respingimento immediato e i presupposti sui quali esso si basa e il trattenimento dello straniero in attesa dell'esecuzione del respingimento.

Come illustrato nei precedenti paragrafi, la tutela avverso i respingimenti, in assenza di una disciplina esplicita nel TUI, è di competenza del giudice ordinario, siccome «il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo»⁹⁰⁴. Parimenti del giudice ordinario deve anche essere la tutela avverso le modalità dell'esecuzione del respingimento, quando esso configuri una privazione della libertà personale dello straniero, data la sua sicura qualificazione di diritto soggettivo. Si è discusso di come il trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti sia una misura *de facto* e *extra ordinem*, poiché non avviene supportata da una base legale e nel quadro di una disciplina legislativa, né sulla base di un provvedimento, a differenza della misura, seppur

⁹⁰³ *Inter alia*, Corte Costituzionale, sentenza n. 109 del 23 aprile 1974. Il caso riguardava un cittadino straniero imputato di sfruttamento della prostituzione, non comparso in giudizio pur essendogli stata notificata la citazione, poiché era stato espulso dal territorio dello Stato per motivi di ordine pubblico, che ne precludevano anche il rientro senza una speciale autorizzazione. Il Tribunale di San Remo sollevava la questione di legittimità costituzionale di tale divieto di rientro (all'epoca sancito dagli artt. 150 e 151 del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza) in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. La Corte, pur dichiarando la questione infondata, afferma che «[i]l divieto di rientrare in Italia[...] non è assoluto; viene a cessare, infatti, allorquando intervenga l'autorizzazione della pubblica amministrazione, [...] È vero che l'autorizzazione è affidata alla discrezionalità dell'amministrazione, ma essa trova pur sempre un limite nel rispetto delle esigenze della giustizia, sicché non può essere negata allorquando l'espulso si trovi nella necessità di comparire davanti al giudice per difendersi da una imputazione». Quanto alla circostanza per cui il l'autorizzazione al rientro non viene concessa di ufficio ma è subordinata all'espletamento di una speciale attività dell'interessato, la Corte afferma che ciò non pone lo straniero in condizione ingiustamente deteriore rispetto al cittadino, proprio in virtù di quelle «differenze di fatto» che possono giustificare un trattamento diverso. *In casu*, «l'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato crea per lo stesso una posizione giuridica diversa, che giustifica l'adozione di particolari provvedimenti, i quali non compromettono, per le ragioni suindicate, l'esercizio del diritto di difesa, pur richiedendo l'adempimento di determinati oneri».

⁹⁰⁴ Cfr. *infra*.

discutibile, dell'accompagnamento alla frontiera nelle more del respingimento differito ex art. 10, co. 2, TUI.

Una fondamentale questione che investe l'istituto del respingimento, e anche dell'espulsione, è l'assenza di misure cautelari nelle more del ricorso giurisdizionale avverso questi ultimi⁹⁰⁵, in virtù dell'immediata esecutività del respingimento e dell'espulsione anche se sottoposti a gravame o impugnativa. Tale assenza è stata criticata in dottrina, che ha invece enfatizzato il collegamento tra le misure cautelari e il principio di effettività e pienezza giurisdizionale, in ragione della rilevanza che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto proprio alla tutela cautelare⁹⁰⁶. Le uniche ipotesi di possibilità ricorso nelle more dell'espulsione sono previste in specifici e definiti casi, come quello di presentazione della domanda di protezione internazionale⁹⁰⁷. Invero, sul piano delle misure cautelari, la tutela si è gradualmente affievolita nel tempo. La Legge Martelli prevedeva la sospensione dell'esecutività del decreto di espulsione in via automatica in caso di sua impugnazione⁹⁰⁸. Successivamente, la Bossi Fini espunge le misure cautelari completamente, in favore dell'immediata esecutività del provvedimento di espulsione, imponendo come regola esecutiva quella dell'accompagnamento alla frontiera dello straniero⁹⁰⁹.

Misure cautelari sono chiaramente assenti nel caso del respingimento immediato, che per sua natura dovrebbe avvenire immediatamente, appunto. Secondo la Corte Cost., infatti, le misure cautelari sono tanto meno necessarie nei casi in cui il procedimento stabilisca tempi tanto rapidi da far sì che la decisione sia contigua all'introduzione del procedimento stesso⁹¹⁰.

⁹⁰⁵ G. TROPEA, Tutela giurisdizionale, in C. PANZERA, A. RAUTI, *op. cit.*, p. 684; al di fuori dell'art. 700 c.p.c., di cui si parlerà in seguito.

⁹⁰⁶ Ibidem; M. RENNA, Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e civilizzazione, in *Diritto amministrativo e Costituzione*, G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 505 ss; in generale, v. R. PAPANIA, La tutela giurisdizionale degli stranieri tra sistema dualistico, giurisdizione piena del giudice ordinario e tendenze migratorie dalla giurisdizione amministrativa, in *Nuove Autonomie*, 2, 2013, pp. 475 ss.

⁹⁰⁷ In questo senso, v. Corte di Cassazione civile, ordinanza n. 20271 del 25 settembre 20, in cui si afferma la «domanda di protezione internazionale non rende invalido il provvedimento di espulsione, avendo solo effetti sospensivi fino alla pronuncia della Commissione territoriale. Inoltre, quando alla misura dell'espulsione, secondo un orientamento della Corte Costituzionale, (sentenza n. 161 del 31 maggio 2000) le misure cautelari sarebbero superflue quando per il procedimento siano stabiliti tempi talmente rapidi da far sì che la decisione sia temporalmente contigua alla introduzione del procedimento stesso: «[i]l procedimento avverso il decreto prefettizio di espulsione, come disciplinato dalla normativa censurata, è caratterizzato da particolare speditezza [...] Orbene, posto che la sospensione costituisce una forma di tutela cautelare, anticipatoria dell'esito della decisione, la necessità di essa viene meno - è il caso di specie - quando sia la stessa legge a imporre che la pronuncia definitiva intervenga entro un termine breve dalla formulazione della domanda. [...] Quanto sin qui esposto induce a ritenere che, non essendo necessaria la tutela cautelare anticipatoria, là dove per il procedimento siano stabiliti tempi talmente rapidi da far sì che la decisione sia temporalmente contigua alla introduzione del procedimento stesso, essa è possibile allorché, patologicamente deviando dallo schema normativo astratto, il procedimento non possa concludersi nei dieci giorni fissati [...]».

⁹⁰⁸ Legge Martelli, cit., art. 6; cfr. G. Tropea, cit., p. 684.

⁹⁰⁹ Legge Bossi-Fini, art. 12, che modifica l'art. 13 del TUI; A. PUGIOTTO, Purché se ne vadano, cit., p. 10; v. A. CASADONTE, P.L. DI BARI, L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezze delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2002, p. 40.

⁹¹⁰ Corte Cost. sent. 161/2000.

Le persone che si trovano presso le zone di transito degli aeroporti, data la natura opaca della loro regolamentazione e la discrezionalità delle autorità nella loro gestione, possono incontrare un impedimento di fatto all'esercizio del loro diritto di difesa. Le strategie di ricorso e di contenzioso, dunque, sono sensibilmente limitate, in ragione soprattutto dell'impossibilità per i rappresentanti legali di accedere alle zone di transito, e data anche la difficoltà per lo straniero trattenuto di entrare in contatto con essi durante il trattenimento.

Per questa ragione, la totalità degli strumenti di cui si parlerà di seguito sono strumenti attivabili solo *ex post*, ovvero a respingimento avvenuto. L'unico rimedio potenzialmente esercitabile nelle more del trattenimento e del respingimento immediato consiste nella tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., che prevede la possibilità per "chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito". Posto che, come spiegato, l'espulsione e il respingimento rimangono esecutivi anche se sottoposti a gravame o impugnazione, tale rimedio potrebbe essere attivabile per tutelare la libertà personale dello straniero trattenuto nelle more del respingimento immediato e il suo diritto di presentare istanza di protezione internazionale.

Nel primo caso, tali misure si concretizzerebbero nella richiesta di rilascio immediato della persona trattenuta. Nel secondo, ove lo straniero tenti senza successo di presentare istanza di protezione internazionale, la tutela cautelare consentirebbe l'accesso immediato alla procedura di protezione internazionale. Tuttavia, diversi sono gli impedimenti all'utilizzo di tali rimedi. In primo luogo, come sottolineato dall'avv. Micheli durante l'intervista⁹¹¹, la richiesta di provvedimenti d'urgenza è uno strumento sussidiario e atipico, e non può dunque rappresentare strumento ordinario di tutela.

Altra questione è quella della delega e della difficoltà di conferire procura ad un rappresentante legale durante il trattenimento presso le zone di transito, in ragione dell'impossibilità per i legali di entrare nelle zone e delle evidenti difficoltà di comunicazione con l'esterno. In generale, la procura è conferita con atto pubblico o scrittura privata (art. 84 c.p.c.), ma la Cassazione ha riconosciuto, in alcuni casi, la possibilità di conferire procura oralmente⁹¹². Tuttavia, come spiegato dall'avvocato Micheli in sede di intervista, la compressione dei tempi che caratterizza il respingimento immediato non permette un ricorso strutturale a questo strumento che richiede dei tempi, seppur brevi, più prolungati di quelli che concede il procedimento di respingimento immediato. In questo senso, solo casi di trattenimento della durata tra i 5 e gli 8 giorni consentirebbero il ricorso a questi rimedi.

Si proseguirà quindi nei prossimi paragrafi con l'espone le principali strategie di contenzioso sviluppate dagli avvocati ASGI, nonché dalla giurisprudenza di merito in materia

⁹¹¹ L'avvocato Federico Micheli, insieme all'avvocato Livio Neri, hanno seguito il caso, e curato il relativo ricorso, della cittadina cubana (H.), di cui si è dato conto in precedenza, e il caso del sig. Thiam, sia dinanzi alle Corti interne che alla Corte EDU.

⁹¹² Corte di Cassazione Civile, sentenza n. 4280 del 20 febbraio 2020, in cui si afferma il principio ex art. 1392 c.c., secondo cui la procura deve risultare nelle stesse forme del contratto che deve concludere il rappresentante, può essere esteso agli atti unilaterali in forza dell'art. 1324 c.c., ma comunque opera per i soli atti aventi natura negoziale, non per gli atti giuridici in senso stretto, per i quali quindi non è richiesta la procura scritta anche se la forma scritta sia richiesta per il compimento dell'atto; cfr. ASGI, *Report Inlimine*, cit., p. 55.

di trattenimento, respingimento, e accesso alla domanda di protezione internazionale presso le zone di transito aeroportuali. In particolare, il paragrafo si basa sulle informazioni condivise con la sottoscritta dai membri ASGI e dall'avvocato Federico Micheli, che ha seguito il caso di H., anch'essa intervistata per questa tesi, la cui esperienza è riportata nei paragrafi precedenti. Si illustrerà anche il possibile consolidamento di una giurisprudenza favorevole in merito ai casi di respingimento e trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti. Nella fattispecie, si analizzeranno le tutele esperibili riguardo tre categorie di soggetti che subiscono tali prassi illegittime: i potenziali richiedenti asilo; gli stranieri respinti a seguito di revoca de permesso di soggiorno in frontiera; gli stranieri che si presentano alla frontiera *sine titulo* e che sono trattenuti *de facto* nelle more dell'esecuzione del respingimento immediato ex art. 10, co. 1, TUI.

9.2. La tutela giurisdizionale dei potenziali richiedenti protezione internazionale

Quanto alla questione dell'accesso alla domanda di protezione internazionale, nel caso in cui lo straniero sia trattenuto presso i valichi di frontiera aeroportuali in attesa del respingimento e riesca a contattare un legale, esso lo può delegare oralmente e tentare il percorso del già citato art. 700 c.p.c., chiedendo il rilascio immediato dello straniero insieme all'accesso alla procedura di protezione internazionale. In ragione della qualità di diritto soggettivo, al giudice competente viene richiesto di ordinare alla pubblica amministrazione il recepimento dell'istanza. Il Tribunale civile risponde *inaudita altera parte* entro qualche giorno. Si è detto, tuttavia, che sulla base di quanto condiviso con la sottoscritta dall'avv. Micheli, che ha seguito le vicende nel caso Thiam sia a livello interno che nel ricorso alla Corte EDU, i tempi richiesti da questa procedura (due o tre giorni per la presentazione del ricorso e altrettanti giorni per la risposta del Tribunale), non ne consentono un utilizzo sistematico e strutturale, poiché il respingimento è effettuato in genere nell'arco di un paio di giorni. Ciò è legato, inoltre, non solo alla natura del ricorso ma anche alle condizioni del trattenimento e alla correlata difficoltà per lo straniero di comunicare con l'esterno. Si vedrà che, tuttavia, il secondo caso qui descritto consiste proprio in una ordinanza cautelare emessa dal Tribunale di Roma.

La giurisprudenza di merito si è inoltre espressa sull'ipotesi in cui lo straniero sia stato respinto e, per azioni o omissioni imputabili alle autorità statali, non sia stato in grado di presentare istanza di protezione internazionale. In questo caso, è possibile adire l'autorità giudiziaria, attraverso la procura formalizzata presso le autorità consolari presenti sul territorio dello Stato estero. Sebbene non vi sia alcun caso di questo tipo che origini da un respingimento presso le zone di transito degli aeroporti, la giurisprudenza ordinaria ha riconosciuto un diritto al reingresso sul territorio per formalizzare la domanda di protezione internazionale allo straniero respinto, al quale sia stato impedito l'esercizio di tale diritto insieme ad un risarcimento del danno.

La questione è stata affrontata nella già citata sentenza del Tribunale di Roma n. 22917/2019. Gli eventi all'origine del caso hanno coinvolto 89 persone che il 27 giugno 2009 sono state intercettate e soccorse dalla Marina militare italiana in alto mare e sottoposte il 1

luglio 2009 a respingimento collettivo verso il paese dal quale erano partite, la Libia⁹¹³. Nella fattispecie, le persone soccorse avevano manifestato la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, ed infatti il respingimento avveniva attraverso azioni ingannevoli della Marina Militare italiana, che assicurava i ricorrenti sul fatto che l'imbarcazione fosse diretta verso l'Italia. Quando i ricorrenti si sono resi conto di ciò che stava accadendo, essi ribadivano la volontà di presentare istanza di protezione internazionale, adducendo anche le condizioni in cui si sarebbero trovati in Libia, già subite prima della partenza. Nonostante tali tentativi e la chiara intenzione dei ricorrenti, le autorità italiane procedevano con l'esecuzione del respingimento, a seguito del quale i ricorrenti venivano nuovamente detenuti in Libia. Le Amministrazioni coinvolte (Ministero dell'interno, Ministero della difesa, Ministero degli affari esteri e Presidenza del Consiglio dei ministri) sostenevano invece che nessuno dei ricorrenti avesse manifestato la volontà di accedere alla procedura di asilo, e che il respingimento era avvenuto nel quadro dell'art 4, co. 4, dm 14 luglio 2003 e in esecuzione degli accordi tra Italia e Libia, tra cui in particolare il "Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione", firmato a Bengasi il 30 agosto 2008⁹¹⁴.

Relativamente alla nostra analisi, di estrema importanza sono i rilievi del Tribunale e il percorso argomentativo che lo ha portato a riconoscere ai ricorrenti un diritto di reingresso sul territorio italiano per presentare istanza di protezione internazionale. Come già illustrato, il Tribunale articola il suo ragionamento attorno ad una definizione del principio di *non-refoulement* non solo come obbligo negativo di non respingimento ma anche come obbligo positivo di assicurare l'accesso al territorio al fine di avere una valutazione della propria situazione personale. Si è detto che il ragionamento del Tribunale si articola attorno all'art. 10, co. 3, Cost. e dunque al diritto di asilo costituzionale nella sua declinazione di diritto di accesso al territorio.

Il Tribunale rimette poi alle competenti autorità la decisione circa le modalità dell'esercizio di tale diritto di accesso al territorio al fine di presentare istanza di protezione internazionale. Sebbene il Tribunale sottolinei la discrezionalità dell'amministrazione in materia, esso fa esplicito riferimento alla possibilità di concedere un visto con validità territoriale limitata richiesto per motivi umanitari (c.d. visto umanitario)⁹¹⁵, ex art. 25 del regolamento (CE) n. 810/2009.

⁹¹³ Questi respingimenti avvenivano nel quadro di una serie di accordi tra l'Italia e la Libia: Tra gli accordi in vigore tra Italia e Libia nel 2009, si vedano in particolare: il Protocollo tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria araba libica popolare socialista (Tripoli, 29 dicembre 2007); il Protocollo tecnico-operativo aggiuntivo al Protocollo di cooperazione tra la Repubblica italiana e la Gran Giamahiria araba libica popolare socialista, per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina (Tripoli, 29 dicembre 2007); il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione (Bengasi, 30 agosto 2008); e il Protocollo tecnico-operativo, concernente l'aggiunta di un art. al Protocollo firmato a Tripoli il 29 dicembre 2007, per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina (Tripoli, 4 febbraio 2009).

⁹¹⁴ Il Tribunale rileva come non solo l'accordo non prevedesse espressamente il respingimento in Libia dei migranti, ma anche che, in tal caso, un tale obbligo non può esimere l'Italia dal conformarsi agli obblighi di rispetto del principio di *non-refoulement* e dell'art. 10, co. 3, Cost.

⁹¹⁵ Sulla questione dei visti umanitari, si veda: C. FAVILLI, Visti umanitari e protezione internazionale. Così vicini, così lontani, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 2017, pp. 553 ss; S. MARINAI, L'Unione europea e i canali di accesso legale per i bisognosi di protezione internazionale, in *Diritto Pubblico*, 1, 2020, pp. 57.77; D. BORGONOVO, [Trentino Alto Adige] I visti con validità territoriale limitata: l'esempio dei corridoi umanitari nella

Nel caso di specie, il Tribunale riconosce anche un diritto al risarcimento per danno non patrimoniale da fatto illecito ex art. 2043 c.c., in virtù dell'antigiuridicità e dunque dell'illegittimità della condotta. L'elemento del dolo o colpa emerge dalla constatazione che, alla luce dell'esistenza di rapporti realizzati da organizzazioni internazionali, pubblicati e diffusi all'epoca dei fatti, le autorità italiane erano a conoscenza o quantomeno avrebbero potuto essere a conoscenza della circostanza che la Libia non poteva essere ritenuto un approdo sicuro. L'onere della prova è chiaramente sui ricorrenti e nella sentenza in esame è stato soddisfatto attraverso la presentazione di voci qualificate come danno per le sofferenze patite, e per i rischi connessi a beni interessi di rango costituzionale (salute, incolumità psico-fisica, libertà personale) subiti a causa del respingimento in Paese non sicuro. Il Tribunale di Roma riconosceva così un risarcimento di 15.000 euro ad ogni ricorrente.

Lo stesso Tribunale ha approfondito e consolidato tale orientamento a tutela del richiedente asilo in ingresso, ove espulso dal territorio, in una più recente ordinanza cautelare del 18 gennaio 2021, riguardo alla riammissione informale in Slovenia di un richiedente protezione internazionale di nazionalità pakistana. Il ricorso ex art. 700 c.p.c. era stato promosso da ASGI, relativamente ad un caso di un cittadino pakistano che aveva lamentato di essere stato respinto dagli agenti della polizia italiana, in assenza di un provvedimento impugnabile, in Slovenia, per poi essere allontanato dalle autorità slovene in Croazia e dalla polizia croata, infine, in Bosnia Erzegovina. Nel quadro di tale respingimento a catena, dichiarava di aver subito torture e trattamenti inumani da parte dell'autorità di polizia slovena e da quella croata. Sia in Italia, che in Slovenia e in Croazia aveva manifestato alle autorità di frontiera la volontà di presentare domanda di protezione internazionale, ignorata in tutti e tre i casi.

Per stessa ammissione del governo, «l'esecuzione di tale tipologia di riammissione non comporta la redazione di un provvedimento formale, applicandosi per prassi consolidata le speditive procedure previste dal relativo accordo di riammissione, siglato tra l'Italia e la Slovenia»⁹¹⁶. Con l'ordinanza in esame, il Tribunale di Roma ha riconosciuto che tali prassi di riammissione, in ragione della sua modalità di esecuzione, si poneva in contrasto col diritto dello straniero alla difesa e ad un ricorso effettivo, in violazione dell'art. 24 Cost. e dell'art. 13 CEDU. Inoltre, l'ordinanza riconosce che la condotta delle autorità italiane implica profili di incompatibilità con l'art. 3 CEDU, anche a causa del respingimento a catena subito dal ricorrente. Quanto alla sussistenza degli elementi richiesti ex art. 700 c.p.c., il Tribunale ha riconosciuto la parvenza del diritto del ricorrente, l'imminenza del pericolo corso dallo stesso e l'irreparabilità della minaccia potenziale ai suoi diritti fondamentali, ritenendo così fondati il *fumus bonis iuris* e il *periculum in mora* che giustificano l'accoglimento del ricorso cautelare. Inoltre, il Tribunale ha egualmente constatato l'inconciliabilità tra il diritto alla vita e a non subire danni irreparabili e la permanenza del ricorrente in Serbia, in assenza di possibilità di proporre domanda di protezione internazionale. Inoltre, secondo il Tribunale, i tempi di tutela

Provincia autonoma di Trento, in *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 5, 2019, pp. 1717 ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, Protezione umanitaria una e trina, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, pp. 108 ss.

⁹¹⁶ Interrogazione dell'On. Magi e risposta del Sottosegretario al Ministero dell'Interno, 24 luglio 2020., L'Accordo, concluso tra Italia e Slovenia il 3 settembre 1996, si basa sullo *status* di Paese terzo sicuro della Slovenia, concetto che, tuttavia, non può essere applicato automaticamente e senza aver valutato la domanda di protezione internazionale del ricorrente (cfr. Corte EDU, *Ilias e Ahmed*)

richiesti *in casu* risultavano incompatibili con quelli necessari per adire le vie ordinarie e infine, ogni altro mezzo processuale espressamente previsto dalla legge era in ogni caso inidoneo a garantire protezione ai diritti invocati.

In tal contesto, il Tribunale riconosceva la violazione dell'art. 10, co. 3, Cost., accertando da un lato, il diritto dello straniero di presentare istanza di protezione in Italia e, dall'altro, l'obbligo per lo Stato di adottare «gli atti ritenuti necessari a consentire al cittadino pakistano l'accesso al territorio nazionale, avendo la condotta illecita dell'autorità di frontiera determinato il rischio fondato per il ricorrente di essere esposto a tortura o trattamenti inumani e degradanti»⁹¹⁷.

Le due decisioni hanno una diretta rilevanza nel caso degli stranieri che si trovano presso le zone di transito aeroportuali e ai quali sia impedito di presentare istanza di protezione internazionale. Data infatti la discrezionalità lasciata alle autorità di frontiera in merito alla raccolta delle istanze, è ben possibile che uno straniero si veda negato il diritto di accedere alla procedura e sia così respinto alla frontiera, vedendosi di conseguenza sottoposto al rischio di tortura, trattamenti inumani o degradanti e/o persecuzione. In questi casi, dunque, è configurabile un diritto al reingresso dello straniero sul territorio italiano, nonché un risarcimento per danno non patrimoniale, sulla scorta delle decisioni appena analizzate.

9.3. La tutela dello straniero regolarmente soggiornante

Altra ipotesi riguarda gli stranieri che si vedono notificata in frontiera la revoca o l'annullamento del loro permesso di soggiorno e che siano di conseguenza respinti alla frontiera per intervenuta mancanza dei requisiti di ingresso.

Nel caso in cui lo straniero in tale situazione sia stato effettivamente allontanato, egli ha la possibilità di presentare ricorso avverso il respingimento attraverso il rilascio della procura tramite le autorità consolari del paese, dando mandato ad un legale per l'impugnazione del respingimento contestandone la legittimità, con le forme dell'art. 702 bis c.p.c. (procedimento sommario di cognizione). La giurisprudenza si compone sinora di due casi che hanno riguardato situazioni di questo tipo. In entrambi è stato presentato ricorso avverso la legittimità del respingimento ed è stato chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione di un diritto soggettivo (trattenimento) di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

⁹¹⁷ M. SCARDO, Respingimenti a catena e tutela cautelare del diritto d'asilo. Le ordinanze del Tribunale di Roma sulle 'riammissioni informali' in Slovenia, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 15/3, 2021, p. 727. Con ordinanza del 3 maggio 2021, tuttavia, a seguito di reclamo dal Ministero dell'Interno, il Tribunale di Roma ha revocato l'ordinanza cautelare del 18 gennaio. Concentrandosi sulla sola questione di fatto, il giudice si è limitato a verificare la sola credibilità del ricorrente e, non ha ritenuto fornita la prova che il cittadino pakistano abbia personalmente fatto ingresso in Italia e abbia subito un respingimento informale verso la Slovenia in forza dell'accordo bilaterale con l'Italia del 1996. Secondo l'A. «nell'accogliere il reclamo proposto dal Governo italiano, quindi, il Tribunale di Roma ha innalzato lo standard probatorio incumbente sul richiedente asilo per le ipotesi in cui i fatti a fondamento della pretesa attorea riguardino vicende complesse che documentano la lesione di diritti fondamentali dell'individuo. Non ha escluso, però, l'art. 700 c.p.c. come strada percorribile per la tutela del diritto di accedere al territorio nazionale al fine di presentare domanda di protezione internazionale. Al netto dell'esito del reclamo, dunque, la decisione del 3 maggio 2021, almeno nella misura in cui non smentisce le valutazioni del giudice di prime cure e astrattamente non esclude la possibilità di una tutela cautelare in ingresso dei migranti e richiedenti asilo, non fa venir meno l'importanza della prima pronuncia», p. 729.

Riguardo la legittimità del respingimento, i due casi differiscono quanto alle situazioni ma hanno esiti simili riguardo la legittimità del respingimento. Il primo riguarda il ricorso presentato da H., la cui situazione è stata descritta in precedenza. I legali di H. impugnavano di fronte al Tribunale di Brescia il provvedimento di respingimento alla luce di due argomentazioni presentando contestualmente richiesta di tutela cautelare della ricorrente in modo da ottenere in tempi rapidi un visto di reingresso. I legali impugnavano inoltre anche la revoca del permesso di soggiorno della ricorrente in ragione dei motivi illustrati nei paragrafi precedenti. In primo luogo, alla luce dei vizi di legittimità del provvedimento di revoca del permesso di soggiorno, che risiedevano nell'errata concessione alla ricorrente di un permesso di soggiorno biennale, allorché la ricorrente avrebbe invece avuto diritto ad un permesso di soggiorno di lungo periodo, avendo maturato i requisiti richiesti. Ciò implica, come poi riconosciuto dal Tribunale, una illegittimità derivata del provvedimento di respingimento.

In secondo luogo, i legali argomentavano anche in favore dell'illegittimità del provvedimento di respingimento in ragione del fatto che, al momento in cui si era presentata al valico di frontiera, la ricorrente era munita, oltre che del passaporto, di un permesso di soggiorno per motivi familiari rilasciato dallo Stato italiano, e che tali documenti costituiscono titolo legittimante il reingresso del cittadino straniero in Italia in conformità al CFS. In favore di tale interpretazione, d'altronde, come si evince dal ricorso presentato, propendono il fatto che: a) il provvedimento era stato consegnato alla ricorrente dalle autorità italiane seguendo le procedure di notifica sul territorio nazionale. Come già riconosciuto in un altro caso, se la notifica non fosse avvenuta sul territorio italiano, il potere di notifica sarebbe invece spettato all'autorità consolare; b) sul passaporto della ricorrente era già stato apposto un timbro di ingresso, solo successivamente cancellato dalle autorità; c) infine, nel caso di specie la carenza dei presupposti per il provvedimento di respingimento emerge anche dalla circostanza che quest'ultimo era stato notificato alla ricorrente in un momento antecedente al verbale di ritiro del Permesso di Soggiorno che ne costituisce, secondo la ricostruzione della Polizia di Frontiera, l'unico presupposto

Inoltre, siccome il provvedimento revoca del permesso di soggiorno ha indubbiamente valore recettizio, la validità del permesso di soggiorno non può intendersi, secondo i legali, caducata che al momento del ritiro del permesso di soggiorno stesso, che è necessariamente avvenuta successivamente all'attraversamento del valico di frontiera.

Il Tribunale di Brescia, nella sua ordinanza di accoglimento, sospendeva l'esecutorietà del provvedimento di revoca del permesso di soggiorno della ricorrente e la autorizzava a fare ingresso in Italia e a soggiornarvi sino alla risoluzione delle controversie che la coinvolgevano, che avevano ad oggetto l'erronea revoca del suo permesso di soggiorno. Successivamente lo stesso Tribunale riconosceva con ordinanza 1146/2020 del 03/03/2020 l'illegittimità del provvedimento di respingimento per illegittimità derivata dall'erronea revoca del permesso della ricorrente, senza valutare gli altri profili di merito del respingimento sollevati dai legali della ricorrente.

Un caso più risalente, ha visto invece coinvolto un cittadino senegalese al quale era stato notificato in frontiera il diniego del rinnovo del permesso di soggiorno con conseguente provvedimento di respingimento immediato. Nella fattispecie, il ricorrente si era recato in Senegal nelle more del procedimento di rinnovo, ed aveva tentato di fare ingresso nuovamente in Italia presentando il titolo di soggiorno scaduto insieme alla ricevuta della richiesta di rinnovo

dello stesso. Il ricorrente presentava dapprima ricorso al Tribunale di Milano, che però rigettava le doglianze del ricorrente aderendo alle tesi difensive dell'Avvocatura dello Stato. Il ricorrente presentava appello avverso la decisione. La Corte di Appello di Milano, con sentenza 1292/2018 del 15/03/2018, contrariamente al Tribunale, reputava che «la polizia di frontiera dell'aeroporto di Malpensa [avesse] fatto malgoverno delle norme in materia di titoli legittimanti l'uscita ed il rientro in Italia di un cittadino straniero e, conseguentemente, sia delle norme regolatrici dell'uscita dello straniero dal territorio nazionale al venir meno del titolo che ne legittimava il soggiorno, che di quelle regolatrici il respingimento degli stranieri ai valichi di frontiera». La Corte di Appello riconosceva quindi che i documenti di cui il ricorrente era munito per l'attraversamento del valico di frontiera costituivano, all'epoca dei fatti, indubbiamente titolo legittimante il reingresso del cittadino straniero in Italia, come riconosciuto dal CFS nonché dalle circolari del Ministero dell'Interno in materia (cfr. infra).

La Corte di Appello accoglieva inoltre l'argomentazione circa la notifica del provvedimento, che in quanto tale avviene necessariamente oltre il valico di frontiera e dunque sul territorio nazionale. Inoltre, la decadenza dei documenti presentati dal ricorrente come titolo legittimante il rientro in Italia era avvenuta solo in seguito alla notifica del diniego e dunque, ancora una volta, sul territorio dello Stato. Infine, lo stesso provvedimento di diniego indicava al ricorrente il termine di 10 giorni per lasciare il territorio dello Stato, termine negato per i motivi illustrati.

Come osserva la Corte, il diniego era sì preclusivo del soggiorno del ricorrente in Italia, ma non del suo ingresso sul territorio prima della notifica. Per queste ragioni, la Corte dichiarava l'illegittimità del respingimento. In buona sostanza, quando non sia stato possibile ottenere l'interruzione del rimpatrio, è possibile ottenere almeno il riconoscimento dell'illegittimità del respingimento ed in alcuni casi, come quello di H., è possibile ottenere un visto di reingresso sul territorio.

9.4. Il risarcimento per il trattenimento *sine titulo*

Quanto poi alla questione del trattenimento presso le zone di transito aeroportuali, che investe tutti i soggetti di cui si è accennato sottoposti a respingimento immediato, il contenzioso si è sinora orientato, con successo, al ricorso per risarcimento del danno non patrimoniale in ragione del trattenimento *sine titulo* dello straniero alla frontiera. Tale possibilità è in linea con quanto riconosciuto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 26972/2008, ove viene affermata "l'esigenza di assicurare il risarcimento del danno non patrimoniale, anche in assenza di reato, nel caso di lesione di interessi di rango costituzionale, sia perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge consente il risarcimento del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale".

Il ricorso si basa sul già citato art. 2043 c.c. e richiede tre elementi: un danno, almeno non patrimoniale, subito dal ricorrente; l'elemento soggettivo della colpa o del dolo; un fatto illecito.

La giurisprudenza di merito non ha mancato di riconoscere la natura privativa della libertà personale del trattenimento dello straniero presso le zone di transito aeroportuali, rilevando contestualmente come essa avvenga *extra legem* e sia una misura *de facto*, e dunque come conseguenza di una condotta illecita delle autorità, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Nel già citato caso Thiam, la Corte di Appello di Milano accoglieva le doglianze del ricorrente, che affermava come durante la sua permanenza di cinque giorni presso i locali del valico di frontiera dell'aeroporto di Malpensa fosse stato di fatto detenuto, gli fosse stato ritirato il bagaglio a mano, il passaporto e i documenti legittimanti il suo ingresso sul territorio, senza la possibilità di fare una doccia né di contattare un legale di fiducia. La Corte riconosceva così che «è oltremodo evidente che il potere coercitivo che ha comportato la restrizione della libertà personale dell'appellante è scaturito unicamente dal provvedimento di respingimento immediato», e non dall'individuazione del primo volo utile, come invece sosteneva l'amministrazione, elemento che «ha costituito soltanto una mera concausa incidente solo sulla durata della restrizione». Appare inoltre priva di fondamento fattuale e giuridico, secondo la Corte di Appello, la distinzione operata dall'Amministrazione, «tra restrizione della libertà di circolazione e restrizione della libertà personale, atteso che quest'ultima rimane evidentemente tale anche nel caso in cui il luogo di restrizione abbia i connotati della c.d. 'area sterile' di un aeroporto anziché quelli di una cella carceraria o di un'abitazione nel caso di detenzione domiciliare». Le condizioni detentive del trattenimento e la negazione della possibilità materiale di contattare un difensore, secondo la Corte, hanno anche impedito all'appellante l'accesso alla giurisdizione anche in via cautelare ed urgente.

Viene così riconosciuta la comprovata restrizione della libertà personale dell'appellante, anche a prescindere da una prova rigorosa delle condizioni di tale restrizione, che insieme alla negazione dell'accesso a un legale e alla tutela giurisdizionale, «concretizzano di per se un'illegittima violazione dei diritti costituzionali primari che la Repubblica italiana, in quanto stato di diritto, riconosce e garantisce a qualunque persona». Di conseguenza, tale violazione comporta l'obbligo di risarcimento per il danno subito dal ricorrente⁹¹⁸.

Lo stesso ragionamento è stato seguito dal Tribunale di Brescia nel già citato caso di H. Questo così riconosceva non solo la natura detentiva del trattenimento della ricorrente ma anche la contrarietà delle condizioni del trattenimento con gli standard imposti dall'art. 3 CEDU. Il Tribunale attribuiva alla ricorrente il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale in ragione dell'illegittimità del respingimento e del conseguente trattenimento.

10. Conclusioni

Questo capitolo ha analizzato il tema delle zone di transito degli aeroporti nel contesto italiano muovendosi su tre piani: la legislazione applicabile; la prassi applicativa; il conseguente

⁹¹⁸ Quanto alla quantificazione del risarcimento, la Corte si basa sui criteri equitativi riconosciuti dalla Corte EDU nell'ambito della giurisprudenza relativa all'art. 5(5) CEDU.

trattamento dello straniero alla frontiera aeroportuale. Questi tre piani di analisi hanno avuto come oggetto la questione dell'ingresso, del respingimento, dei limiti al potere di respingimento, dell'accesso alla procedura di protezione internazionale e infine del trattenimento presso le zone di transito degli aeroporti.

Si è visto come la disciplina della materia è intimamente legata al piano sovranazionale e in particolare alla disciplina disposta dal diritto dell'Unione europea. Infatti, è imprescindibile considerare innanzitutto i valichi di frontiera aeroportuali in quanto frontiera esterna UE ai sensi del CFS. È in ragione di questa caratteristica che a questa frontiera si applicano determinate procedure. Tuttavia, è bene sottolineare anche la specificità di questo tipo di frontiera. Infatti, la prassi applicativa, le sue caratteristiche e le questioni che la riguardano dipendono in buona parte anche dall'assenza di una definizione nel diritto dell'Unione e in quello interno della categoria di "valico di frontiera aeroportuale" e di "zona di transito aeroportuale". Se i due concetti talvolta si sovrappongono, non finiscono con l'esaurirsi l'uno nell'altro. Infatti, se un valico di frontiera (aeroportuale) è semplicemente il punto in cui è consentito l'attraversamento della frontiera esterna ai sensi del CFS, la zona di transito è invece la parte fisica dell'aeroporto dove lo straniero è sottoposto ai controlli di frontiera ed eventualmente trattenuto (*de facto*) se privo dei requisiti di ingresso.

Vi sono inoltre questioni strutturali che caratterizzano la disciplina italiana relativa all'ingresso e all'allontanamento dello straniero, in particolare relativamente all'istituto del respingimento e del trattenimento. Oltre a quelle evidenziate nel capitolo, si vuole ribadire come un elemento fondamentale risiede nella c.d. "finzione di non ingresso", che nel caso della frontiera esterna aeroportuale ingenera delle prassi applicative della legislazione che forzano e oltrepassano i limiti della legalità, relativamente soprattutto al trattenimento dello straniero, che è una conseguenza del suo respingimento. Quest'ultimo, infatti, quando è disposto ex art. 10, co. 1, TUI (ma anche nel caso del co. 2), si fonda su tale finzione giuridica, che a sua volta giustificerebbe la disapplicazione del diritto interno, poiché lo straniero "non ha fatto ingresso" sul territorio.

Questa finzione è attribuita dalla prassi sviluppata dalla Polizia di frontiera. Essa viene indirettamente menzionata dall'art. 14 del CFS, che prevede che le autorità debbano assicurarsi che il cittadino di paese terzo soggetto ad un rifiuto di ingresso non entri nel territorio statale. Tuttavia, il CFS lascia alla legislazione nazionale il compito di disciplinare il frangente spazio-temporale del "non ingresso", disciplina che nel contesto italiano è carente, se non assente.

Al di là del citato bilanciamento tra l'interesse dello Stato relativamente al controllo delle frontiere e i valori della solidarietà umana, nonché la titolarità dei diritti dello straniero, appare evidente che nel caso delle zone di transito aeroportuali, la discrezionalità delle autorità rischia di ingenerare un rapporto sbilanciato tra questi due interessi contrapposti. Il caso italiano mostra in tutta evidenza non solo le questioni e le contraddizioni evidenziate nei capitoli precedenti, ma anche come queste si instaurino su un contesto interno già caratterizzato da una forte frammentazione legislativa circa la disciplina di alcune fattispecie, in particolare della valutazione dei requisiti di ingresso e del respingimento immediato ex art. 10, co. 1, TUI. Le zone di transito degli aeroporti si pongono dunque come fenomeno che condensa e mostra in maniera esaustiva tutti i limiti e le contraddizioni strutturali alla disciplina dell'immigrazione, sia trasversali al piano internazionale, europeo e nazionale che strutturali al contesto italiano.

Conclusioni

Questo lavoro si è concentrato sul tema delle zone di transito aeroportuali in relazione al fenomeno dell'immigrazione e alla sua gestione. Gli obiettivi della ricerca sono stati due: da un lato, comprendere e individuare il *corpus* normativo che disciplina tali zone; dall'altro individuare la condizione giuridica dello straniero che si vi si trova.

Si è fornita una risposta a tali quesiti attraverso lo studio della normativa relativa all'ingresso sul territorio dello Stato, la richiesta di protezione internazionale e l'accesso alla relativa procedura, il trattenimento in frontiera, il rifiuto di ingresso e il conseguente allontanamento dello straniero. In buona sostanza, si è esaminato tutto l'*iter* che va dal momento dell'ingresso sul territorio sino all'eventuale allontanamento alla frontiera. L'analisi si è sviluppata su tre piani, quello regionale europeo del Consiglio d'Europa, il diritto dell'Unione europea e, infine, l'ordinamento italiano.

Si è visto che una delle caratteristiche dell'oggetto di studio, che ne hanno motivato l'approfondimento, risiede innanzitutto nell'assenza di una definizione giuridica delle zone di transito aeroportuali e della conseguente mancanza di una disciplina specifica. Per tale motivo, la tesi ha da principio tentato un inquadramento teorico di alcuni concetti giuridici pertinenti all'oggetto di studio.

Così, la tesi ha dato una impostazione concettuale delle strategie giuridiche attraverso le quali gli Stati attribuiscono a tali zone una disciplina e uno *status sui generis* rispetto al resto del territorio. Ci si riferisce alla c.d. finzione di extraterritorialità e alla finzione di non ingresso. Attraverso tali strategie, gli Stati perseguono il principale obiettivo di semplificare le procedure relative alle verifiche della sussistenza dei requisiti per l'ammissione dello straniero sul territorio ed il suo eventuale allontanamento. Tali obiettivi sono d'altronde evidenti già dall'analisi del diritto internazionale. Si è infatti visto che la Convenzione di Chicago del 1944 accoglie e fa propria la finzione di non ingresso, mentre nel contesto onusiano, è evidente l'urgenza di porre un argine a tali manipolazioni funzionali del diritto che hanno importanti e negative ricadute sulla condizione giuridica dei migranti alle frontiere aeroportuali e sul rispetto dei loro diritti fondamentali.

Gli elementi che sono emersi dall'analisi giuridica dei capitoli principali della tesi sono i seguenti. In primo luogo, è evidente che in ragione di questo *status* particolare delle zone di transito degli aeroporti, vi è una tendenza a attribuire allo straniero che vi si trovi un regime giuridico deteriore rispetto a chi invece sia stato ammesso sul territorio, specialmente nel conteso della giurisprudenza della Corte EDU e nel diritto dell'Unione europea. Nel primo caso, si è visto che la Corte ha, sin dagli anni '90, rigettato la possibilità che gli Stati attribuissero a tali zone l'attributo dell'extraterritorialità, sulla base di un presunto difetto di giurisdizione, o ancora, di una giurisdizione "graduata" su di esse. nelle parole della Corte EDU le zone di transito degli aeroporti fanno senza dubbio e senza eccezione parte del territorio dello Stato e, in quanto tali, ricadono nella sua giurisdizione. Inoltre, in special modo nel caso dei richiedenti asilo e nel quadro dell'art. 3 CEDU, lo Stato è tenuto a garantire l'ammissione sul territorio dei richiedenti con un "arguable claim". Tuttavia, si è anche mostrato come dalla giurisprudenza in merito all'art. 5(1)(f) emerge la possibilità, avallata dalla Corte, di ricorrere alla finzione di non ingresso, che permette così alle parti contraenti di detenere gli stranieri irregolari, anche i

richiedenti asilo, nelle more della determinazione del loro diritto all'ingresso sul territorio, senza che vi sia una valutazione della necessità e della proporzionalità della misura. Ciò mostra come la Corte di fatto ammette la possibilità di sottoporre tali zone a una disciplina *sui generis* rispetto al resto del territorio, purché, in ogni caso, sia garantito il non allontanamento del richiedente protezione internazionale e non si avanzino finzioni di extraterritorialità e manipolazioni funzionali della giurisdizione statale su tali zone. In buona sostanza, sebbene la Corte abbia perimetrato diritti e garanzie applicabili presso tali zone, contribuendo in questo modo a dare una definizione e una disciplina giuridica ad un fenomeno spesso difficilmente definibile e giuridicamente ambiguo, va constatato che alcune permangono alcuni aspetti critici in relazione proprio alla questione della definizione di ingresso legale sul territorio.

Nel diritto dell'Unione emerge similmente la questione dell'assenza di una definizione e di una disciplina specifica delle zone di transito aeroportuali. Di fatto, gran parte della normativa rilevante corrisponde a quella generalmente applicabile alle frontiere esterne dell'Unione e al loro attraversamento, contenuta principalmente nel CFS. In ogni caso, anche nel diritto dell'Unione è rilevabile una tendenza alla creazione di un "regime frontaliero" applicabile ai cittadini di paesi terzi irregolari alle frontiere europee. Questo regime frontaliero riguarda le procedure di ingresso sul territorio, quelle di asilo alla frontiera e il respingimento alla frontiera ex art. 14 CFS.

In tal senso, la dottrina ha enfatizzato come vi sia una differenza tra il regime applicabile agli "*excludable aliens*" rispetto a quello degli "*irregular migrants*", che va gradualmente configurandosi. Tale regime è embrionalmente già visibile attraverso l'analisi congiunta delle rilevanti disposizioni del CFS, della direttiva procedure e accoglienza e della direttiva rimpatri. La sua configurazione e istituzionalizzazione è inoltre evidente nelle proposte avanzate nel quadro del "nuovo" patto sulla migrazione e l'asilo del 2020, che mira in tutta evidenza alla creazione di un regime frontaliero di una "procedura di frontiera" il cui presupposto è il ricorso sistematico alla finzione di non ingresso. Ciò ha chiaramente importanti ricadute sulla disciplina delle zone di transito degli aeroporti e sulla condizione giuridica dello straniero che le attraversa.

Nel contesto italiano paiono invece condensarsi numerose questioni che tengono insieme, da un lato, il contesto sovranazionale e, dall'altro, le caratteristiche specifiche del nostro ordinamento. In primo luogo, si è visto che il nostro ordinamento non contempla la possibilità di istituire zone di transito e di frontiera (a differenza di altri ordinamenti), né è possibile individuare alcun riferimento alla finzione di non ingresso che invece ha caratterizzato l'analisi del contesto sovranazionale.

Inoltre, l'esame dell'ordinamento italiano ha mostrato in tutta evidenza come la disciplina del fenomeno dipenda in larga misura dall'interazione tra gli ordinamenti e da una architettura giuridica che vede intersecarsi principalmente il diritto dell'Unione europea con quello italiano. Inoltre, l'analisi della normativa interna mostra come l'assenza di una disciplina chiara, sia a livello sovranazionale che a livello interno, comporti una ipertrofia della prassi amministrativa nella gestione della frontiera aeroportuale a fronte, appunto, di una normativa scarna se non assente, nonostante la riserva di legge assoluta posta dall'art. 10, co. 3. Cost. sulla condizione giuridica dello straniero.

In ragione di ciò, non è già la legge e nemmeno la giurisprudenza, ma sono le autorità di frontiera che, nel contesto italiano, attribuiscono alle zone di transito aeroportuali le

caratteristiche della extraterritorialità e della sterilità, oltre a fare ricorso alla finzione di non ingresso. Per questi motivi, la condizione giuridica dello straniero alla frontiera aeroportuale italiana appare caratterizzata da una preoccupante opacità e sottoposta alla discrezionalità dell'amministrazione statale e dalla difficoltà nell'accesso alla tutela dei diritti soggettivi degli stranieri.

Il lavoro ha individuato le conseguenze della menzionata ipertrofia, che incidono sui diritti dello straniero alla frontiera aeroportuale. In particolare, le ricadute sono evidenti se si consideri la questione dell'ingresso sul territorio, della presentazione della domanda di protezione internazionale, della libertà personale e della protezione dal respingimento.

Tuttavia, negli ultimi anni si è assistito a un interesse crescente nei confronti di questo tipo di frontiera e dallo sviluppo di una giurisprudenza che pare orientata alla tutela dell'individuo e dalla perimetrazione dei diritti e delle garanzie presso la frontiera aeroportuale.

Proprio in questi giorni è stata discussa presso il TAR Lazio la questione dell'accesso alle zone di transito aeroportuali in quanto luoghi di privazione della libertà personale da parte delle associazioni e della società civile. Similmente, nel 2021 due Tribunali italiani dichiaravano l'illegittimità delle prassi amministrative presso la frontiera aeroportuale di Malpensa, in relazione al respingimento e al trattenimento di due cittadini stranieri, di cui si è parlato nell'ultimo capitolo.

Questo lavoro ha inteso contribuire allo sviluppo di uno studio sistematico e strutturato sulla frontiera aeroportuale, sollecitando così la necessità di prestare attenzione e studiare le dinamiche di una frontiera sinora ignorata.

Bibliografia

- ACIERNO M., La protezione umanitaria nel sistema di protezione dei diritti umani, in *Questione giustizia*, 2, 2018,
- ACOSTA ARCARAZO D., The Returns Directive. Possible limits and Interpretation, in *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, ZWAAN K. (a cura di), Wolf Legal, Nijmegen, 2011
- AEKEN A. V., MOTOC J. (a cura di), *The ECHR and International Law* Oxford, Oxford University Press, 2018
- ADDO M.K., GRIEF N., Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?, in *European Journal of International Law*, 9/1998
- AIDA, *Boundaries of liberty. Asylum and de facto detention in Europe*, 2017
- ALGOSTINO A., L'immigrazione come dato strutturale e non come emergenza. Brevi note intorno al volume di Michele Colucci Storia dell'immigrazione stranieri in Italia. Dal 1945 ai giorni nostri, Roma, 2018, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019
- ALLEN N., Restricting Movement or Depriving Liberty?, in *Journal of Mental Health Law*, 20, 2009
- AMADEO S., SPITALIERI F. (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Giappichelli, Torino, 2015
- AMADEO S., SPITALIERI F., (a cura di) *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione Europea. Controllo delle frontiere, Protezione internazionale, Immigrazione regolare, Rimpatri, Relazioni esterne*, Giappichelli, Torino, 2019
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Torino, 1967
- AMMIRATI A., MASSIMI A., Zone di transito internazionale degli aeroporti: zone grigie del diritto, in *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2019
- AMMIRATI A., CAPEZIO V., CRESCINI G., MASSIMI A., Zone di transito aeroportuali: definizioni, funzionamento e criticità alla luce della prassi, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2021
- ANAFE, *Frontières du droit, frontiere des droits, l'introuvable statut de la zone internationale*, Ed. L'Harmattan, Parigi, 1993
- ANAFE, *Dans les coulisses de Roissy: l'enfermement des étrangers en aérogare. Rapport de visites des aérogares de Roissy-Charles de Gaulle*, febbraio 2016
- APA S., Il respingimento dello straniero in frontiera. Questioni formali sulle modalità anche alla luce degli accordi di Schengen, in *Gli Stranieri*, 1998

ARAY YOKOY Y., Grading Scale of Degradation: Identifying the Threshold of Degrading Treatment or Punishment Under Article 3 ECHR, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23, 2003

ASGI, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà e sospensione del diritto. La disciplina giuridica e le strategie di esercizio del diritto alla luce dell'ordinamento italiano (Report Inlimine)*, gennaio 2021

ASTUTI M., BOVE C., BRAMBILLA A. ET AL, «Per quanto voi vi crediate assolti, siete sempre coinvolti». I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2022

BADERIN M.A., SSENIONJO M. (a cura di), *International Human Rights Law. Six decades after the UDHR and Beyond*, Routledge, Londra, 2010

BAISSAC C., *Brief History of SEZs and Overview of Policy Debates*, in *Special Economic Zones in Africa: comparing performance and learning from global experience*, T. FAROLE, T. AKINCI (a cura di), Banca Mondiale, Washington, 2011

BALDACCINI A., GUILD E., TONER H. (a cura di), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2007

BALDACCINI A., The return and removal of irregular migrants under EU law: An analysis of the Returns Directive, in *European Journal of Migration and Law*, 1, 2009

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1971

BARBERO I., ILLAMOLA-DAUSA M., Deportations without the right to complaint: cases from Spain, in *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, CARRERA S., STEFAN M. (a cura di), Routledge, Londra, 2020

CARRERA S., STEFAN M. (a cura di), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, Londra, 2020

BARILE A., *Lo Stato e la Comunità internazionale*, CEDAM, Padova, 1953

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001

BASARAN T., Security, Law and Borders: Species of Exclusion, in *International Political Sociology*, 2, 2008

BASARAN T., Legal borders in Europe: The waiting zone, in *A Threat against Europe? Security, Migration, Integration*, J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (a cura di), VUB Press, Bruxelles, 2011

BASARAN T., *Security, Law and Borders: At the Limits of Liberties*, Routledge, Londra, 2011

BASCHERINI G., Immigrazione, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2000

BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storica costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli, 2007

BASILIEN-GAINCHE M.L., Immigration Detention under the Return Directive: the CJEU Shadowed Lights, in *European Journal of Migration and Law*, 17, 2015

BATTJES H., In Search of a Fair Balance: the Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Re-assessed, in *Leiden Journal of International Law*, 22/2009

BATTJES H., *Territoriality and Asylum Law: The Use of Territorial Jurisdiction to Circumvent Legal Obligations and Human Rights Law Responses*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 47/2017

BELL T., Special international zone in theory and practice, in *Chapman Law Review*, 2/21, 2018

BELLUCCIO D., L'abrogazione della protezione umanitaria, i permessi di soggiorno per protezione speciale ed i nuovi titoli di soggiorno, in *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, CURI F. (a cura di), Pacini Giuridica, Pisa 2019

BENEDETTI E., *Il diritto di asilo e la protezione dei rifugiati nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, CEDAM, Padova, 2010

BENVENUTI M., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 2007

BENVENUTI M., Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019

BENVENUTI P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, il Sirente, Campobasso, 2008

BERNARDINI L., «Libertà va cercando...» Una detenzione “atipica”, uno “scontro” tra Corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?, in *La Legislazione Penale*, 2020

BERNARDINI L., La detenzione degli stranieri tra “restrizione” e “privazione” di libertà: la CEDU alla ricerca di Godot, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2021

BESSON S., The extraterritoriality of the European Convention on Human Rights. Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to, in *Leiden Journal of International Law*, 25/2012

BHUTA N., *The Frontiers of Human Rights – Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2016

BIFULCO M., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001

- BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006
- BIGO D., GUILD E., CARRERA S. (a cura di), *Foreigners, Refugees or Minorities? Rethinking People in the Context of Border Controls and Visas*, in Ashgate, Londra, 2013
- BIN R. ET AL (a cura di), *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2001
- BIONDI DAL MONTE F., Le fonti nel diritto dell'immigrazione, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, CORTESE F., PELACANI G. (a cura di), Editoriale scientifica, Napoli, 2017
- CORTESE F., PELACANI G. (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* Editoriale scientifica, Napoli, 2017
- BISCOTTINI G., I diritti fondamentali dello straniero, in *Diritto internazionale*, 1963
- BLOOM T., RISSE V., Examining hidden coercion at state borders: Why carrier sanctions cannot be justified, in *Ethnic and Global Politics*, 7/2, 2014
- BONETTI P., *La Giurisprudenza Costituzionale sui Diritti Fondamentali degli Stranieri e sulle Discriminazioni*, 2011, relazione al convegno "La tutela del migrante dalle discriminazioni fondate sulla nazionalità e/o sul fattore etnico-razziale"
- BONETTI P. (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Giappichelli, Torino, 2016
- BONETTI P., Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017
- BONETTI P., Il respingimento differito disposto dal questore dopo la sentenza n. 275/2017 della Corte Costituzionale, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2018
- BONETTI P., L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, nè alcuna disciplina efficace dell'immigrazione, in *Diritto Costituzionale* 3, 2019
- BONETTI P., Migrazioni e stranieri di fronte alla costituzione: una introduzione, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2, 2020
- BONETTI P., Migrazioni e stranieri di fronte alla Costituzione. Una introduzione, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2, 2020
- BORGONOVO D., [Trentino Alto Adige] I visti con validità territoriale limitata: l'esempio dei corridoi umanitari nella Provincia autonoma di Trento, in *Le Regioni, Bimestrale di analisi giuridica e istituzionale*, 5, 2019

- BORRACCETTI M., Il Nuovo Patto Europeo sull'Immigrazione e l'Asilo: continuità o discontinuità con il passato?, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 1, 2021
- BREIRENMOSE W., Human Rights v. Extradition: the Soering Case, in *Michigan Journal International Law*, 11, 1990
- BREMS E., GERARDS J. (a cura di), *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- BROGNA G., Il sistema di protezione istituito dal Protocollo opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura: tassello mancante o inutile duplicazione?, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013
- BROUWER E.R., Effective Remedies for Third Country Nationals in EU law: Justice Accessible to All?, in *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, GUILD E., MINDERHOUD P. (a cura di), Brill, Leida, 2001
- BROWER E. R., Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof, in *Utrecht Law Review*, 9/1, 2013
- BROWER E., *Digital Borders and Real Right. Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System*, Brill, Leida, 2008
- BROUWER E., Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection, in *European Public Law*, 26/1, 2020
- BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019
- BRUNO G. C., CARUSO I., SANNA M., VELLECCO I. (a cura di), *Percorsi Migranti*, McGraws Hill, Milano, 2011
- BRYAN I., LANGFORD P., The Lawful Detention of Unauthorised Aliens under the European System for the Protection of Human Rights, in *Nordic Journal of International Law*, 2/80, 2011
- BUFALINI A., *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, in ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, Aprile 2020
- CAGGIANO G., La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione dei diritti umani, in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2014
- CAGGIANO G., Interoperabilità delle banche-dati dell'UE sui cittadini degli Stati terzi, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2020
- CAGGIANO G., Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, DI STASI A., ROSSI L.S. (a cura di), Napoli, 2020
- CAIOLA A., Migrants irréguliers et limites aux sanctions pénales nationales, in *Revue des affaires européennes*, 2016

CAMPESI G., *Lo statuto della detenzione amministrativa degli stranieri. Una prospettiva teorico-giuridica*, in *Ragion Pratica*, 2/2014

CAMPESI G., *Polizia della frontiera. Frontex e la produzione dello spazio europeo*, DeriveApprodi, Roma, 2015

CAMPESI G., *Seeking Asylum in Times of Crisis: Reception, Confinement, and Detention at Europe's Southern Border*, in *Refugee Survey Quarterly*, 37/1, 2018

CAMPESI G., *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of "Anomalous Zone" for Migration Management*, in *Asile*, 27 novembre 2020

CAMPESI G., *Normalising the hotspot approach. An Analysis of the Commission's Most Recent Proposals*, in *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, CARRERA S., CURTIS D., GEDDES A. (a cura di), EUI, Firenze, 2020

CANCELLARO F., *Dagli Hotspot ai "Porti Chiusi": Quali Rimedi per la Libertà Sequestrata alla Frontiera?*, in *Sistema Penale*, 2020

CAPUTO A., PEPINO L., *Giudice di Pace e habeas corpus dopo le modifiche al Testo Unico sull'Immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 3, 2004

CARRERA S., CURTIS D., GEDDES A. (a cura di), *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, EUI, Firenze, 2020

CARRERA S., *The Strasbourg court judgement 'N.D. and N.T. v Spain': a 'carte blanche' to push backs at EU external borders?*, EUI Working Papers, 2020

CARLIER J-Y., LEBOEUF L., *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits : une voie moyenne ? À propos de l'affaire X et X (PPU C-638/16)*, in *Réseau Universitaire européen*, 2017

CARLINO V., *Il respingimento differito dello straniero, tra profili di incostituzionalità e occasioni mancate di rettifica*, in *Federalismi*, 17, 2018

CARPANELLI E., LAZZERINI N., (a cura di), *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Springer, Berlino, 2019

CASADONTE A., DI BARI P.L., *L'espulsione, l'accompagnamento alla frontiera e il trattenimento secondo la legge Bossi-Fini n. 189/2002 ovvero il massimo rigore apparente senza proporzionalità ed efficienza. Garanzie minime e incertezze delle divergenti vie del controllo giurisdizionale. Conseguenti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2002

CASOLARI F., *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 25, 2015

CASSESE A., A new Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture, in *The American Journal of International Law*, 83, 1989

CASSESE S., *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma, 2009

CATALDI G., DEL GUERCIO A., LIGUORI A. (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014

CELORIA E., La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, in *Freedom, Security and Justice*, 2, 2021

CELLAMARE G., Schengen, sistema di, in *Enciclopedia del diritto Annali X*, Giuffrè, Torino, 2017

CESARZ M., Carriers' liability in the European Union in the era of migration and the refugee crisis, in *Pogranicze. Polish Borderlands Studies*, 7/1, 2019

CHATZIVASSILIOU D., *The Guarantees of Judicial Control with Respect to Deprivation of Liberty under Article 5 of the European Convention on Human Rights: An Overview of Strasbourg Case-Law*, ERA Forum, 5/2004

CHERCHI R., Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2019

CHERUBINI F., Asilo e cittadinanza europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014

CHERUBINI F., *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012

CHETAİL V., BRUYKER P. DE, MAIANI F. (a cura di), *Reforming the common European asylum system. The New European refugee law*, Brill, Boston, 2016

CHETAİL V., *International Migration Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019

CHETAİL V., Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains et dégradants, in *Revue belge de droit international*, 37, 2004

CHOLWEINSKI R., No right to entry: the legal regime on crossing the EU external border, in *In Search of Europe's borders, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, GROENENDIJK K., GUILD E., MINDERHOUD P. (a cura di), Vol 5, Brill, Leida, 2002

CILIBERTO G., ROŞU A.M., Asilo e protezione internazionale nella Cedu, in *Questione Giustizia*, 2019

CLINE D., Deprivation of Liberty: Has the European Court of Human Rights Recognised a 'Public Safety' Exception?, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 26/76, 2013

CLOCHARD O., *Zones d'attente et demande d'asile à la frontière: le renforcement des contrôles migratoires ?*, in *Revue européenne des migrations internationales*, 2/19, 2003

CODINI E., *La cittadinanza. Uno studio sulla disciplina italiana nel contesto dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2017

COHEN G.J., *La Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue International de Droit Comparé* 1989

COHEN-JONATHAN G., *La convention européenne des droits de l'homme*, Decaux, Paris, 1989

COLLINSON S., *Visa requirements, carrier sanctions, "safe third countries" and "readmission": the development of an asylum "buffer zone" in Europe*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 21/1, 1994

COLOMBO E., *Trattenimento nelle zone di transito e inammissibilità delle domande di asilo. La Corte di giustizia e le procedure di frontiera*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2020

CONDINANZI M., NASCIMBENE B., LANG A., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, Giuffrè, 2006

CONTI R. G., DI ROSA G., PISCITELLO C. R., *Articolo 3 CEDU e condizioni umane di detenzione*, Key Editore, Milano, 2017

CORNELISSE G., *Detention and transnational law in European Union: constitutional protection between complementary and inconsistency*, in *Challenging Immigration Detention: Academics, Activists and Policy-Makers*, M. J. FLYNN (a cura di), Edward Elgar, Cheltenham, 2017

CORNELISSE G., *Human Rights for Immigration Detainees in Strasbourg: Limited Sovereignty or a Limited Discourse*, in *European Journal on Immigration and Law*, 2004

CORNELISSE G., *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford, 2020

CORNELISSE G., RENEMAN M., *Part 2: Legal assessment of the implementation of Article 43 of Directive 2013/32/EU on common procedures for granting and withdrawing international protection*, in *Asylum procedures at the borders*, European Implementation Assessment, European Parliament, 2020

CORNELISSE G., *Territory, Procedures and, Rights: Border Procedures in European Asylum Law*, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016

CORNELISSE G., *The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions*, in *EU MigrationBlog*, 6 gennaio 2021

CORNELISSE G., *The Scope of the Return Directive: How Much Space Is Left for National (Criminal) Procedural Law on Irregular Migration?*, in *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P. (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2020

CORSI C., *Lo Stato e lo straniero*, CEDAM, Padova, 2001

CORSI C., Voce Straniero (dir. cost.), in *Enciclopedia del diritto, Annali, VI*, Giuffrè, Milano, 2013

CORTESE F., PELACANI G. (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017

COSTELLO C., Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored, in *Human Rights Law Review*, 2/12, 2012

COSTELLO C., FOSTER M., MCADAM J. (a cura di), *The Oxford Handbook on International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021

COSTELLO C., HANCOX E., The recast asylum procedure directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum Seeker and the Vulnerable Refugee, in *Reforming the common European asylum system. The New European refugee law*, CHETAIL V., BRUYKER P. DE, MAIANI F. (a cura di), Brill, Boston

COSTELLO C., Immigration detention. The ground beneath our feet, in *Current Legal Problems*, 68/2015

COSTELLO C., MOUZOURAKIS M., EU Law and the Detainability of Asylum Seekers, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016

COSTELLO C., Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 46, 2015

COSTELLO C., *The asylum procedures directive in context: equivocal standards meet general principles*, Hart Publishing, Oxford, 2007

COSTELLO C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015

CRÉPEAU F., Managing migrations at the external borders of the European Union: meeting the human rights challenges, in *Journal Européen des Droits de l'Homme - European Journal of Human Rights (JEDH)*, 5, 2014

CRUZ A., Carrier Sanctions in Four European Community States: Incompatibilities Between International Civil Aviation and Human Rights Obligations, in *Journal of Refugee Studies*, 1/4, 1991

CULLEN A., Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights, in *California Western International Law Journal*, 34/2003

CUCCHIARA M.F., Ancora sui rapporti tra pena detentiva e Direttiva Rimpatri. La decisione della Corte di Giustizia nel caso Affum, in *Giurisprudenza Penale*, 7, 2016

CUNIBERTI, Espulsione dello straniero e libertà costituzionali, in *Diritto Pubblico*, 2000

- CUNIBERTI M., L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale, in *Le Regioni*, 2006
- CURI F. (a cura di), *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini Giuridica, Pisa 2019
- CUTTITTA P., *Lo spettacolo del confine. Lampedusa tra produzione e messa in scena della frontiera*, Mimesis, Milano, 2013
- D'ABBRUNZO P., Il regime di concessione dei visti umanitari tra diritto dell'Unione e diritto nazionale: una nuova sfida per i diritti umani, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2017
- D'AMICO M., Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto, in *Rivista AIC*, 4, 2018
- D'AMICO M., BILANCIA P. (a cura di), *La nuova Europa*, Giuffrè, Milano, 2009
- D'ANTONIO S., Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2017
- D'ATENA A., *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2017
- DAMATO A., Estradizione e divieto di trattamenti inumani o degradanti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991
- DANISI C., Divieto e definizione di tortura nella normativa internazionale dei diritti dell'uomo, in *Diritto e Diritti*, 2009
- DE BOER T., Closing Legal Black Holes: The Role of Extraterritorial Jurisdiction in Refugee Rights Protection, in *Journal of Refugee Studies*, 1/28, 2014
- DE BRUYKER P., *Le niveau d'harmonisation législative de la politique européenne d'immigration et d'asile*, in *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, EDSTORM O., LAFÉRIÈRE F. J., LABAYE H. (a cura di), Bruylant, Parigi, 2015,
- DE BRUYKERE P. (a cura di), *Alternatives to immigration and asylum detention in the EU. Time for implementation*, Odysseus Network, 2015
- DE CONINCK J., *(Il-)Legal Gymnastics by Poland and Hungary in EU Border Procedures*, in *VerfassungsBlog*, 11 novembre 2021
- DE SCHUTTER O., Globalization and Jurisdiction: Lessons from the European Convention on Human Rights, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006
- DE SENA P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino
- DE VITTOR F., Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Diritto Costituzionale. Rivista Quadrimestrale*, 2/2020

DE WECK F., *Non-refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture*, Brill, Leida, 2016

DE WET E., The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and its Implication for National and Customary Law, in *European Journal of International Law*, 1/15, 2004

DEL GUERCIO A., La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano, in *Il diritto di asilo in Europa*, CATALDI G., DEL GUERCIO A., LIGUORI A. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2014

DEL GUERCIO A., La protezione dello straniero in fuga da situazioni di violenza generalizzata nella CEDU e nella direttiva «qualifiche», in *Percorsi Migranti*, BRUNO G. C., CARUSO I., SANNA M., VELLECCO I. (a cura di), McGraws Hill, Milano, 2011

DEL GUERCIO A., La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa, in *European Papers*, 1/2, 2017

DELLA CANANEA G., DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007

DEN HEJER M., Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case, in *International Journal of Refugee Law*, 25/2, 2013

DEN WYNGAERT V., Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990

DI CHIARA G., FIANDACA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003

DI FILIPPO M., *Il sistema comune di gestione delle frontiere elaborato dall'Unione Europea*, in *Immigrazione, diritto, diritti. Profili internazionalistici ed europei*, A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), CEDAM, Padova, 2012

DI FILIPPO M., Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case-Law, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 2020

DI MAURO O., *L'evoluzione storica della politica migratoria in Europa*, in *ADIR-l'altro diritto*

DI PASCALE A., L'impatto del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale, in *Ius Migrandi. Trent'anni di di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, M. GIOVANNETTI, N. ZORZELLA (a cura di), FrancoAngeli, Milano, 2020

DI PASCALE A., Respingimento dello straniero e controlli alle frontiere interne e esterne nel diritto dell'UE, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2020

DI STASI A., Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi, in *Corte Edu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, ID. (a cura di), CEDAM, Padova, 2020

- DI STASI A., ROSSI L.S. (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020
- DOEBBLER F.J., *The Principle of Non-Discrimination in International Law*, CD Editore, Washington, 2007
- DUSKOVA S., Migration Control and Detention of Migrants and Asylum Seekers-Motivations, Rationale and Challenges, in *Groningen Journal of International Law*, 1/5, 2017
- EDSTORM O., LAFÉRIÈRE F. J., LABAYE H. (a cura di), *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruylant, Parigi, 2015
- EDWARDS A., FIELD O., Alternatives to detention of asylum seekers and refugees, UNHCR, 2006
- EDWARDS A., *Back to Basics: the Right to Liberty and Alternatives to Detention of Asylum Seekers, Refugees and other Migrants*, UNHCR Division on International Protection, PPLA/2011/01.Rev. 1, Aprile 2011
- EKELUND H., The establishment of FRONTEX: A new institutionalist approach, in *Journal of European Integration*, 2013
- EMMERSON B., ASHWORTH A., MACDONALD A., *Human rights and criminal justice*, Sweet and Maxwell, Londra, 2007
- ESPOSITO A., Le pene vietate nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3/2012
- ESPOSITO C., Asilo (diritto di), dir. cost, in *Enciclopedia del Diritto, Vol. III.*, Giuffrè, Milano, 1958
- FAROLE T., AKINCI G., *Introduction to Special economic zones: progress, emerging challenges, and future directions*, Banca Mondiale, Washington, 2011
- FARRIOR S. (a cura di), *Equality and Non-Discrimination in International Law*, Routledge, Londra, 2015
- FAVILLI C., *Il trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, Franco Angeli, Milano, 2010
- FAVILLI C., Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2015
- FAVILLI C., Visti umanitari e protezione internazionale. Così vicini, così lontani, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2, 2017
- FELLER E., Carrier Sanctions and International Law, in *International Journal of Refugee Law*, 1/1, 1989

- FERRARI G.F., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001
- FERRARO F., *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014
- FIORITTO A., *L'Amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Milano, 2018
- FITZGERLAD D.S., *Remote control of migration: theorising territoriality, shared coercion, and deterrence*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1/46, 2020
- FLYNN M., *There and "back" again. On the Diffusion of Immigration Detention*, in *Journal on Migration and Human Security*, 2014
- FORDHAM M., J. STEFANELLI, S. ESER *Immigration Detention and the Rule of Law. Safeguarding Principles*, BIICL, Londra, 2013
- FOSTER M., *Protection Elsewhere: The Legal Implications of Requiring Refugees to Seek Protection in Another State*, in *Michigan Journal of International Law*, 28/2, 2007
- FOX P.D., *International Asylum and Boat People: The Tampa Affair and Australia "Pacific Solution"*, in *Maryland Journal of International Law*, 2010
- FRÉTIGNY J.B., *Air Travel Opens New Understanding of Borders: The Case of Paris Charles de Gaulle Airport*, in *Annales de géographie*, 2014
- FROSTAD M., *The "Colonial Clause" and the Extra-territorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights 56 and its Relationship to Article 1*, in *Artic Review on Law and Politics*, 1/4, 2013
- GAMMELTOFT-HANSEN T., *Access to asylum: international refugee law and the globalisation of migration control*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- GAMMELTOFT-HANSEN T., HATAHWAY J.C., *Non-refoulement in a world of cooperative deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2/53, 2015
- GATTA F. L., *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019
- GATTA F. L., *Vie di accesso legale alla protezione internazionale nell'Unione europea: iniziative e (insufficienti) risultati nella politica europea di asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2018
- GATTA F., *Espulsione dello straniero e rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU: la posizione del richiedente asilo esige un esame rigoroso e completo di tutti gli elementi*, in *Rivista eurojus*, 2015

GATTA F.L., Diritti Umani e Stato di Diritto alle Frontiere: lo “Scontro” tra le Corti Europee sul Trattenimento dei Migranti nelle Zone di Transito, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020

GENEVOIS B., *L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-307 du 25 février 1992*, in *Revue française de droit administratif*, 2/8, 1992

GERARDS J., *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019

GIANELLI A., Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008

GIBNEY M., SKOGLY S. (a cura di), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2010

GIL BAZO M.T., Refugee Protection under International Human Rights Law: from Non-Refoulement to Residence and Citizenship, in *Refugee Survey Quarterly*, 34/1, 2015

GIL BRAZO M.T., The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the right to be granted asylum in the Union's law, in *Refugee Survey Quarterly*, 27/3, 2008

GIOLO O., PIFFERI M. (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, Torino, 2009

GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, Pisa, Pacini Editore, 2021

GIUFFRÈ M., Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019, in *Questione Giustizia*, 1, 2020

GIUFFRÈ M., Watered-Down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others v. Italy, in *International and Comparative Law Quarterly*, 62/3, 2012

GJERGJI I., *Circolari amministrative e immigrazione*, FrancoAngeli, Milano, 2013

GOLDNER LANG I., NAGY B., External Border Control Techniques in the EU as a Challenge to the Principle of Non-Refoulement, in *European Constitutional Law Review*, 17, 2021

GOODWIN-GILL G. S., MCADAM J., *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Oxford

GORTAZAR C., *Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001

GRAMMELTOFT-HANSEN T., Growing Barriers: International Refugee Law, in *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, GIBNEY M., SKOGLY S. (a cura di), University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2010

GREER S., Is the Prohibition Against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment really 'Absolute' in International Human Rights Law?, in *Human Rights Law Review*, 15/1, 2015

GREUSSING E., Shifting the refugee narrative? An automated frame analysis of Europe's 2015 refugee crisis, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 43, 2017

GRISOSTOLO F.E., MONTANAR L. I, I diritti degli stranieri di fronte al giudice costituzionale italiano. Il ruolo della questione incidentale nel complesso del sistema di tutela dei diritti, in *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, SEVERINO C., ALCATRAZ H. (a cura di), UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE), Aix en Provence, 2021

GROENENDIJK K., GUILD E., MINDERHOUD P. (a cura di), *In Search of Europe's borders, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Vol 5, Brill, Leida, 2002

GRUEVSKA DRAKULEVSKI A., The Nelson Mandela Rules: The Revised United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners - Short Review, in *Iustinianus Primus Law Review*, 1/8, 2017

GUIA M.J., KOULISH R., MIITSILEGAS V. (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, Springer, Berlino, 2016

GUILD E., Art. 19 – Protection in the Event of Removal, Expulsion and Extradition, in PEERS S., HARVEY T., KENNER J., WARD A., *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Bloomsbury, Londra, 2014

GUILD E., MINDERHOUD P. (a cura di), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Brill, Leida, 2001

GUIRAUDON V., LAHAV G., A reappraisal of the State sovereignty debate. The case of Migration Control, in *Comparative Political Studies*, 3, 2000

GUIRAUDON V., *Les politiques d'immigration en Europe, Allemagne, France, Pays Bas*, L'Harmattan, Parigi, 2000

HAILBRONNER K., Detention of Asylum Seekers, in *European Journal on Migration and Law*, 2/9, 2007

HAILBRONNER K., THYM D. (a cura di), *EU immigration and asylum law. A commentary*, Brill, Leida, 2016

HANKE P., VITIELLO D., High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability", in *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, CARPANELLI E., LAZZERINI N., (a cura di), Springer, Berlino, 2019

HAPPOLD M., Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights, in *Human Rights Law Review*, 1/3, 2003

- HARTA L., We Only Do What's Necessary? Detention of Asylum Seekers in European Law, in *Common Law Review*, 2018
- HATHAWAY J. C., The Emerging Politics of non-entrée, in *Refugees*, 91, 1992
- HATHAWAY J. C., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- HIPPLER BELLO J., KOKOTT J., *Amuur v France*, in the American Journal of International Law, 2/91, 1997
- ILOPULOS-STRANGAS J., POTACS M., SIMINA TANASESCU E., ZILLER J. (a cura di), *Migration: new challenges for Europe, for State sovereignty and for the rule of law and the welfare state*, Nomos, Baden-Baden, 2017
- IPPOLITO F., Migration and asylum cases before the court of justice of the European Union: putting the EU charter of fundamental rights to test?, in *European Journal of Migration and Law*, 2015
- IPPOLITO F., VELLUTI S., The recast process of the EU asylum system. A balancing act between efficiency and fairness, in *Refugee Survey Quarterly*, 30/3, 2011
- ISERTE M., *Enquête en «zone d'attente réservée» de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle: vers une gestion sécuritaire des « flux migratoires »*, in *Cultures et Conflits*, 71, 2008
- JAKULEVIČIENĖ L., *Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedure at the EU external borders*, eumigrationlawblog, 27 ottobre 2020
- JENSEN U. I., *Humanitarian visas: option or obligation?*, EP, Study for the LIBE Committee, 2014
- KILINSBERG E.A., Penetrating the Entry doctrine: Excludable Alien's Constitutional Rights in Immigration Processes, in *Immigration and Naturalisation Law Review*, 1990
- KING H., The Extraterritorial Human Rights Obligations of States, in *Human Rights Law Review*, 2009
- KOUTSOURAKI E., The Indefinite Detention of Undesirable and Unreturnable Third-Country Nationals in Greece, in *Refugee Survey Quarterly*, 36, 2017
- KRIEBAUM V.U., *Prevention of torture in Europe – CPT modus operandi*, Association for The Prevention of Torture, Ginevra, 2002
- LAMBERT H., *The Position of Aliens in the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2006
- LANAERTS K., Exploring the limits of the EU Charter on fundamental rights, in *European Constitutional Law Review*, 8/3, 2012

- LAZARUS HIRSH A., *The borders beyond the border: Australia's extraterritorial Migration Control*, in *Refugee Survey Quarterly*, 3/36, 2017
- LEE E., The end of entry fiction, in *North Carolina Law Review*, 3/99, 2021
- LENZERINI F., Il principio di non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, in *Rivista di diritto internazionale*, 95/3, 2012
- LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007
- LIGUORI A., La Corte Europea per i Diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2, 2012
- LILLICH R. B., The Soering Case, in *The American Journal of International Law*, 85, 1991
- LIVINGSTONE S., Prisoners Rights in the context of the European Convention on Human Rights, in *Punishment and Society*, 2/3, 2010
- LOCCHI M.C., Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese, in *DPCE online*, 2017
- LOCCHI M.C., Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese, in *DPCE online*, 2/2017
- LUGATO M., *Trattati di estradizione e norme internazionali sui diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2006
- MACNAMARA F., *Externalised and Privatized Procedures of EU Migration Control and Border Management: A Study of EU Member State Control and Legal Responsibility*, EUI doctoral thesis, 2017
- MADDALENA M.L., Espulsione dello straniero imputato, in *Giusprudenza penale*, 2003
- MAGNER T., *A less than Pacific solution for asylum seekers in Australia*, in *International Journal of Refugee Law*, 1/16, 2004
- MAILLET P., *Excision or the Australian Government's Attempt to Subvert the Refugee Convention through Extra-Territoriality*, in *Nowhere Countries: Exclusion of Non-citizens from Rights through Extra-Territoriality at Home*, P. MAILLET (a cura di), Brill, Leida, 2019
- MAILLET P., *Exclusion From Rights Through Extra-Territoriality at Home: The Case of Paris Roissy- Charles De Gaulle Airport's Waiting Zone*, Theses and Dissertations (Comprehensive), 2017
- MAILLET P., MOUNTZ A., WILLIAMS K., *Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Serach and Rescue Region*, in *Social and Legal Studies*, 2/27, 2018
- MAJCHER I., FLYNN M., GRANGE M., *Immigration Detention in the European Union. In the Shadow of the "Crisis"*, Springer, Ginevra, 2020

- MAJCHER I., *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law*, Brill, Leida, 2020
- MALCOM EVANS D., MORGAN R., *Preventing torture – A study of the European Convention for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Clarendon Press, Oxford, 1998
- MANCANO L., *Storming the bastille. Detention conditions, the right to liberty and the case for approximation in EU law*, in *Common Market Law Review*, 56/1, 2019
- MARAKEMI C., *Governing borders in France: from extraterritorial to humanitarian confinement*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 3/24, 2009
- MARCHEGIANI M., *Antico mare e identità migranti: un itinerario interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2017
- MARCHEGIANI M., *La riforma del sistema comune europeo di asilo: verso una procedura comune e uno status uniforme?*, in *Diritto Pubblico*, 1/2020
- MARCHEGIANI M., *Il principio di non-refoulement ai tempi del COVID-19*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3/2021
- MARIN L., *La Corte di Giustizia Riporta le 'Zone di Transito' Ungheresi Dentro il Perimetro del Diritto (Europeo) e dei Diritti (Fondamentali)*, in ADIM Blog, 30 maggio 2020
- MARIN L., *The 2020 Proposals for Pre-Entry Screening and Amended Border Procedures: a System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?*, ADiMblog, Novembre 2020
- MARINAI S., *L'Unione europea e i canali di accesso legale per i bisognosi di protezione internazionale*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2020
- MAROTTA F., *Responsabilità dello Stato estradante con riferimento all'art. 3 della Convenzione. Considerazioni sulla sentenza Soering*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989
- MARX R., *Non – Refoulement, Access to Procedures, and Responsibility for Determining Refugee Claims*, in *International Journal of Refugee Law*, 7, 1995
- MATONTI A.I., *Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso Khlaifia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2017
- MAURO M.R., *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of International Law*, 27, 2017
- MAVRINCOLA N., *Crime, punishment and article 3 ECHR: puzzles and prospects of applying an absolute right in a penal context*, in *Human Rights Law Review*, 2015
- MAVRONICOLA N., *'What is an 'Absolute Right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights'*, in *Human Rights Law Review*, 12/4, 2012

MCCALL SMITH K., Introductory Note to United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), in *International Legal Materials*, 6/55, 2016

MEIJERS H., ET AL (a cura di), *Schengen: Internationalisation of Central Chapters of the Law on Aliens. Refugees. Privacy. Security and the Police*, Stichting NCJM-Boekerij, Leida, 1992

MELONI A., EU Visa and Border Control Policies: What Roles for Security and Reciprocity?, in *Foreigners, Refugees or Minorities? Rethinking People in the Context of Border Controls and Visas*, in BIGO D., GUILD E., CARRERA S. (a cura di), Ashgate, Londra, 2013

MIELE R., Il quadro della disciplina italiana dell'immigrazione e della condizione dello straniero: l'evoluzione, il diritto vigente e le prospettive di riforma, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, BENVENUTI P. (a cura di), il Sirente, Campobasso, 2008

MIGNOLLI A., VITIELLO D., L'Unione europea, il Sistema Schengen e le migrazioni via mare. Considerazioni in merito al recente "caso Lampedusa", in *Atlante geopolitico del Mediterraneo*, ANGHELONE F., UNGARI A. (a cura di), Datanews, Roma, 2012

MILANOVIC M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011

MILANOVIC M., From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties, in *Human Rights Law Review*, 8/2008

MILANOVIC M., Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in *The ECHR and International Law* AEKEN A. V., MOTOC J. (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2018

MILANOVIC M., PAPIC T., The Applicability of ECHR in Contested Territories, in *International Comparative Law Quarterly*, 67, 2018

MINK J., EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment, in *European Journal of Migration and Law*, 2012

MITSILEGAS V., Immigration Detention, Risk and Human Rights in the Law of the European Union. Lessons from the Returns Directive, in *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, GUIDA M.J., KOULISH R., MITSILEGAS V. (a cura di), Springer, Berlino, 2016

MOLE N., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2000

MONTANARI L., La giurisprudenza costituzionale in materia di diritti degli stranieri, in *Federalismi*, 2, 2019

MONTICELLI M., *Lo strano caso delle zone di transito degli aeroporti*, in iusinitinere.it

MORANDI N., La protezione speciale nell'ambito del procedimento di protezione internazionale. La relazione tra la "vecchia" protezione umanitaria e la nuova protezione speciale nei giudizi

pendenti, in *Immigrazione, protezione internazionale e misure penali*, GIOVANNETTI M., ZORZELLA N. (a cura di), Pisa, Pacini Editore, 2021.

MORARU M., CORNELISSE G., DE BRUYCKER P. (a cura di), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2020

MORENO-LAX V., Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers' Sanctions with EU Member States' Obligations to Provide International Protection to Refugees, in *European Journal of Migration and Law*, 10/3, 2008

MORENO-LAX V., Beyond Saadi v UK: Why the Unnecessary Detention of Asylum Seekers is inadmissible under EU Law, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 5/166, 2011

MORENO LAX V., Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?, in *Human Rights Law Review*, 3/12, 2012

MORENO LAX V., The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the “Operational Model”, in *German Law Journal*, 21/2020

MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2008

MOROZZO DELLA ROCCA P., Inespellibilità e regolarizzazione dello straniero presente sul territorio nazionale, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, MOROZZO DELLA ROCCA P. (a cura di), Giuffrè, Milano 2008

MOROZZO DELLA ROCCA P., Protezione umanitaria una e trina, in *Questione Giustizia*, 2, 2018

MOROZZO DELLA ROCCA P., *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, Maggioli, Rimini, 2021

MORSELLI C., *Testo unico immigrazione. Commentario di legislazione, giurisprudenza, dottrina*, Pacini Giuridica, Pisa, 2019

MOUTZOURAKIS M., More Laws, Less Law: The European Union’ s New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of the ‘Asylum Seekers’ Status’, in *European Law Journal*, 2021

MOYA D., MILIOS G. (a cura di), *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, Brill, Leida, 2021

MOWBRAY A.R., HARVEY C., *The development of positive obligation under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Londra, 2004

MUNGIAU R., *Frontex and Non-Refoulement: The International Responsibility of the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

MURDOCH V. J., *The treatment of prisoners - European standards*, Council of Europe, 2006

- MURRAY R., The Role of National Human Rights Institutions, in *International Human Rights Law. Six decades after the UDHR and Beyond*, BADERIN M.A., SSENYONJO M. (a cura di), Routledge, Londra, 2010
- NASCIMBENE B., (a cura di) *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995
- NASCIMBENE B., *La condizione giuridica dello straniero*, CEDAM, Padova, 1997
- NASCIMBENE B., Lo “spazio Schengen”: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto: studi in onore di Francesco Capotorti*, Vol II, Milano, Giuffrè, 1999
- NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, CEDAM, Padova, 2004
- NASCIMBENE B., LANG A., *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea ad una svolta?*, in forumcostituzionale.it, 2007
- NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012
- NASCIMBENE B., DI PASCALE A., Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato, *rivistaeurojus*, 3/2020
- NEAL A.W., Securitization and Risk at the EU Border: The Origins of FRONTEX, in *Journal of Common Market Studies*, 47/2
- NICOLOSI S.F., Going unnoticed? Diagnosing the right to asylum in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, in *European Law Journal*, 23/1-2, 2017
- NIGRO R., The Notion of Jurisdiction in Article 1: future scenarios for the extra-territorial application of the European Convention on Human Rights, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2010
- NOWAK M., Challenges to the Absolute nature of the Prohibition of Torture and Ill Treatments, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 23/4, 2005
- NOWAK M., MCARTHUR E., *The United Nations Convention against Torture, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- O'NIONS H., *Exposing Flaws in the Detention of Asylum Seekers: a critique of Saadi*, in *Nottingham Law Journal*, 2/8, 2008
- O' NIONS H., *No Right to Liberty/ The Detention of Asylum Seekers for Administrative Convenience*, in *European Journal of Migration and Law*, 2/10
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III[^] ed., Cedam, Padova, 2003

- PALLADINO R., *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018
- PACIOTTA E. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2001
- PANZERA C., RAUTI A., SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene, Napoli, 2016
- PANZERA C., RAUTI A. (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020
- PAOLI S., *Frontiera Sud. L'Italia e la nascita dell'Europa di Schengen*, Mondadori, Milano 2018
- PAPANIA R., *La tutela giurisdizionale degli stranieri tra sistema dualistico, giurisdizione piena del giudice ordinario e tendenze migratorie dalla giurisdizione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2013
- PAPANICOLOPULU I., *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione Europea dei Diritti Umani nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in *I Diritti Umani di Fronte al Giudice Internazionale: Atti della Giornata di Studio in Memoria di Carlo Russo*,. SCOVAZZI T, PAPANICOLOPULU I. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2009
- PAPANICOLOPULU I., SCOVAZZI T, (a cura di), *I Diritti Umani di Fronte al Giudice Internazionale: Atti della Giornata di Studio in Memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Milano, 2009
- PAPANICOLOPULU I., *Hirsi Jamaa v. Italy. Application No. 27765/09*, in *American Journal of International Law*, 107/2, 2013
- PARISCIANI E., *Migranti in fuga da situazioni di conflitto e violenza indiscriminata e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: il caso Sufi e Elmi*, in *SidiBlog*, 2013
- PEDERSEN PERSHARD M., *Territorial jurisdiction in Article 1 of the European Convention on Human Rights*, *Nordic Journal of International Law*, 2004
- PEERS S., ACOSTA ARCARAZO D., GROENENDJIK K., MORENO-LAX V., *EU immigration and asylum law. Text and commentary*, Brill, Leida, 2011
- PEERS S., GUILD E., TOMKIN J., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Brill, Leida, 2012
- PEERS S., *Irregular Migrants: Can Humane Treatment be Balanced against Efficient Removal?*, in *European Journal of Migration and Law*, 17, 2015
- PENASA S., *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri, Quaderni della facoltà di giurisprudenza*, CORTESE F., PELACANI G. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017

PIAZZA G., Rimedi giustiziali e giurisdizionali avverso i provvedimenti amministrativi adottati nei confronti degli stranieri ai sensi del D. Lgs. n. 286 del 1998. Profili giurisprudenziali, in *Gli Stranieri*, 2002

PIJNENBURG A., *Is N.D. and N.T. v. Spain the new Hirsi?*, in EJIL: Talk! del 17 ottobre 2017

PINTO OLIVEIRA A. S., Alien's Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR), in *Aliens before the European Court of Human Rights. Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*, MOYA D., MILIOS G. (a cura di), Brill, Leida, 2021

PIZZOLANTE G., *Diritto di asilo e nuove esigenze di protezione internazionale nell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2012

POGGESCHI G., Il cosiddetto pacchetto legislativo “stop-Soros” e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una “democrazia illiberale”, in *DPCE online*, 2/2018

POPJOY S., Treating Like Alike: The Principle of Non-Discrimination as a Tool to Mandate the Equal Treatment of Refugees and Beneficiaries of Complementary Protection, in *Melbourne University Law Review*, 184, 2010

POWEL R., The Right to Security of the Person in European Court of Human Rights Jurisprudence, in *European Human Rights Law Review*, 2007

PUGIOTTO A., “Purchè se ne vadano”. La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2009, Lo statuto costituzionale del non cittadino, Atti del XIV Convegno annuale, Cagliari 16-17 ottobre 2009*, Jovene, Napoli, 2010

QUINGLEY J., SHANK A., Death Row as a Violation of Human Rights: Is It Illegal to Extradite to Virginia?, in *Virginia Journal of International Law*, 30, 1989

RAINEY B., WICKS E., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University press, Oxford, 2014

RAMOS J.R., The Right to Liberty of Asylum Seekers and the European Court of Human Rights in the Aftermath of the 2015 Refugee Crisis, in *Revista Electronica de Estudios Internacionales*, n. 39/2020

RAUTI A., Espulsione dello straniero e competenza del giudice di pace, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 4, 2004

RENEMAN A.M., *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Londra, Bloomsbury, 2016

RESCIGNO G.U., Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997

RICCI M., Lo straniero extracomunitario e il regime delle circolari, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1986

RIGGIU D., The Concept of Freedom of Movement in Europe - An Analysis of the EctHR Norms and of the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in *Diritto e Questioni Pubbliche: Rivista di Filosofia del Diritto e Questioni Giuridiche*, 9/2009

RIGO E., *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Europa allargata*, Meltemi Editore, Roma, 2007

ROBERT V.C.N., Si può o si deve migliorare il carcere? L'attività del Comitato per la Prevenzione della tortura presso il Consiglio d'Europa, in *Antigone. Quadrimestrale di Critica del Sistema Penale e Penitenziario*, 2009

ROMBOLI R., Immigrazione, libertà personale e riserva di giurisdizione, in *il Foro italiano*, 10, 2001

ROSSI D'AMBROSIO D., The Human Rights of Other-Law, Philosophy and Complication in Extra-territorial Application of the ECHR, in *SOAS Law Journal*, 1/2, 2015

ROSSI S., Codice Schengen e ingresso nella Ue: le vie di ricorso non sono infinite, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2013

ROSSI S., Respingimento alla frontiera e libertà personale. Il monito della Corte e le scelte del legislatore, in *Rivista AIC*, 1, 2019

RUEDIN X.B., Aliens' and Asylum Seekers' Detention under Article 5(1)(f) ECHR, in *Swiss Review of International Law*, 4/20, 2010

RUOTOLO G.M., L'immigrazione in Italia tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, in *Donne, civiltà e sistemi giuridici. Raccolta di testi dal Master internazionale congiunto "Femmes, civilisation et systèmes juridiques"*, CURTOTTI D., NOVI C., RIZZELLI G. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2007

RUOTOLO G.M., Diritto di asilo e status di rifugiato in Italia alla luce del diritto internazionale e della prassi interna recente, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2008

RYAN B., MITSILEGAS V., *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010

RYGIEL P., *Les politiques d'immigration en France des années 1970 aux années 1990*, in *Cahiers de l'institut CGT d'histoire sociale*, 2013

SACCUCCI A., I 'ripensamenti' della Corte europea sul caso Khlaifia: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2017

SALVADEGO L., I Respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 12/2018

DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, volume I, Giuffrè, Milano, 2006.

SAMPSON R., MITCHELL G., Global trends in immigration detention and alternatives to detention: practical, political and symbolic rationales, in *Journal of Migration and Human Security*, 1/3, 2013

SARANTAKI A.M., *Frontex and the Rising of a New Border Control Culture in Europe*, Routledge, Londra, 2023

SAVINO M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Giuffrè, Milano, 2012

SAVINO M., L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del due process. Il caso Khlaifia, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 4, 2015

SAVINO M., Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2017

SCARDO M., Respingimenti a catena e tutela cautelare del diritto d'asilo. Le ordinanze del Tribunale di Roma sulle 'riammissioni informali' in Slovenia, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 15/3, 2021

SCAROINA, E. *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, Cacucci, Bari, 2018

SCHABAS W. A., The Death Penalty as Cruel Treatment and Torture. Capital Punishment Challenged in the World's Court, in *Boston, Northern University Press*, 1996

SCHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015

SCISSA C., *La Corte di Giustizia dichiara l'Ungheria inadempiente per la legislazione anti-Soros: ma è davvero l'unica responsabile?*, in SIDIBlog, 3 dicembre 2021

SCOVAZZI T., PAPANICOLOPULU I. (a cura di), *I Diritti Umani di Fronte al Giudice Internazionale: Atti della Giornata di Studio in Memoria di Carlo Russo*, Giuffrè, Milano, 2009

SCUTO F., Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2020

SCUTO F., *Aliens Protection against Collective Expulsion by the Jurisprudence of the European Court on Human Rights*, in Federalismi.it, Focus Human Rights, Vol. 1, 2018

SCUTO F., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano, 2012

SEVERINO C., ALCATRAZ H. (a cura di), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE), Aix en Provence, 2021

SHACHAR A., *Bordering Migration/Migrating Borders*, in *Berkley Journal of International Law*, 37/93, 2019.

SHANY Y., Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law, in *The Law & Ethics of Human Rights*, 1/7, 2013

SHEA M. P., Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after Soering, in *Yale Journal International Law*, 87, 1992

SICCARDI C., *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del mediterraneo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021

SICCARDI C., Le frontiere esterne dell'Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali. Osservazioni a partire dai casi di Italia e Spagna, in *Europa Società aperta, Volume I, Problemi attuali e prospettive future*, M. D'AMICO ET AL. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2022

SILVERMAN S. J., MASSA E., Why Immigration Detention is Unique?, in *Population, Space and Place*, 6/18, 2012

SIRIANNI G., *La polizia degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 1999

SIRIANNI G., Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero, in *Diritto Pubblico*, 2020

SMET S., The 'Absolute' Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment in Article 3 ECHR: Truly a Question of Scope Only?, in *Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of Human Rights*, BREMS E., GERARDS J. (a cura di), Cambridge University Press, Cambridge, 2013

SODERSTROM K., *Flexible borders: The fiction of non-entry and asylum seekers in Germany*, CONREP Blog, 17 luglio 2019

SODERSTORM K., *An analysis of the fiction of non-entry as appearing in the Screening Regulation*, ECRE Commentary, September 2022

SPITALIERI F., *Il Rimpatrio e la Detenzione dello Straniero tra Esercizio di Prerogative Statali e Garanzie Sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2017

SPALTIERI F., *I limiti alla durata della detenzione dello straniero destinato a essere espulso tra garanzie CEDU e disciplina dell'Unione*, in *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea*, AA.VV., Cacucci, Bari, 2019

SPENA A., Resisting Immigration Detention, in *European Journal on Migration and Law*, 2/18, 2016

- SPIJKERBOER T., Subsidiarity and ‘Arguability’: the European Court of Human Rights’ Case Law on Judicial Review in Asylum Cases, in *International Journal of Refugee Law*, 21/1, 2009
- STARITA M., Il principio del non-refoulement tra controllo dell’accesso al territorio dell’Unione europea e protezione dei diritti umani, in *Diritto Pubblico*, 1, 2020
- STARITA M., Recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sui diritti dei richiedenti asilo, in *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), il foro italiano, gli speciali, 3, 2021
- STEENBERGEN J.D.M., *Schengen and the Movement of Persons*, in *Schengen: Internationalisation of Central Chapters of the Law on Aliens. Refugees. Privacy. Security and the Police*, MEIJERS H., ET AL (a cura di), Stichting NCJM-Boekerij, Leida, 1992
- STOYANOVA V., The Right to Leave any Country and the Interplay between Jurisdiction and Proportionality in Human Rights Law, in *International Journal of Refugee Law*, 3/32, 2020
- STRBAN G. ET AL., Return Procedures Applicable to Rejected Asylum-Seekers, in *Refugee Survey Quarterly*, 1/37, 2018
- SUDRE F., La notion de ‘peines et traitements inhumains ou dégradants’ dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Revue générale de droit international public*, 1984
- SUDRE F., *Extradition et peine de mort: arret Soering de la Cour européenne des droits de l’homme* in *Revue générale de droit international public* 1990
- SUDRE F., MARGUENAUD J. P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme*, ThemisDroit, Parigi, 2022
- TAYLOR S., *The Pacific Solution or a Pacific nightmare? The difference between burden shifting and responsibility sharing*, in *Asian-Pacific Law and Politics Journal*, 1/6, 2005
- THYM D., *European realpolitik: legislative uncertainties and operational pitfalls of the ‘New’ Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog.eu*, 28 settembre 2020
- TIZZANO A., *Liber amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018
- TONOLETTI B., Confini, Diritti, Migrazioni. Catastrofe del Diritto Pubblico Europeo, in *Il diritto in migrazione. Studi sull’integrazione giuridica degli stranieri*, CORTESE F., PELACANI G. (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2017,
- TROPEA G., Riparto di giurisdizione e immigrazione: note critiche sul “nomadismo giurisdizionale”, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1, 2022
- TSOURDI L., Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?, in *Refugee Survey Quarterly*, 35, 2016

VASSALLO PALEOLOGO F., Ci sarà un giudice che decide in merito ai respingimenti differiti?, in *Questione Giustizia*, 2013

VETTORI G., La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *I diritti fondamentali in Europa*, E. PACIOTTA (a cura di), Viella, Roma, 2001

VICINI G., The Dublin Regulation between Strasbourg and Luxembourg: reshaping non-refoulement in the name of mutual trust?, in *European Journal of Legal Studies*, 8/2, 2015

VIET V., *La France immigrée: construction d'une politique 1914-1997*, Fayard, Parigi, 1998

VITIELLO D., DE CAPITANI E., *Il regolamento (UE) 2019/1896 relativo alla riforma di Frontex e della guardia di frontiera e costiera europea: da "fire brigade" ad amministrazione europea integrata?*, SidiBlog, 6 dicembre 2019

VITIELLO D., *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2020

VOGL A., *Over the borderline: A critical inquiry into the geography of territorial excision and the securitization of the Australian border*, in *University of New South Wales Law Journal*, 1/38, 2015

WEIL P., *La France et ses étrangers ; L'aventure d'une politique d'immigration 1938-1991*, Gallimard, Parigi, 2005

WEINBERG S.A., *Jean v. Nelson: Expansion of the entry fiction doctrine*, in *Southwestern University Law Review*, 15/1985

WEISSBROT D., *The Principle of Non-Refoulement: Article 3 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, in *Buffalo Human Rights Law Review*, 5, 1999

WEISSELBERG C.D., *Exclusion and Detention of Aliens: Lessons from the Lives of Ellen Knauff and Ignatz Mezei*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 4/143, 1995

WEXLER A., *The Murky Depths of the Entry Fiction Doctrine: The Plight of Inadmissible Aliens Post-Zadvydas*, in *Cardoso Law Review*, 2004

WILDE R., *The "Legal Space" or "Espace Juridique" of the European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extraterritorial State Action?*, in *European Human Rights Law Review*, 2005

WILSHER D., *Immigration Detention and the Common European Asylum Policy*, in *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, BALDACCINI A., GUILD E., TONER H. (a cura di), Hart Publishing, Oxford, 2007,

WILSHER D., *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011

WOUTERS C.W., *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*, Intersentia, Anversa, 2009

ZACCARONI G., The Pragmatism of the Court of Justice on the Detention of Irregular Migrants: Comment on Affum, in *European Papers*, 2/1, 2017

ZAGREBELSKY G., Questioni di legittimità costituzionale della l. 3 febbraio 1963, n. 69, istitutiva dell'ordine dei giornalisti, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968

ZAIOTTI R., *Cultures of border control. Schengen and the Evolution of European Frontiers*, The University of Chicago Press, Chicago, 2011

ZIRULIA S., Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?, in *Sistema Penale*, 2020

ZORZELLA N., La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2018

ZWAAN K. (a cura di), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Wolf Legal, Nijmegen, 2011