

La tutela dei diritti costituzionali dei migranti ai confini*

Marilisa D'Amico

*Prorettrice a Legalità, Trasparenza e Parità di Diritti, Ordinaria di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Milano
orcid.org/0000-0001-6060-1754*

Cecilia Siccardi

*Ricercatrice in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
orcid.org/0000-0002-3014-6698*

1. Premessa: la prima iniziativa del CRC “Migrazioni e diritti umani”

Il convegno “Confini, Migrazioni, Diritti Umani”, che si è tenuto il 3 luglio 2020, rappresenta la prima iniziativa scientifica promossa dal Centro di Ricerca Coordinata “Migrazioni e Diritti Umani” dell’Università degli Studi di Milano.

Il Centro di Ricerca, che ho l’onore di coordinare, è stato istituito nel gennaio 2020 con lo scopo di promuovere un coordinamento trasversale e sinergico tra gruppi di ricerca che operano nel campo giuridico, sociologico, scientifico, degli studi linguistici, letterari e storici, in relazione al tema delle migrazioni e dei diritti umani.

Il CRC è stato fondato grazie all’apporto fondamentale di sei dipartimenti dell’Università degli Studi di Milano, il Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale (Prof.ssa Marilisa D’Amico, Prof. Vittorio Angiolini, Prof.ssa Claudia Storti, Prof. Bruno Nascimbene, Prof.ssa Alessia Di Pascale), quello di Beni Culturali e Ambientali (Prof. Paolo Inghilleri), quello di Lingue, letterature, culture e mediazioni (Prof.ssa Emilia Perassi), quello di Scienze Sociali e Politiche (Prof. Maurizio Ambrosini), quello di Scienze Biomediche per la Salute (Prof.ssa Cristina Cattaneo) e il Dipartimento Cesare Beccaria (Prof.ssa Daniela Milani).

Inoltre, il Centro può vantare la partecipazione di *partner* esterni di rilievo che rappresentano il mondo delle associazioni e delle professioni coordinate,

* Marilisa D’Amico è autrice dei paragrafi 1 e 9; Cecilia Siccardi è autrice dei paragrafi 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

nell'ambito dell'*Advisory Board*, dal Prof. Bruno Nascimbene, pioniere del diritto degli stranieri in Italia.

La varietà di anime presenti nel Centro consente di affrontare le principali problematiche che attengono al fenomeno migratorio sotto diverse angolature e mediante un imprescindibile approccio interdisciplinare.

A titolo esemplificativo, tra le linee di ricerca del centro si annoverano la tutela nazionale e sovranazionale dei diritti dei migranti, il multiculturalismo e l'integrazione, le discriminazioni e le diseguaglianze, il linguaggio e i crimini d'odio, il diritto d'asilo, il lavoro degli stranieri, la tratta degli esseri umani, il diritto alla salute, i diritti sociali, la narrativa della migrazione, la rappresentazione del trauma.

Grazie all'idea del Prof. Maurizio Ambrosini, massimo e illustre esperto di sociologia delle migrazioni, i proponenti hanno deciso di dedicare la prima iniziativa scientifica del Centro al tema emblematico dei "Confini".

Tale scelta è sembrata da subito coerente con lo spirito del CRC. Si tratta, infatti, di un tema che consente di riflettere sugli interrogativi più profondi e più attuali posti dalle migrazioni, come il perenne "scontro" tra la libertà di migrare e le frontiere degli Stati; la necessità di individuare un bilanciamento tra i diritti dei migranti in arrivo e le misure di controllo delle frontiere, a presidio della sicurezza pubblica; la garanzia del diritto d'asilo; la tutela universale dei diritti "oltre" ai confini degli Stati.

Un simile tema, inoltre, non solo si presta, ma deve necessariamente essere affrontato in ottica interdisciplinare al fine di poterne cogliere a fondo le diverse sfaccettature e proponendo, allo stesso tempo, prospettive concrete che tengano conto della complessità del fenomeno.

Ferma l'imprescindibilità dell'approccio interdisciplinare, in questo contributo si intende affrontare il tema dei diritti dei migranti ai confini dal punto di vista del diritto costituzionale.

Tra i giuristi, è innegabile che il tema dei confini sia stato affrontato maggiormente dagli studiosi di diritto internazionale e dell'Unione europea. Valorizzando la cornice internazionale, si ritiene che il contributo del costituzionalista sia fondamentale in un ambito, come quello in esame, nel quale i principi costituzionali prevedono forme di tutela molto forti.

Basti pensare all'art. 10, comma 3 della Costituzione, il quale prevede una garanzia ben più ampia nei confronti di coloro che cercano asilo, rispetto alle forme di protezione sancite dal diritto internazionale e dell'Unione europea.

In queste pagine si intendono ripercorre, in primo luogo, i principi costituzionali in materia di diritti umani dei migranti alle frontiere, ponendo l'attenzione tanto sui diritti dei migranti in arrivo, tanto sull'esigenza, di sicuro valore costituzionale, di controllo delle frontiere e della sicurezza pubblica.

In secondo luogo, si metteranno in luce due aspetti molto critici che attengono al sistema delle fonti normative dei controlli alla frontiera, non sempre

rispettoso del principio di legalità, nonché alle difficoltà di accesso alla giustizia dei migranti.

Questi aspetti critici sembrano evidenziare un abbassamento delle garanzie dei diritti fondamentali alle frontiere dello Stato.

Il fatto che le frontiere rischino di diventare una “zona franca” per la tutela dei diritti costituzionali dei migranti in arrivo sembra essere messo ulteriormente in luce da tre casi emblematici che saranno descritti in questo articolo: la proliferazione delle forme di libertà *de facto* ai confini, come gli *botspost* e le navi quarantena; le procedure volte ad individuare i migranti “irregolari” o richiedenti protezione; la violazione dei diritti umani a causa dei controlli di frontiera esternalizzati, come i campi di raccolta libici.

2. Diritti costituzionali dei migranti e frontiere

Al fine di analizzare la prospettiva costituzionale in materia di diritti umani dei migranti ai confini è opportuno porre l'attenzione anzitutto sull'articolo 10 della Costituzione, il quale regola contestualmente i rapporti con l'ordinamento internazionale (primo comma), la condizione giuridica dello straniero (secondo comma) e il diritto costituzionale d'asilo (terzo comma).

Ai tempi dell'Assemblea costituente, nonostante la scarsa importanza del fenomeno migratorio verso l'Italia, il primo e il secondo comma dell'articolo 10 erano stati ritenuti di fondamentale importanza nell'elaborazione della Costituzione, poiché consentivano all'Italia di entrare a far parte della Comunità internazionale, all'epoca molto attenta al tema della tutela dei diritti umani e dei diritti dei rifugiati, visti gli orrori dei totalitarismi e della seconda guerra mondiale (On. Togliatti, I Sotto-commissione, 3 dicembre 1946; l'On. La Pira, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 11 marzo 1947). In altri termini, le norme costituzionali anzidette incarnano una delle conquiste principali del costituzionalismo moderno, la c.d. tutela universale dei diritti, slegata dai confini degli Stati e indipendente dalla cittadinanza.

Più precisamente, la c.d. tutela universale, secondo la lettura fattane dalla Corte costituzionale, si desume dal combinato disposto degli artt. 2 e 10 Cost: il carattere universale attiene a quei diritti che la Costituzione proclama inviolabili (art. 2 Cost.) e che spettano ai singoli «non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani»¹ (C. cost. sent. n. 105/2001) (Piccione 2001 1697).

¹ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale sono stati riconosciuti tali il diritto alla libertà personale (C. cost. sent. n. 105/2001), il diritto alla vita (C. cost. sent. n. 54/1979), nonché il nucleo minimo dei diritti sociali quale ambito inviolabile della dignità umana (C. cost. sent. n. 432/2005)

I Costituenti posero attenzione alla tutela dei diritti umani “oltre” i confini dello Stato anche durante i lavori dell’Assemblea costituente, che riguardano la libertà di emigrazione dei cittadini italiani all’estero (artt. 35 e 16 Cost.). La libertà di emigrare rappresentava un tema cruciale per voltare pagina rispetto all’epoca fascista, poiché «chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell’uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli» (On. Domenidò, Assemblea costituente, seduta pomeridiana, 8 maggio 1947)².

La norma che più di tutti riflette lo spirito universalista della Costituzione è l’art. 10, comma 3, che garantisce il diritto d’asilo nel «territorio della Repubblica».

Dai lavori dell’Assemblea costituente emerge una concezione molto ampia dell’asilo. Sembra, infatti, che i Costituenti, molti dei quali erano stati in prima persona asilanti politici, concordassero sul senso più profondo da attribuire al diritto d’asilo, quale diritto tra «i più alti e più sacri» (On. Cavallari, Assemblea Costituente, seduta pomeridiana, 27 marzo 1947), quale simbolo di «un nuovo mondo di libertà e di pace» (on. Tonello, Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947), quale «nobilissima affermazione di solidarietà umana» (On. Mastrojanni, Assemblea Costituente, 5 marzo 1947).

In questa sede, è importante sottolineare che i Costituenti concepivano il diritto di cui all’art. 10, comma 3, Cost. quale diritto volto a consentire, a chi si trova nell’impedimento dell’esercizio delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione, di superare le frontiere, al fine di godere dell’asilo costituzionale nel «territorio della Repubblica».

Vi era chi in Assemblea criticava duramente l’ampiezza della garanzia prevista dall’art. 10, comma 3, Cost., poiché, quasi profeticamente, riteneva che «domani potrebbero battere alle nostre porte migliaia di profughi politici di altri paesi, e noi saremmo costretti a dar loro asilo senza alcuna limitazione, quando restrizioni potrebbero venir consigliate anche da ragioni di carattere economico» (On. Nobile, Assemblea costituente, seduta antimeridiana, 11 aprile 1947).

Nonostante queste tesi minoritarie, è innegabile che la versione finale della norma costituzionale, offrendo protezione all’interno del “territorio della Repubblica”, presupponga l’ingresso alla frontiera del richiedente protezione.

Questa concezione del diritto d’asilo, quale diritto volto a consentire l’ingresso nel territorio dello Stato a coloro che presentano i requisiti, è stata confermata anche dalla giurisprudenza di legittimità. A partire dalla metà degli anni

2 Le parole dell’On. Domenidò sono state riprese dalla Corte costituzionale con lo scopo di rimarcare l’ampiezza della tutela costituzionale concordata alla libertà di emigrazione nel testo della sent. n. 269 del 1986, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 della legge 24 luglio 1930, n. 1278 (Adozione di nuove norme penali in materia di emigrazione), che puniva la propaganda volta a stimolare l’emigrazione di cittadini italiani all’estero.

Novanta, la Corte di cassazione ha, infatti, definito l'asilo come «un diritto soggettivo perfetto all'ottenimento dell'asilo che si sostanzia, in assenza di una legge di attuazione, nel diritto di ingresso nel territorio dello Stato» (Cass., sez. un., sent. n. 4674/1997) o più precisamente nel diritto dello straniero di «accedere al territorio dello Stato al fine di essere ammesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento» (Cass., sez. I, sent. n. 25028/2005)³.

Anche alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, la dottrina più attenta ha individuato nell'ingresso nel territorio dello Stato il contenuto minimo necessario del diritto costituzionale d'asilo, il quale spetterebbe *de plano* a tutti gli stranieri che si trovino nella situazione di impedimento delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione, indipendentemente dall'accertamento di quest'ultimo (Benvenuti 2007: 174)⁴.

Il diritto di ingresso appena descritto costituisce, dunque, l'elemento che consente di distinguere la posizione dei titolari di protezione e dei richiedenti asilo da tutti gli altri stranieri che si presentano alla frontiera (Panzera 2020: 125).

Tale differenza è stata evidenziata nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale «lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni [...] sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante gli impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile» (C. cost. sent. 244/1974) (Cassese 1969: 573; Bonetti 1994 :2372).

Secondo la Corte il diritto di ingresso non differenzia solo la situazione dello straniero rispetto al cittadino (Nicotra Guerrera 1995; D'Amico 2020), ma dello straniero rispetto al richiedente protezione. Infatti, nella sent. n. 5 del 2004, la Corte costituzionale ha affermato che «pur nella tendenziale indivisibilità dei diritti fondamentali» sono regolati in modo diverso «anche a livello costituzionale (art. 10, comma 3, Cost.) l'ingresso e la permanenza degli stranieri nel Paese,

3 È noto, inoltre, che a partire dal 2012, la giurisprudenza di legittimità è arrivata ad affermare che il diritto d'asilo «è interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti costituiti dallo status di rifugiato, dalla protezione sussidiaria e dal diritto al rilascio di un permesso umanitario, ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, e di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 5, comma 6» (cfr. Cass., sez. VI, ord. n. 10686/2012; Cass., ord. n. 16362/2016; Cass., ord. n. 28015/2017; da ultimo Cass., sent. n. 4455/2018).

4 Tale lettura è confermata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione secondo la quale «il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata» cfr. Cass. civ, Sez. Un., sent. 12 dicembre 1996, n. 04674.

a seconda che si tratti di richiedenti il diritto di asilo o rifugiati, ovvero di c.d. «migranti economici»⁵.

È necessario evidenziare che il diritto di ingresso dei richiedenti protezione internazionale rappresenta una garanzia aggiuntiva, che differenzia la protezione offerta dalla Costituzione da quella prevista dai sistemi sovranazionali. Né dall'ordinamento internazionale, né dall'ordinamento europeo si può desumere un diritto automatico di ingresso nel territorio dello Stato, essendo disciplinato, con intensità diversa a seconda del sistema, il solo divieto di respingimento dei titolari di protezione o degli stranieri che rischiano di subire, a causa del rientro nel paese di origine, trattamenti disumani e degradanti⁶.

Tale caratteristica delle fonti sovranazionali, accompagnata all'assenza di una legge di attuazione dell'art. 10, comma 3 della Costituzione, ha contribuito a determinare una situazione di incertezza alle frontiere, dove si sono sviluppate, come si dirà, prevalentemente in via di prassi, una serie di procedure lasciate ad un'ampia discrezionalità delle autorità di frontiera, volte a individuare gli "irregolari da respingere" e coloro che invece hanno diritto di rimanere sul territorio italiano, poiché "richiedenti protezione".

Giunti al confine, dunque, i migranti e richiedenti protezione si scontrano con tutta una serie di misure poste a presidio di un altro principio di rango costituzionale, che non può non essere approfondito: il compito ineludibile dello Stato di controllare le proprie frontiere.

3. L'esigenza costituzionale di controllo delle frontiere

Quanto all'esigenza di controllo delle frontiere, non essendovi alcun riferimento esplicito nella Costituzione del 1948, è opportuno porre l'attenzione sulla giurisprudenza Costituzionale.

Più precisamente la Corte ha iniziato ad occuparsi del tema in esame con l'introduzione dei primi strumenti normativi volti a regolare i flussi migratori verso

5 Anche la Corte costituzionale ha dunque fatto propria la contestata suddivisione tra migranti economici e richiedenti protezione.

6 Più precisamente, la Convenzione di Ginevra tutela esclusivamente i già titolari dello status di rifugiato dal respingimento (art. 33 Conv. Ginevra); la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il sistema dell'Unione europea allargano l'ambito di applicazione del divieto di respingimento a tutti gli stranieri che rischino, facendo rientro nel paese di provenienza, di subire trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU; art. 19 Carta di Nizza). Inoltre, la Corte Edu esclude che dalla domanda di protezione discenda un diritto automatico di ingresso nel territorio dello Stato cfr. Corte Edu, *Saadi c. Regno Unito* (13229/03), del 29 gennaio 2008. Diversamente, l'ordinamento interno, oltre a prevedere il divieto assoluto di espulsione negli stessi casi previsti dalla normativa sovranazionale ed europea (art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998), su cui si tornerà nei paragrafi che seguono, garantisce il diritto di ingresso nel territorio dello Stato (art. 10, comma 3, Cost.).

il nostro Paese, sul finire degli anni Ottanta (Bascherini 2007: 161; D’Orazio 1992: 86)⁷.

È in questo contesto che inizia a emergere nella giurisprudenza della Corte costituzionale l’esigenza di controllo delle frontiere (Passaglia, Romboli 2003: 16), consacrato come “valore” costituzionale e quale «compito ineludibile dello Stato».

Un tale compito ineludibile è strettamente connesso alla garanzia del rispetto delle «regole stabilite in funzione d’un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza» che sono «poste a difesa della collettività nazionale e, insieme, a tutela di coloro che le hanno osservate e che potrebbero ricevere danno dalla tolleranza di situazioni illegali» (C. cost. sent. n. 353/1997) (Algostino 1998: 1481).

Tale esigenza, affermata con sempre maggior frequenza dalla giurisprudenza costituzionale, è stata esplicitata in Costituzione a seguito della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la quale ha inserito tra le competenze esclusive dello Stato le materie dell’asilo (lett. a), dell’immigrazione (lett. b) e del controllo dei confini (lett. q)⁸.

Da quel momento in avanti, numerose sentenze hanno riaffermato i molteplici valori connessi alla tutela dei confini, individuandoli nella «difesa della collettività nazionale», nell’«ordinata gestione dei flussi migratori», nella «sicurezza», nella «sanità pubblica», nell’«ordine pubblico», nei «vincoli di carattere internazionale» e nella «politica nazionale in materia di immigrazione», ma anche nelle valutazioni *politiche* «afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno» (C. cost. sentt. Nn. 148/2008, 206/2006 e 62/1994).

Due sembrano gli elementi di interesse che emergono dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia.

a) In primo luogo, la Corte non solo afferma l’esigenza “costituzionale” di controllo dei confini, ma precisa che essa è connessa al rispetto di «vincoli di carattere internazionale». In altre parole, a partire dall’adesione dell’Italia alla Convenzione di Schengen nel 1990 e a seguito della progressiva comunitarizzazione delle materie dell’immigrazione e del controllo delle frontiere, il compito dello Stato di presidiare i propri confini non è esclusivamente volto alla «difesa della collettività nazionale», ma anche alla creazione di uno spazio di libertà di circolazione, di sovranità “condivisa” (Cassese 2016:84; Balibar 2003: 1) con gli altri Stati dell’Unione europea, in forza dell’art. 11 Cost.

7 In materia di ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato sono rimaste in vigore per lungo tempo le norme del TULPS, r.d. n. 1848/1926 poi trasfuso nel r.d. n. 773/1931. Inoltre, le prime norme volte a regolare gli ingressi alle frontiere sono state introdotte negli anni Ottanta. Si pensi alla legge c.d. legge Fosco, l. n. 943/1986 “Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine” la quale, pur essendo prevalentemente incentrata sulla regolamentazione del lavoro, prevedeva anche, all’art. 12, il rimpatrio immediato dei «lavoratori immigrati clandestinamente in Italia».

8 La competenza esclusiva dello Stato in queste materie è stata ribadita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale cfr. *ex multis* sentt. n. 61/2011, 269/2010 e 194/2019.

Infatti, la Corte afferma che «il controllo giuridico dell’immigrazione compete indubbiamente allo Stato», non solo «a presidio di valori di rango costituzionale», ma anche «per l’adempimento di obblighi internazionali» (C. cost. sent. n. 250/2010) (Bailo 2010: 2504; Di Cagno 2010: 687; La Rosa 2011:1406; Palermo 2010: 815; Manes 2012;). In realtà, a simili conclusioni era giunta la Corte costituzionale già anni prima, dichiarando inammissibile il referendum abrogativo avente ad oggetto l’intero Testo unico sull’immigrazione proprio perché «i Trattati assicurano la piena libertà nell’attraversamento delle frontiere interne dell’Unione e, per converso, richiedono efficaci controlli alle frontiere esterne, anche al fine di prevenire e combattere la criminalità [...] sì da apparire evidente che la materia dell’ingresso e del soggiorno degli extracomunitari non potrebbe restare priva di disciplina e, soprattutto, carente di strumenti adeguati per assolvere gli obblighi imposti dai Trattati» (C. cost. sent. n. 31/2000).

b) In secondo luogo, il legislatore, nel disciplinare i controlli delle frontiere, coerentemente con gli obblighi europei e internazionali, è tenuto a compiere un corretto bilanciamento tra i valori in gioco: «la sicurezza nazionale», da un lato, e «le ragioni della solidarietà umana», dall’altro (C. cost. sent. n. 353/1997)⁹.

Anzitutto, al fine di individuare il “corretto bilanciamento”, la disciplina del controllo delle frontiere e dei flussi migratori deve rispettare il canone della ragionevolezza, come più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale. Ciò significa che il mezzo utilizzato dal legislatore per garantire alle frontiere «l’ordinata gestione dei flussi migratori» deve essere proporzionato – per dirla con le parole della Corte – “strumentale” alla «protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici ‘finali’, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollati» (C. cost. sent. n. 186/2020¹⁰) (Canzian 2021, Siccardi 2021: 346).

Inoltre, sempre al fine di individuare il corretto bilanciamento tra i diversi valori in gioco, la Corte, adottando un approccio “sostanziale”, chiarisce che le esigenze connesse al controllo delle frontiere, pur di sicuro valore costituzionale, non possono compromettere i diritti inviolabili che spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (C. cost. sent. n. 105/2001). È la stessa Corte a far rientrare tra questi diritti la libertà personale, ma il catalogo dei diritti attinenti ai singoli in quanto “esseri umani” potrebbe essere ben più ampio, ricomprendendo anche il diritto alla vita (C. cost. sent. n. 54/1979) e il diritto di difesa (C. cost. sent. n. 222/2004) (Grosso 2004:97).

⁹ Principio affermato in numerose sentenze *ex multis* C. cost. sent. n. 250/2010.

¹⁰ Con la pronuncia n. 186 del 2020 la Corte costituzionale ha sancito l’incostituzionalità dell’art. 13 del primo decreto Sicurezza – il divieto di iscrizione anagrafica su cui si tornerà nel prossimo capitolo – proprio in ragione dell’irrazionalità intrinseca della norma in oggetto, nei fatti incapace di soddisfare l’obiettivo complessivo del decreto legge, ovvero quello “di aumentare il livello di sicurezza pubblica”.

Ne discende, dunque, che tale nucleo minimo di diritti «propri della persona umana» deve essere garantito a tutti anche alle frontiere, indipendentemente dalla posizione giuridica regolare o irregolare dello straniero.

Ciò ovviamente non significa che il legislatore non possa adottare, in ragione degli interessi pubblici sottesi al controllo dei confini, strumenti limitativi delle libertà costituzionali.

Al fine di reagire agli ingressi illegali, il legislatore può infatti legittimamente introdurre strumenti limitativi dei diritti individuali degli stranieri, ma ciò deve avvenire nel rispetto delle garanzie sancite dalla Costituzione, come la riserva di legge e la riserva di giurisdizione, senza incidere sul nucleo minimo fondamentale che spetta a tutti indipendentemente dallo *status* (Siccardi 2021: 242).

4. Le fonti degli strumenti di controllo delle frontiere

Il sistema normativo volto a regolare la gestione dei migranti in arrivo alle frontiere esterne dello Stato è caratterizzato da un complesso intreccio di fonti normative.

Anzitutto, la materia in esame subisce un forte influsso del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, competente in materia di controlli delle frontiere, asilo e immigrazione (Titolo V TFUE). In particolare, vengono in rilievo non solo le norme appena ripercorse sul controllo delle frontiere esterne UE, ma anche quelle del sistema europeo comune di asilo¹¹, nonché quelle volte a regolare i rimpatri¹².

11 Il Sistema europeo comune di asilo (CEAS) poggia su quattro direttive: la c.d. *direttiva qualifiche*, dir. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione); la c.d. *direttiva procedure*, dir. 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; la c.d. *direttiva accoglienza*, direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione); la direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi. Inoltre, il CEAS è completato dai seguenti regolamenti: il c.d. *regolamento Dublino III*, Reg. (UE) n. 604/2013, 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 (rifusione); il c.d. *regolamento Eurodac*, Reg. (UE) n. 603/2013 che istituisce l'Eurodac per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione del regolamento.

12 Cfr. in particolare dir. 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.

In secondo luogo, a livello interno, le norme volte a dare attuazione agli obblighi europei sono contenute in fonti di diverso rango.

Tra le fonti primarie si riscontra un ampio uso della decretazione d'urgenza. Tale pratica è stata diffusamente criticata in dottrina, in base alla convinzione che un fenomeno strutturale come quello dell'immigrazione non possa essere più considerato emergenziale (D'Amico 2018). Anzi, il continuo susseguirsi di decreti legge in materia comporterebbe la paradossale conseguenza di una "stabilizzazione" normativa della perenne emergenza immigrazione (Biondi Dal Monte 2011; Penasa 2017). Una risposta a tali tesi si può trovare nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 186 del 2020, concernente una norma del decreto legge n. 113 del 2018, che, proprio in relazione al parametro dell'art. 77, ha affermato che «se è vero che la norma oggetto e le norme collegate non affrontano una nuova emergenza, è anche vero che la persistenza di un problema può concretare le ragioni di urgenza» e che, «ricorrendone i presupposti, il programma di Governo ben può essere attuato anche mediante la decretazione d'urgenza» (Serges 2021:321).

Inoltre, la materia del controllo delle frontiere è caratterizzata da una forte discrezionalità del Ministero dell'Interno. Ciò determina un ampio utilizzo delle circolari che, pur dovendo in astratto rivolgersi esclusivamente agli organi interni della pubblica amministrazione, sembrano essere idonee a produrre effetti giuridici esterni (Cassese 2006: 860). Come si vedrà, sembrano presentare tali caratteristiche le circolari ministeriali istitutive degli *hotspot* (D'Amico 2018; Gjergj 2013).

Così, l'introduzione di nuovi strumenti di controllo avviene al di fuori delle procedure legislative ordinarie, seguendo uno schema spesso utilizzato in questa materia: in un primo momento, l'introduzione di tali strumenti mediante prassi o atti amministrativi (es. *hotspot*, politiche di chiusura dei porti analizzate nel capitolo precedente) avviene nel silenzio della legge; solo in un secondo momento il "nuovo" strumento di controllo delle frontiere e dell'immigrazione viene disciplinato in fonti normative di rango primario (Siccardi 2022). Così è avvenuto in relazione all'istituzione degli *hotspot*, poi codificata per mano del c.d. decreto Minniti-Orlando nell'art. 10 *ter* d.lgs. n. 286 del 1998; così è avvenuto per le politiche di chiusura dei porti poi codificate dal *decreto Sicurezza bis* all'art. 11, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 286 del 1998.

Si tratta di modalità operative evidentemente problematiche rispetto ai principi costituzionali di legalità e di certezza del diritto, e che violano le garanzie poste della Costituzione in materia, prima fra tutte la riserva di legge di cui all'art. 10, commi 2-3, Cost (D'Amico 2020).

Come si dirà, l'ampio ricorso a prassi e alle circolari amministrative ostacola il diritto all'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti.

5. La difficile tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti al confine

Il rischio in cui incorrono i diritti umani ai confini è dimostrato, inoltre, dal fatto che non sembra essere sempre possibile garantire ai migranti in arrivo il diritto ad una effettiva tutela giurisdizionale, come sancito dall'art. 13 CEDU, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dall'art. 24 della nostra Costituzione (Catalano Perlo, 2020).

Per analizzare il tema in esame, si ritiene opportuno porre l'attenzione prevalentemente sulle migrazioni che giungono alle frontiere italiane via mare, emblematiche per quanto riguarda le difficoltà di accesso alla giustizia (Siccardi 2020).

Gli ostacoli che potrebbero precludere l'accesso alla giustizia dei migranti che vogliono raggiungere le nostre coste sono molteplici e di diversa natura.

a) In primo luogo, in mare non è sempre agevole individuare la sussistenza di una giurisdizione e di conseguenza i rimedi esperibili. Da questo punto di vista, è opportuno sottolineare che la Corte Edu, nonostante qualifichi la propria giurisdizione come prettamente territoriale (De Sena 2002)¹³, ha esteso l'applicazione extraterritoriale della Convenzione proprio in riferimento ad un caso riguardante i respingimenti dei migranti verso la Libia.

Nel caso *Hirsi c. Italia*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione per fatti avvenuti in alto mare, al di fuori dei confini dello Stato, poiché questi ultimi «si sono svolti interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclusivamente da militari nazionali» e pertanto «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» (C. Edu, *Hirsi c. Italia*, 2012)¹⁴ (Milanovic 2011). Tuttavia, è necessario rilevare che, nel panorama attuale dei soccorsi del Mediterraneo, non sono sempre le autorità statali di uno Stato contraente la CEDU (nel caso *Hirsi*, si trattava di navi della Marina militare italiana) a esercitare il controllo sui migranti, potendo questi ultimi – a seguito del *Memorandum* di intesa italo-libico – essere intercettati anche da navi della Guardia costiera libica e ricondotti in Libia da parte di queste ultime. In tal caso, come si illustrerà meglio nelle pagine che seguono, si potrebbe verificare un vuoto di tutela, che ostacola la piena giurisdizione della

13 La concezione territoriale della giurisdizione è stata affermata in C. Edu (G. C.), *Bankovic et al c. Belgio* (52207/99), 12 dicembre 2001.

14 La Corte Edu ha sancito l'applicazione extra-territoriale della giurisdizione anche in altri casi come C. EDU (G.C.), *Al-Skeini and Others c. the Regno Unito* (ric. n. 55721/07), 7 luglio 2011. In particolare, la dottrina è solita suddividere due modelli di giurisdizione extraterritoriale: il modello spaziale, nel caso in cui lo Stato eserciti un controllo effettivo su una zona territoriale al di fuori dei propri confini, come l'occupazione territoriale; il modello personale, nel caso in cui lo Stato eserciti un controllo effettivo sugli individui (è il caso della sent. *Hirsi c. Italia*).

Corte europea dei diritti dell'Uomo, con drammatiche conseguenze per il diritto alla tutela giurisdizionale dei migranti.

b) In secondo luogo, un ostacolo al diritto al ricorso effettivo può essere rappresentato dalla difficile situazione di fatto in cui versano persone a bordo di una nave. In tale situazione sono infatti immaginabili le difficoltà di fornire/ricevere informazioni precise sulle vie di ricorso interne, in lingue probabilmente non conosciute ai destinatari, nonché di mettersi in contatto con un difensore (Siccardi 2021:168). Ricorsi provenienti da migranti respinti in mare, o costretti a bordo di navi in attesa di fare ingresso in un porto italiano, sono divenuti sempre più frequenti negli ultimi anni, grazie al supporto delle ONG, che, dopo aver soccorso i naufraghi, sono in grado di coinvolgere consulenti legali al fine di attivare le vie di ricorso interne. In ogni caso, ove sull'imbarcazione non siano fornite informazioni adeguate sui rimedi giurisdizionali disponibili prima del respingimento, i migranti sono, nei fatti, privati «di ogni via di ricorso che avrebbe consentito ai ricorrenti di sottoporre ad una autorità competente le doglianze basate sugli articoli 3 della CEDU e 4 del Protocollo 4 e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento» (C. Edu, *Hirsi c. Italia*, 2012).

c) In terzo luogo, è necessario considerare il fatto che le situazioni che caratterizzano le migrazioni via mare richiedono spesso una tutela giurisdizionale “urgente” e i giudici vengono aditi in via cautelare. In questi casi, l'urgenza di tutelare i diritti nel caso concreto induce il giudice a prediligere una tutela immediata, senza interrogarsi a fondo su un eventuale dubbio di costituzionalità, che porterebbe la questione di fronte alla Corte costituzionale, unico giudice in grado di assicurare una tutela dei diritti costituzionali *erga omnes*. Questa situazione si è, ad esempio, verificata di fronte alla norma, l'art. 11, comma 1 ter, D.lgs n. 286 del 1998, concernente il divieto di sbarco in porto, introdotto dal decreto sicurezza *bis*, in relazione al quale i Tar hanno optato per un'interpretazione conforme alle Convenzioni di diritto internazionale del mare, autorizzando l'ingresso delle navi in porto, senza sollevare questione di costituzionalità (TAR Lazio, Sez. I ter, D. Pres. N. 5479/2019 del 14.08.2019) (Siccardi 2021: 192).

Infine, il fatto che le procedure di controllo dei confini siano prevalentemente lasciate alla prassi e alla discrezionalità delle autorità di frontiera potrebbe precludere o ostacolare l'accesso alla giustizia (Siccardi 2020).

Tale situazione si è verificata nella prima fase delle politiche di chiusura dei porti, promosse dal Governo italiano a partire dal 2018. All'epoca, la chiusura del porto veniva annunciata tramite un tweet (*#chiudiamoiporti*) sulle pagine social del Ministro dell'Interno, in assenza dell'adozione di qualsivoglia provvedimento amministrativo. Non si può non evidenziare come tale situazione abbia precluso o, quantomeno, ritardato la strada della giustizia amministrativa. I Tar, infatti, sono stati aditi per la prima volta a seguito dell'adozione del provvedimento di divieto di ingresso in acque territoriali, come codificato solo

successivamente, nel 2019, dal Decreto Sicurezza bis, d.l. n. 53 del 2019 (convertito con l. n. 77 del 2019)¹⁵.

Il sistema delle fonti normative dei controlli delle frontiere, analizzata nel paragrafo precedente, nonché le difficoltà di accesso alla giustizia appena descritte incidono negativamente su numerosi diritti costituzionali degli stranieri che si presentano alla frontiera.

In questa sede si è scelto di illustrare tre casi emblematici, che dimostrano ulteriormente come le frontiere rischino di rappresentare oggi una “zona franca” per la tutela dei diritti costituzionali: la proliferazione di forme di privazione “de facto” della libertà personale; le procedure che precedono la domanda di protezione internazionale volte ad individuare migranti irregolari e richiedenti protezione; i controlli di frontiera esternalizzati, con particolare attenzione ai campi di raccolta in Libia.

6. La privazione “de facto” della libertà personale

Tra gli strumenti di controllo delle frontiere sono state introdotte negli ultimi anni, per mano dei diversi decreti legge in materia, ulteriori forme di trattenimento, c.d. in ingresso, come il trattenimento a fini identificativi, per verificare l'identità dello straniero presente in frontiera¹⁶ (Valentini 2018:81).

Oltre a tali forme di privazione della libertà, disciplinate con legge, è necessario notare come, alle frontiere, siano oggi proliferate misure di privazione “de facto” della libertà personale (Savino 2015:50).

Con tale espressione ci si riferisce a forme di costrizione fisica dei migranti che si presentano alla frontiera, le quali non sono disciplinate da fonti normative di rango primario, non sono disposte con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, né convalidate da quest'ultima. Tutto ciò in palese contrasto con la riserva di legge e la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 della Cost (D'Amico 2018, Benvenuti 2015).

a) La prima misura di controllo delle frontiere, che si è tradotta in una forma di privazione della libertà personale, è rappresentata dai c.d. *hotspot* (Matera 2017; Leone 2017; Penasa 2017: 410; Benvenuti 2018).

15 Si deve ricordare, infatti, che il giorno stesso in cui è entrato in vigore il decreto Sicurezza bis, il Ministero dell'Interno, di concerto con gli altri ministri competenti, ha adottato il provvedimento di divieto di ingresso in acque territoriali nei confronti della nave Sea Watch; divieto prontamente impugnato dall'associazione mediante “istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie” (c.d. misura ante causam) ex art. 61 c.p.a cfr. Decreto cautelare ante causam TAR Lazio, n. 04038/2019.

16 In particolare, ci si riferisce a due misure di trattenimento “in ingresso” alla frontiera: a) il trattenimento nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) predisposto ai sensi dell'art. 10 ter, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, in caso di rifiuto reiterato del migrante di sottoporsi ai rilievi foto-dattiloscopici; b) il trattenimento dei richiedenti asilo nei punti di crisi, introdotto all'art. 6 d.lgs. n. 142 del 2015 da parte del primo decreto sicurezza.

Il primo riferimento agli *hotspot* è comparso nell'Agenda europea per la migrazione del 2015, comunicazione adottata dalla Commissione «al fine di rispondere all'esigenza di agire rapidamente e con determinazione di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo»¹⁷ e sono stati poi istituiti nell'ordinamento interno per mano di una serie di circolari del Ministero dell'Interno¹⁸. In tali atti non era neppure chiaro se gli *hotspot* dovessero ritenersi dei luoghi fisici oppure un mero metodo da applicare alle procedure di prima accoglienza dei migranti in arrivo.

La doppia natura degli *hotspot*, quali metodo e quali luoghi fisici, è stata confermata dal d.l. n. 13 del 2017, convertito con l. 47 del 2017, c.d. decreto Minniti-Orlando, che ha fatto per la prima volta riferimento ai c.d. punti di crisi quali luoghi. Più precisamente, l'art. 10 *ter* del d.lgs. n. 286 del 1998, stabilisce che i migranti, dopo lo sbarco, debbano essere condotti «presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142». Il citato art. 10 *ter*, dunque, individua nelle strutture istituite dalla c.d. Legge Puglia¹⁹, al fine di far fronte all'emergenza migratoria dall'Albania negli anni Novanta, i «luoghi» ove allestire gli *hotspot*.

Nonostante la stessa norma precisi che gli stranieri sono condotti negli *hotspot* esclusivamente per esigenze di soccorso e di prima assistenza, tali centri sembrano configurare forme di privazione di fatto della libertà personale.

Indicazioni utili in questo senso possono, però, essere ricavate dalle circolari ministeriali, nonché dai regolamenti degli *hotspot*.

Dalla circolare del Ministero sulle *Procedure operative standard* del 2015 si ricava, in primo luogo, che negli *hotspot* è legittimato l'uso della forza pubblica coordinata dal «Questore quale titolare della direzione, responsabilità e coordinamento, a livello tecnico operativo, dei servizi di ordine e di sicurezza pubblica».

17 Commissione europea, Bruxelles, 13.5.2015, COM (2015) 240 *final*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione

18 Per quanto attiene le circolari del Ministero dell'Interno cfr. Ministero dell'Interno, Road Map, 28 settembre 2015; Ministero dell'Interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno*, settembre 2015; Ministero dell'Interno, *Circolare rivolta ai prefetti e alle forze di polizia del 10 ottobre 2015*.

19 Cfr. dl. 30 ottobre 1995, n. 451, convertito in l. 29 dicembre 1995, n. 563 «Disposizioni urgenti per l'ulteriore impiego del personale delle Forze Armate in attività di controllo della frontiera marittima nella regione Puglia». La c.d. legge Puglia, pur essendo adottata per far fronte alle esigenze umanitarie, aveva l'obiettivo dichiarato di controllare la frontiera marittima mediante l'impiego di forze militari «per esigenze connesse con il fenomeno dell'immigrazione clandestina nelle medesime province». Inoltre, la legge istituiva a cura del Ministero dell'Interno «tre centri dislocati lungo la frontiera marittima delle coste pugliesi per le esigenze di prima assistenza a favore di gruppi di stranieri privi di qualsiasi mezzo di sostentamento, in attesa di identificazione o espulsione».

Inoltre, riguardo alla possibilità di uscire dall'*hotspot*, la circolare precisa che «salvo il verificarsi di afflussi eccezionali che impongono l'adozione di iniziative diverse, la persona può uscire dall'*hotspot* solo dopo essere stata foto-segnalata, concordemente con quanto previsto dalle norme vigenti, se sono state completate tutte le verifiche di sicurezza nei database, nazionali ed internazionali, di polizia all'interno degli *hotspots*»²⁰.

Che il divieto di allontanamento dai punti di crisi permanga sino al termine delle procedure di reclutamento è dimostrato anche dalle disposizioni dei regolamenti interni alle strutture di Lampedusa, Trapani-Milo, Pozzallo e Messina, i quali sono stati resi pubblici grazie alla richiesta di accesso agli atti promosse dall'Associazione studi giuridici sull'immigrazione (Asgi). In base a tali normative interne, i migranti possono allontanarsi dalla struttura nelle ore diurne solo «a conclusione delle operazioni di foto-segnalamento e previa autorizzazione della polizia» (Ferrari, Gennari 2020).

L'uso della forza e il divieto di allontanamento costituiscono indici utili, ai sensi dei principi espressi dalla Giurisprudenza della Corte Edu (C. cost. sent. n. *Kblajfia e altri c. Italia*) (Bonetti 2017) e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (C. cost. sent. n. 105 del 2001), per qualificare una misura quale limitativa della libertà personale.

b) In secondo luogo, altre forme di privazione della libertà “di fatto” si sono verificate con specifico riferimento alle migrazioni via mare, in conseguenza delle c.d. politiche di chiusura dei porti.

Anche in questo caso, pur in assenza di norme di rango primario in materia (almeno nella prima fase di tali politiche) e in assenza di decisioni da parte dell'autorità giudiziaria, la c.d. “chiusura del porto”, di competenza del Ministro dell'Interno, ha determinato la costrizione dei migranti a bordo di una nave, per periodi più o meno prolungati e in situazione di forte pericolo e precarietà.

La preclusione di ingresso in porto della nave, sia essa avvenuta mediante la mancata risposta del Ministro alle richieste di *place of safety* (es. Caso *Diciotti* e Caso *Gregoretti*)²¹ o tramite l'adozione del provvedimento interministeriale di

20 Ministero dell'Interno, *Procedure Operative Standard del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno*, settembre 2015.

21 In sintesi, i primi casi di “chiusura dei porti” sembravano caratterizzati da alcuni elementi comuni che delineavano la modalità, voluta dal Ministero dell'Interno, di gestione delle operazioni di soccorso e di sbarco dei migranti salvati in mare. In primo luogo, la “chiusura del porto” non era determinata dall'adozione di alcun atto formale né da parte del Ministero dei Trasporti, né da parte del Ministero dell'Interno, il quale si limitava ad annunciarla tramite i propri profili *social*.

In secondo luogo, questi casi sono caratterizzati dal reiterato silenzio del Dipartimento delle Libertà civili e dell'Immigrazione di fronte alle richieste di *place of safety* (POS) e alla conseguente mancata indicazione del porto in cui effettuare lo sbarco.

divieto di ingresso in porto (es. Caso *Open Arms*), come disciplinato dal Decreto Sicurezza *bis*, ha determinato la privazione della libertà personale delle persone presenti sulla nave (Siccardi 2020).

Tale considerazione è dimostrata dai noti casi *Diciotti*, *Gregoretti* ed *Open Arms*, i quali hanno dato vita a richieste di autorizzazione a procedere da parte dei Tribunali dei Ministri di Catania e Palermo per il reato di sequestro di persona nei confronti del Ministro dell'Interno²².

Più precisamente, negli atti dei Tribunali dei Ministri si legge che la condotta posta in essere dal Ministro dell'Interno ha determinato «la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale, con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge», integrando il reato di sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p. L'autorizzazione a procedere è stata poi concessa dal Senato della Repubblica per i fatti riguardanti i casi delle navi *Gregoretti* e *Open Arms* e negata, invece, per il caso *Diciotti* (Ciancio 2019). Indipendentemente dall'esito delle singole vicende²³, i casi appena descritti mettono in luce come alle frontiere dello Stato intervengano, non di rado, misure limitative della libertà personale non sempre rispettose delle garanzie costituzionali.

c) In terzo luogo, a causa della diffusione del *virus* Covid 19, è stata introdotta un'altra misura che si risolve in una privazione “di fatto” della libertà personale alle frontiere: le navi quarantena.

Nelle primissime fasi dell'emergenza sanitaria è stata adottata l'ordinanza della protezione civile n. 1287 del 12 aprile 2020, volta a chiarire le procedure «di assistenza e sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale»²⁴. Per l'espletamento di tali procedure, l'ordinanza

In terzo luogo, l'omessa indicazione del POS aveva lo scopo dichiarato di indurre i paesi delle zone SAR limitrofe e/o di altri Paesi europei ad assumersi la responsabilità dell'accoglienza dei migranti.

22 Trib. Ministri Catania, sul caso *Diciotti* e sul caso *Gregoretti*; cfr. inoltre Trib. Ministri Palermo sul caso *Open Arms*. Nei casi *Gregoretti* e *Diciotti* i fatti che danno origine al giudizio sono molto simili, poiché le operazioni sono state condotte da navi della Marina militare in acque SAR maltesi, dove, il 16.08.2018, la nave *Diciotti* ha soccorso 190 naufraghi e il 26.07.2019 la nave *Gregoretti* ha recuperato 135 persone. Le richieste di POS, inoltrate all'MMCR di Roma, sono rimaste inascoltate. Diversamente la nave dell'ONG *Open Arms* è stata destinataria di un provvedimento interministeriale di divieto di ingresso in acque territoriali, come disciplina dall'art. 11, comma 1 ter, D.lgs n. 286 del 1998.

23 Cfr. Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari sulla domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. nei confronti del Sen. Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro pro tempore sul caso *Diciotti*, comunicata alla Presidenza il 21.02.2019; Relazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari sulla domanda di autorizzazione a procedere in giudizio ai sensi dell'art. 96 Cost. nei confronti del Sen. Matteo Salvini nella sua qualità di Ministro pro tempore sul caso *Gregoretti*, comunicata alla Presidenza l'11.02.2020.

24 Cfr. Decreto del capo Dipartimento n. 1287 del 12 aprile 2020. Nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti

individuava nella Croce Rossa Italiana «il soggetto attuatore delle attività emergenziali» e autorizzava all'utilizzo «nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria».

Tale misura è stata fortemente criticata dal mondo dell'associazionismo, il quale ha denunciato la totale assenza di trasparenza riguardo alle condizioni delle navi quarantena, ai servizi offerti dalla Croce Rossa ai migranti in isolamento, nonché criticato la sostanziale situazione di arbitraria privazione della libertà personale di persone costrette e controllate su un'imbarcazione.

In effetti, guardando al “contenuto” delle misure, la quarantena a bordo delle navi potrebbe essere ricondotta tra le «altre restrizioni della libertà personale», di cui all'art. 13 Cost., comportando «l'assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (C. cost. sent. n. 105/2001).

Tale tesi sembra essere condivisa da parte della dottrina, la quale ritiene che la quarantena rappresenti «una forma di privazione della libertà personale: una forma di detenzione, come conferma il linguaggio e la logica dell'art. 5 Cedu» (Gatta 2020). Tra le forme di privazione della libertà personale che possono essere disciplinate dalla legge, l'art. 5, comma 1, lett. e, CEDU prevede «la detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo».

Se si condivide la tesi appena illustrata, ogni arrivo di migranti via mare, sottoposto alla quarantena o condotto negli *hotspot*, dovrebbe naturalmente essere disciplinato “nei casi” e “nei modi” da una fonte di rango primario, nonché disposto con atto motivato dall'autorità giudiziaria o, in casi eccezionali, convalidata entro le 48 ore dal giudice.

Non si può nascondere, tuttavia, come sarebbe molto oneroso e complesso immaginare, per ogni arrivo di migrante via mare da sottoporre a quarantena e da condurre negli *hotspot*, l'autorizzazione o la convalida dell'autorità giudiziaria, anche predisponendo misure molto snelle e digitali di controllo giurisdizionale.

Per tale ragione, la soluzione dovrebbe essere quella di rendere le misure appena descritte (come *hotspot* e navi quarantena) realmente coerenti con le finalità assistenziali e di tutela della salute che, almeno sulla carta, si prefiggono. A tal fine, sarebbe necessario eliminare le caratteristiche – come il divieto di allontanamento e l'uso della forza – che determinano «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico

soccorsi in mare ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili del 12 aprile 2020; pubblicata sul sito della protezione civile www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/-/content-view/view/1250434.

all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (C. cost. sent. n. 105 del 2001).

7. Le prassi che precedono la presentazione della domanda di protezione internazionale

Un altro esempio dell'abbassamento del livello di tutela dei diritti umani ai confini è rappresentato dalle procedure che precedono la presentazione della domanda di protezione internazionale, volte ad individuare i richiedenti protezione che hanno diritto di permanere sul territorio e coloro che, invece, devono essere respinti.

La domanda di protezione rappresenta un momento fondamentale per garantire il contenuto minimo necessario del diritto di cui all'art. 10, comma 3, Cost., consacrando il diritto di ingresso e permanenza nel territorio dello Stato dei richiedenti protezione internazionale (Siccardi 2021).

Infatti, dal momento della presentazione della domanda di protezione, che ai sensi del diritto europeo può essere presentata oggi solo alla frontiera dello Stato, gli stranieri sono considerati "richiedenti protezione", e potranno di conseguenza accedere al procedimento di riconoscimento della protezione internazionale, nonché alle misure del sistema di accoglienza (Famiglietti 2021).

La disciplina di questo momento essenziale, regolamentata a livello europeo (*direttiva procedure* n. 32/2013) e a livello nazionale (*decreto procedure* d.lgs. n. 25/2008 e *decreto accoglienza* d.lgs. n. 142/2015), mira anzitutto a limitare la discrezionalità amministrativa della polizia di frontiera, stabilendo che la competenza di quest'ultima è limitata alla ricezione della domanda (art. 3 d.lgs. n. 25/2008, art. 6 *direttiva procedure* 32/2013).

Più precisamente, dal quadro normativo appena delineato, è possibile evincere alcuni principi fondamentali in materia.

In primo luogo, ai fini del diritto di permanenza nel territorio dello Stato, in attesa dell'esito del procedimento di riconoscimento della domanda di protezione internazionale, è sufficiente la mera manifestazione di volontà (o comportamento concludente) di richiedere protezione, senza alcuna formalizzazione. Infatti, la normativa in materia prevede una definizione molto ampia di "domanda di protezione": l'art. 2, par. 1 lett. b, infatti, definisce "la domanda di protezione internazionale" quale «richiesta di protezione rivolta a uno Stato membro da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, di cui si può ritenere che intenda ottenere lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria, e che non sollecita esplicitamente un diverso tipo di protezione non contemplato nell'ambito di applicazione della direttiva 2011/95/UE e che possa essere richiesto con domanda separata».

In secondo luogo, coerentemente con il principio di *non refoulement*, le uniche «autorità competenti all'esame delle domande di protezione internazionale sono le commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale» (art. 3 d.lgs. n. 25/2008). Ciò significa che l'ufficio di polizia e la Questura si devono limitare a ricevere la domanda di protezione e in un secondo momento a verbalizzarla (Famiglietti 2021: 109), senza in alcun modo indagare i motivi che ne stanno alla base, sui quali – al contrario – sono unicamente competenti le commissioni territoriali (artt. 3 e 26 d.lgs. n. 25/2008).

In terzo luogo, necessario corollario alla presentazione della domanda di protezione internazionale è il diritto di informazione dei migranti riguardo ai loro diritti e alle normative in materia, al quale corrisponde l'obbligo di informazione da parte delle autorità di frontiera competente. A tal proposito, l'art. 6 della dir. 2013/32/UE impone agli Stati membri di garantire che le «autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale quali la polizia, le guardie di frontiera [...] abbiano le pertinenti informazioni e che il loro personale riceva il livello necessario di formazione adeguato ai loro compiti e alle loro responsabilità e le istruzioni per informare i richiedenti dove e in che modo possono essere inoltrate le domande di protezione internazionale»²⁵.

I principi illustrati sono messi a dura prova dalla prassi portata avanti alle frontiere secondo il metodo *hotspot*, la quale è volta a “selezionare” migranti irregolari e richiedenti asilo in un momento antecedente alla ricezione della domanda di protezione e alla verbalizzazione, così come disciplinate dalle fonti normative appena analizzate²⁶.

Infatti, le prime attività, propedeutiche alla presentazione della domanda di protezione internazionale, avvengono già nel momento dello sbarco o subito dopo l'ingresso negli *hotspot* mediante l'espletamento di una serie di procedure di c.d. “pre-identificazione”, prevista dalla *Road Map* del 2015 del Ministero dell'Interno.

Subito dopo lo sbarco e lo *screening* sanitario, i migranti sono sottoposti a una serie di interviste svolte dai funzionari degli uffici immigrazione.

Queste interviste non solo sono volte a raccogliere le generalità o le informazioni relative alla nazionalità, ma mirano, già in questa fase, a indagare sulle motivazioni che hanno spinto il migrante a raggiungere la frontiera italiana.

Tali informazioni vengono poi raccolte dall'autorità di frontiera nel c.d. “foglio notizie”. Pur non essendo disponibili versioni “ufficiali” del foglio notizie, le versioni pubblicate dalle associazioni e dalla “Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, di identificazione ed espulsione, nonché

25 Il *decreto Sicurezza I* ha aggiunto alla norma il seguente inciso: «L'ufficio di polizia informa il richiedente che, ove proveniente da un Paese designato di origine sicuro ai sensi dell'articolo 2-bis, la domanda può essere rigettata ai sensi dell'articolo 9, comma 2-bis».

26 In questo senso si è espressa la relazione di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza, 2016.

sulle condizioni di trattamento dei migranti” mostrano come in questo modulo vengono raccolte le generalità della persona, nonché i motivi attinenti alla migrazione, incasellandoli in “richiesta asilo” o “*job searching*”.

Come si evince sempre dalla sequenza operativa indicata dalla *Road Map* del Ministero dell’Interno, al termine delle procedure di pre-identificazione e di compilazione del foglio notizie, tutte le persone saranno foto-segnalate e registrate come CAT 2 (ingresso irregolare) o CAT 1 (richiedenti asilo e suscettibili di ricollocazione).

Secondo la relazione di minoranza della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza del 2016, le attività appena descritte sarebbero volte a una prima “classificazione dei migranti”, basandosi «essenzialmente su interviste effettuate al momento dello sbarco da funzionari di polizia nel luogo stesso di sbarco o all’interno dei centri *hotspots*, in un momento quindi in cui le persone versano in un particolare stato di vulnerabilità.

Che si tratti di una procedura di “selezione all’ingresso” è messo nero su bianco dal regolamento sulla Guardia di frontiera e costiera europea, il quale, all’art. 40, individua tra i compiti delle squadre europee per la gestione della migrazione «l’assistenza nella selezione (*screening*) dei cittadini di paesi terzi che arrivano alle frontiere esterne, comprese l’identificazione e la registrazione di tali cittadini e la raccolta di informazioni dai medesimi (*debriefing*)»²⁷.

Questa prima selezione informale, disciplinata nel dettaglio solo dalla prassi e dalle circolari ministeriali, ha tuttavia delle conseguenze di rilievo sui diritti dei migranti, concludendosi, da un lato, per coloro i quali sono stati classificati richiedenti protezione, con la formalizzazione e la verbalizzazione della domanda in Questura (mediante il c.d. modello C3) e l’avvio del procedimento di esame della domanda di protezione internazionale e delle misure di accoglienza; dall’altro, mediante il respingimento degli stranieri ritenuti irregolari, anche se solo sulla base del foglio notizie.

Un simile metodo sembra lontano dal principio stabilito dalla direttiva procedure, nonché dall’art. 3 del d.lgs. n. 28 del 2005, secondo il quale le autorità di frontiera dovrebbero limitarsi a raccogliere la mera intenzione del richiedente, senza che sia necessaria alcuna formalità. Tali regole, come visto, sono poste direttamente a garanzia del principio di *non respingimento*, il quale è nei fatti aggirato dalle procedure di pre-identificazione e selezione dei migranti in ingresso descritte.

Di recente la Cassazione, cogliendo appieno la problematicità della prassi del foglio notizie in relazione ai diritti dei migranti, ha affermato che «a nulla rileva il fatto (erroneamente valorizzato dal giudice di merito) che *lo straniero soggetto a respingimento* abbia sottoscritto il foglio notizie, peraltro senza la garanzia della sicura presenza di un interprete abilitato con il quale avrebbe dichiarato di non

27 Reg. UE n. 2016/1624, come poi modificato dal reg. UE 2019/1896.

voler presentare domanda di protezione», poiché la dichiarazione era già stata effettuata dallo straniero (Cass, II sez. civ., ord. 1 settembre 2020, n. 18189 e Cass, II sez. civ., ord. 3 settembre 2020, n. 18322).

Inoltre, è opportuno evidenziare che la prassi della pre-identificazione e del foglio notizie svuota l'obbligo di informazione previsto all'art. 10 d.lgs. n. 25 del 2008, il quale deve essere adempiuto secondo la predetta norma «all'atto della presentazione della domanda all'ufficio di polizia». Tuttavia, se, come visto, le attività informali di “selezione” dei migranti vengono effettuate già a partire dallo sbarco, il diritto di essere informati dei migranti previsto dalla legge rischia di divenire inutile²⁸.

Le prassi sin qui descritte, messe in atto secondo il metodo *hotspot*, si pongono pertanto in contrasto con i principi costituzionali e in particolare con il diritto costituzionale d'asilo di cui all'art. 10, comma 3, Cost. Esse sembrano rappresentare un “filtro” di ingresso anche nei confronti di coloro che hanno intenzione, o hanno manifestato la volontà, di richiedere asilo (ma non ancora formalizzata) per mano di procedure non disciplinate dalla legge e lasciate alla discrezionalità della polizia di frontiera, in violazione della riserva di legge assoluta prevista dalla norma costituzionale, la quale mira a evitare abusi dell'autorità amministrativa nel riconoscimento di un diritto fondamentale.

8. I controlli di frontiera “esternalizzati” e i diritti umani: il caso dei campi libici

Al fine di fermare gli ingressi illegali, l'Unione europea e il Governo italiano hanno siglato una serie di accordi con alcuni Paesi di Transito dei migranti, profondamente problematici per quanto attiene alla tutela dei diritti umani dei migranti²⁹.

In questa sede, è opportuno concentrarsi esclusivamente sul *Memorandum*, siglato nel 2017 e prorogato tacitamente nel 2020, tra il Governo italiano e il

28 Secondo la circolare del Ministero dell'Interno sulle procedure operative standard al momento dello sbarco viene distribuito ai migranti un opuscolo informativo sulla protezione internazionale. Non è chiaro, tuttavia, in quante e quali lingue sia redatta tale documentazione e se, al momento dello sbarco, siano sempre presenti interpreti e mediatori culturali.

29 Ci si riferisce, ad esempio, alla Dichiarazione UE-Turchia (al riguardo v. Commissione europea, Raccomandazione per un programma volontario di ammissione umanitaria gestito con la Turchia, del 15.12.2015, C/2015/9490). Rispetto agli accordi siglati dal Governo italiano si vedano il Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana, firmato a Roma nel 2017 e tacitamente rinnovato nel 2020 pubblicato su www.governo.it/sites/governo.it/files/Libia.pdf, nonché l'Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger del 2017, pubblicato sul sito di Asgi www.asgi.it/approfondimenti-speciali/niger-italia-armi-immigrazione.

Governo libico, con lo scopo dichiarato di contrastare l'immigrazione illegale e il traffico di esseri umani tra i due Paesi.

Per raggiungere tale obiettivo, il *Memorandum* impegna lo Stato italiano a fornire sostegno finanziario, tecnico e militare alle autorità libiche nell'espletamento di una serie di attività atte ad arginare i flussi migratori. Tra queste attività rientrano il controllo dei confini terrestri al sud della Libia, l'adeguamento dei centri di accoglienza «per i migranti illegali», la formazione del personale dei centri «in modo che possano contribuire all'individuazione dei metodi più adeguati per affrontare il fenomeno dell'immigrazione clandestina e la tratta degli esseri umani».

Il *Memorandum* pone serie problematiche rispetto ai profili evidenziati in questo contributo che attengono: a) alla inidoneità della fonte giuridica utilizzata; b) alla violazione dei diritti umani dei migranti; c) alla compromissione del diritto alla tutela giurisdizionale dei migranti.

a) Rispetto al primo profilo, in dottrina è stata evidenziata da più autori la problematicità di questi accordi in riferimento all'art. 80 della Costituzione, il quale, come noto, impone la ratifica da parte del Parlamento dei trattati internazionali di «natura politica» (Olivito 2020; Algostino 2017)³⁰.

b) Rispetto all'impatto sui diritti umani dei migranti i profili da evidenziare sono molteplici.

Anzitutto, il fatto che l'Italia sostanzialmente “appalti”, mediante sostegno tecnico e finanziario, alcune attività di controllo delle frontiere a paesi terzi, al fine di anticipare i respingimenti in territori lontani, incide in modo significativo sul contenuto minimo del diritto d'asilo, ex art. 10, comma 3 Cost., precludendo l'ingresso nel territorio dello Stato.

Infatti, le misure del *Memorandum* agiscono in egual modo su migranti irregolari e potenziali richiedenti protezione, senza procedere a nessun esame individuale della situazione dei destinatari delle misure. Tale effetto è dimostrato dal fatto che lo scopo dichiarato del *Memorandum* Italia-Libia è quello di frenare la migrazione illegale, senza tenere in considerazione la possibile presenza di richiedenti protezione. Il divieto di *non refoulement* viene così aggirato, definendo indistintamente i destinatari delle misure quali “migranti illegali”.

Inoltre, mediante tali accordi, l'Italia lascia alle autorità libiche attività che hanno un forte impatto sui diritti fondamentali, come l'accoglienza – o meglio il trattenimento – dei migranti nei campi di raccolta.

Riguardo al rispetto dei diritti umani in tali centri, il *Memorandum* si limita ad affermare che «la parte italiana si impegna a soddisfare le esigenze di assistenza

30 La mancata ratifica parlamentare del Memorandum Italia-Libia è stata portata all'attenzione alla Corte costituzionale da alcuni Parlamentari che, ritenendo lese le proprie prerogative, hanno sollevato conflitto di attribuzione, dichiarato inammissibile in ragione dell'assenza di legittimazione a sollevare predetto conflitto da parte del singolo Parlamentare. Cfr. C. cost. ord. del 4 luglio 2018, n. 163.

sanitaria dei migranti illegali, per il trattamento delle malattie trasmissibili e croniche gravi», senza nulla dire riguardo alle garanzie dei diritti fondamentali e del doveroso rispetto della dignità delle persone.

Questa situazione è sotto gli occhi delle Istituzioni internazionali che denunciano a ripetizione la violazione dei diritti umani.

Il rapporto del 15 gennaio 2020 del Segretario Generale al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite denuncia come migliaia di persone siano trattate nei centri libici controllati da gruppi armati e sottoposti a torture³¹.

Ancora, la Commissaria per i diritti umani del Consiglio di Europa, Dunja Mijatovic, ha chiesto di sospendere il *Memorandum* Italia-Libia, alla luce della «moltitudine di prove delle gravi violazioni» che impone «un'approfondita analisi sui rischi di violazione dei diritti umani di migranti e richiedenti asilo che potrebbero derivare dalla collaborazione con le autorità libiche»³².

Tale situazione è drasticamente peggiorata durante la pandemia, a causa dell'impossibilità materiale di garantire il distanziamento nei centri, i quali sono divenuti «ancora più ostili per rifugiati e migranti in cerca di una vita migliore». Non solo, i migranti «ora sono persino ingiustamente accusati, per motivi profondamente razzisti e xenofobici, di aver diffuso la pandemia da Covid-19»³³.

Oltre ai *report* delle organizzazioni internazionali e non governative, un'importante fonte di conoscenza delle condizioni dei centri libici è rappresentata dalle decisioni dei giudici italiani. I giudici, infatti, sono venuti a conoscenza delle condizioni nei centri libici nell'ambito di procedimenti, sia penali a carico di presunti trafficanti di essere umani, sia civili a seguito di domande di risarcimento del danno in ragione di respingimenti illegittimi.

Merita di essere ricordata, in particolare, la sentenza del 2017 della Corte di Assise di Milano (Corte d'assise di Milano, sent. 10 ottobre 2017, depositata 1 dicembre 2017) che, nel procedimento penale a carico di un cittadino somalo, rivela le condizioni disumane dei campi libici e le violenze cui sono sottoposti i migranti vittime di tratta.

La sentenza descrive nel dettaglio la situazione di due campi di raccolta, quello di Bani Walis e quello di Sabrata, dove i migranti sono spogliati di documenti e cellulare. Come riportano alcuni, dai centri non è possibile allontanarsi, poiché «escono dal centro solo due categorie di persone: i morti o chi ha pagato i

31 Cfr. Report of the Secretary-General, United Nations Support Mission in Libya, Distr.: General, 15 January 2020.

32 Cfr. la lettera del 13 febbraio 2020 inviata dalla Commissaria per i Diritti umani del Consiglio di Europa al Governo italiano, al fine di richiedere la sospensione degli accordi Italia-Libia. La lettera e la risposta del Governo italiano sono consultabili alla pagina www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-italy-to-suspend-co-operation-activities-with-libyan-coast-guard-and-introduce-human-rights-safeguards-in-future-migration-co-operation

33 Così Diana Eltahawy, vicedirettrice di Amnesty nella dichiarazione pubblicata sul sito dell'Associazione (www.amnesty.it/tra-la-vita-e-la-morte-il-circolo-vizioso-di-crudelta-nei-confronti-di-rifugiati-e-migranti-in-libia).

soldi per il viaggio». I migranti sono, infatti, obbligati al pagamento di somme consistenti (7000 dollari) per essere trasferiti dai campi alla costa, per l'imbarco verso l'Italia. Coloro che non versano le somme in tempi celeri sono torturati, picchiati, sottoposti a lavori forzati, uccisi.

La sentenza appena richiamata, mediante una descrizione dettagliata delle violenze che avvengono nei campi, drammaticamente evidenzia come il *Memorandum* Italia-Libia contribuisca a terribili violazioni dei diritti umani.

c) In terzo luogo, il *Memorandum* Italia-Libia potrebbe esasperare ulteriormente le difficoltà di accesso dei migranti alla giustizia. Mediante la sottoscrizione del *Memorandum*, la parte italiana si è impegnata «a fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta contro l'immigrazione clandestina, e che sono rappresentati dalla guardia di frontiera e dalla guardia costiera del Ministero della Difesa, e dagli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno».

Tali azioni sono finalizzate a sostenere le politiche di c.d. *pull back*, invitando la Guardia costiera libica a non consentire ai migranti di raggiungere le acque territoriali italiane, riconducendoli nei campi di raccolta.

La ripresa delle attività da parte della Guardia costiera libica può comportare delle conseguenze rispetto alla sussistenza della giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Infatti, uno dei tanti episodi controversi che hanno visto, a ridosso della zona SAR libica, l'intervento tempestivo nelle operazioni di soccorso sia della Guardia costiera libica, sia dell'imbarcazione di una ONG, è oggetto di un ricorso davanti alla Corte Edu (*S.S. H e altri c. Italia*³⁴) (Fazzini 2020: 120). In particolare, i fatti che saranno oggetto del giudizio riguardano un naufragio avvenuto al largo delle coste libiche, nel quale hanno perso la vita oltre cento persone e i quaranta sopravvissuti sono stati riportati in Libia, nonostante nelle operazioni di soccorso fosse coinvolta anche la ONG *Sea Watch*.

La Corte Edu dovrà sciogliere il nodo cruciale relativo alla giurisdizione. In questo caso, infatti, e in generale in relazione agli episodi di *pull back* dei migranti da parte della Guardia costiera libica, sarà difficile sostenere che vi sia un controllo *de jure* e *de facto* sulle persone da parte di uno Stato contraente, tale da giustificare l'applicazione extra-territoriale della convenzione, come nel caso *Hirsi c. Italia*.

Gli accordi con la Libia, oltre a determinare le drammatiche violazioni di diritti umani descritte, rischiano di avere l'effetto di precludere l'accesso dei migranti alla tutela giurisdizionale e, dunque, alla possibilità di far valere la violazione dei loro diritti.

Simile conseguenza sarebbe contraria a quanto espresso in più occasioni dalla Corte Edu, la quale, pur riconoscendo le difficoltà cui vanno in contro gli

34 Ricorso alla Corte Edu, sul caso *S.S. and Others v. Italy*, ric. n. 21660/18.

Stati situati sulla frontiera esterna UE a causa dell'immigrazione via mare, non ammette zone franche alla tutela dei diritti convenzionali.

9. Due riflessioni conclusive

In queste pagine si sono volute illustrare le criticità che si pongono in relazione alla tutela dei diritti umani dei migranti ai confini degli Stati.

Di fronte alle problematiche poste, complesse e di difficile soluzione, si intendono sviluppare due riflessioni conclusive, secondo due prospettive differenti: a) la prima riflessione è di diritto costituzionale; b) la seconda è relativa al ruolo del CRC "Migrazioni e Diritti Umani".

Al fine di evitare che i confini divengano "una zona franca" per la tutela dei diritti umani è imprescindibile ridare forza ai nostri principi costituzionali, secondo due direttrici.

In primo luogo, la giurisprudenza costituzionale impone di individuare un adeguato bilanciamento tra il "compito ineludibile dello Stato di presidiare le frontiere" e i diritti umani dei migranti, ricordandoci che «per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non posso risulturne minimamente scalfiti i diritti che la Costituzione proclama inviolabili e che spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (C. cost. sent. n. 105 del 2001).

In secondo luogo, è urgente ristabilire una situazione di legalità e certezza del diritto, ponendo fine «allo stravolgimento del sistema delle fonti, dimostrato dal superamento dell'utilizzo dei tradizionali strumenti normativi in favore di un utilizzo massiccio di fonti di rango secondario e/o atipiche, nonché al pregiudizio delle garanzie costituzionali a tutela dei diritti della persona, proprie dello Stato di diritto» (D'Amico 2018). Un utilizzo corretto delle fonti normative in materia sarebbe già un importante punto di partenza per assicurare una garanzia minima dei diritti costituzionali ai confini.

Di fronte a simili violazioni, emerse con chiarezza nelle altre relazioni del convegno del 3 luglio 2020, è opportuno riflettere in conclusione sul ruolo dell'Università e del CRC "Migrazioni e Diritti Umani".

Sicuramente il Centro deve continuare a proporre iniziative scientifiche di questo genere, non solo perché esse rappresentano un'importante occasione di studio e confronto scientifico, ma anche perché esse forniscono la cornice teorica utile a proporre progetti e soluzioni concrete.

Sul tema delle migrazioni, in Università proliferano progetti di ricerca, iniziative didattiche e di terza missione. L'importanza di questa linea di ricerca trova conferma nel fatto che, a livello europeo e nazionale, i finanziamenti dedicati al tema dell'accoglienza e delle migrazioni sono aumentati esponenzialmente negli

ultimi anni. Si pensi che nell'ambito del programma europeo *Horizon 2020* vi sono quattro *call* specifiche sul tema delle migrazioni: *inclusive and innovative practices for the integration of recently arrived migrants in local communities; mapping and overcoming integration challenges for migrant children; narratives on migration and its impact: past and present; sustainable practices for the integration of newly arrived migrants into societies*³⁵.

Inoltre, il nostro Ateneo, nell'ambito della CRUI, ha promosso iniziative importanti, che possono contribuire ad attenuare le violazioni dei diritti umani nei confronti dei migranti. Mi riferisco, ad esempio, al progetto Unimi Inclusiva, alla rete *Scholar at risk*, ai corridoi Universitari³⁶, promossi anche grazie al lavoro dei membri del Tavolo Integrazione e Accoglienza di Ateneo³⁷.

Più precisamente, grazie a questi progetti il nostro Ateneo ha messo in campo, in collaborazione con l'UNHCR e altre associazioni, progetti di accoglienza in Università per studenti rifugiati. Mediante questi programmi si è dunque consentito ad alcuni studenti di "superare" le frontiere, al fine di vedersi garantito il diritto allo studio e il diritto all'asilo.

Il CRC deve proseguire su questa strada, approfondendo il dibattito scientifico, nazionale ed internazionale, nonché proponendo, allo stesso tempo, progetti e soluzioni concrete, a presidio dei diritti costituzionali.

35 Cfr. le *calls migration* del programma europeo Horizon <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/opportunities/topic-details/migration-04-2020>.

36 Queste iniziative sono state oggetto della relazione orale al convegno del 3 luglio 2020 tenuta dalla Prof.ssa Di Pascale.

37 Il Tavolo è stato promosso insieme alla Prorettrice all'Internazionalizzazione, Antonella Baldi, con lo scopo di riunire tutte le competenze che in Ateneo si occupano del tema delle migrazioni, al fine di ideare proposte concrete con particolare riferimento al tema degli studenti stranieri e all'accoglienza di studenti rifugiati.

Bibliografia

- Algostino A., 1998, *L'espulsione fra tutela dei "casi umani più disperati" e "presidio" delle frontiere*, «Giurisprudenza italiana», 150.
- Bailo F., 2010, *L'immigrazione clandestina al vaglio della Corte costituzionale: illegittima l'aggravante comune ma non anche la fattispecie di reato*, «Giurisprudenza italiana», 12.
- Balibar E., 2003, *At the Borders of Europe*, in ID., *We, the People of Europe?*, Princeton, Princeton University Press.
- Bascherini G., 2001, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione*, «Giurisprudenza costituzionale», 3.
- Bascherini G., 2007, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene.
- Benvenuti M., 2007, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, Padova, Cedam.
- Benvenuti M., 2018, *Gli hotspots una chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2.
- Benvenuti M., 2020, *Libertà personale*, in *Dizionario dei diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Biondi Dal Monte F., 2011, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa*, M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino.
- Bonetti P., 1994, *Tra interessi dello stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla C. Costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionale», 3.
- Bonetti P., 2017, *Kblajfia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, «Quaderni costituzionali», 1.
- Canzian N., 2021, *L'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo dopo la sentenza n. 186/2020 della Corte costituzionale*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1.
- Cassese A., 1969, *Sulla costituzionalità di segnalare lo straniero all'autorità di pubblica sicurezza*, «Rivista di diritto internazionale», 4.
- Cassese S., 2006, *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè.
- Cassese S., 2016, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, Il Mulino, Bologna.
- Catalano S., Perlo N., 2020, *Le rôle du juge face aux crises migratoire sécuritaire et économique en France et en Italie*, a cura di S. Catalano, N. Perlo, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole.
- Ciancio A., 2019, *L'autorizzazione a procedere per i reati ministeriali: alcune puntualizzazioni a seguito del caso della nave "Diciotti"*, in «Federalismi.it», 16.

- D'Amico G., *La libertà capovolta. Circolazione e soggiorno nello Stato costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- D'Amico M., 2018, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, «Rivista Aic», 4.
- D'Amico M., 2020, *L'Europa dei diritti: tra "aperture" e chiusure*, in *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta, M. P. Iadicicco.
- D'Amico M., 2020, *Rights. Challenges in the Global Era*, in *Global Law Versus National Law? Italian-American Dialogues on Constitutionalism In The 21st Century*, A. D'Aloia, E. Raffiotta, J. Yoo, Berkley, Berkeley Law University Press.
- D'Orazio G., 1992, *Lo straniero nella Costituzione italiana (asilo, condizione giuridica, estradizione)*, Padova, Cedam.
- Esposito C., 1958, *Asilo (diritto di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. III, Milano, Giuffré.
- Famiglietti G., 2021, *Il richiedente protezione davanti ai suoi "giudici"*, Torino, Giappichelli.
- Fazzini A., 2020, *Il caso S.S. and Others v. Italy nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in «Diritto Immigrazione e Cittadinanza», 2.
- Ferri F., Gennari L., 2020, *Vietato "girare in asciugamano": i regolamenti interni degli hotspot tra illegittimità e retoriche discriminanti*, in «Questione giustizia», 4.
- Gatta G., 2020, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in «Sistema penale», 1.
- Gjergj G., 2013, *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, FrancoAngeli.
- Grosso E., 2004, *"Ad impossibilia nemo tenetur": la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1.
- Leone C., 2017, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2.
- Manes V., 2012, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, «Penale contemporaneo», 2012.
- Masera L., 2017, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del decreto Minniti*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.
- Mentasti G., 2020, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1.
- Milanovic M., 2011, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford University Press.
- Nicotra Guerrera I., 1995, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffré.
- Olivito E., 2020, *The constitutional fallout of border management through informal and deformalised external action: the case of Italy and EU*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 2.

- Palermo F., 2010, *La "clandestinità": storia di "evoluzioni" criminali*, in «Rivista penale», 9.
- Panzerà C., 2020, *Il diritto all'Asilo. Profili costituzionali*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Passaglia P., Romboli R., 2003, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e in Spagna. Il giornale Italo-spagnolo di Giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- Penasa S., 2017, *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni*, in *Il diritto in migrazione*, F. Cortese, G. Pelacani, Napoli, Jovene.
- Penasa S., 2017, *L'approccio "hotspot" nella gestione delle migrazioni*, in *Il diritto in migrazione*, a cura di F. Cortese, G. Pelacani, Napoli, Editoriale scientifica.
- Piccione D., 2001, *Accompagnamento coattivo e trattenimento dello straniero al vaglio della Corte costituzionale: i molti dubbi su una pronuncia interlocutoria*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3.
- Savino M., 2015, *L'amministrativizzazione della libertà personale e del due process dei migranti*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 3.
- Serges G., 2020, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Siccardi C., 2020, *Il divieto di sbarco nei porti italiani fra prassi e novità normative: il ruolo dei giudici*, in *Le rôle des juges face aux crises migratoire, sécuritaire et économique en Italie et en France*, a cura di S. Catalano, N. Perlo, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole.
- Siccardi C., 2021, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Siccardi C., 2022, *Le frontiere esterne dell'Unione europea e il rispetto dei diritti fondamentali. Osservazioni a partire dai casi di Italia e Spagna, Atti del Seminario Italo-Spagnolo 2020*.
- Valentini E., 2018, *La detenzione amministrativa dello straniero e principi fondamentali*, Torino, Giappichelli.

