ESPULSIONI COLLETTIVE E CONDOTTA COLPOSA. LA PROGRESSIVA SUBORDINAZIONE DEL DIRITTO DI ASILO ALLE ESIGENZE SECURITARIE DEL PAESE OSPITANTE

1. Considerazioni introduttive - 2. L'interpretazione del divieto di espulsioni collettive secondo la Corte EDU fino alla sentenza *Sharifi c. Italia e Grecia* - 3. Le prime interpretazioni restrittive nel caso *Khlaifia c. Italia* - 4. Dal caso *N.D. e N.T. c. Spagna* in poi: la rilevanza della condotta colposa - 5. Il contrasto dell'orientamento tracciato dalla Corte EDU con la disciplina sul diritto d'asilo - 6. L'incompatibilità anche con il divieto di non respingimento - 7. La possibile deriva delle espulsioni collettive: verso un automatismo espulsivo?

1. Considerazioni introduttive

La norma relativa alle espulsioni collettive prevista all'art. 4 Protocollo 4, addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, si limita a prevedere che queste sono vietate. Si tratta di una disposizione piuttosto generica[1], che non definisce le condizioni e i presupposti in base ai quali si configura una espulsione di carattere "collettivo". Al riguardo è risultato fondamentale l'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo che, attraverso diverse pronunce, ha tracciato un primo orientamento stabilendo che, affinché una espulsione non si configuri come tale, è necessario lo svolgimento di un colloquio individuale e l'adozione di un provvedimento di espulsione, anch'esso individuale. La previsione di dette garanzie procedimentali mirava ad assicurare che lo Stato esaminasse la situazione di ciascun individuo caso per caso, allo scopo di garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali delle persone interessate e di evitare di procedere al loro allontanamento quando vi fosse il rischio di un pregiudizio. Come tale, dette garanzie erano strumentali ad assicurare anzitutto il diritto di asilo, anche e soprattutto nel rispetto del divieto di non respingimento[2].

[1] Sulla ricostruzione del dibattito in sede di lavori preparatori v. Raccolta dei Lavori preparatori del Protocollo n. 4 della Convenzione, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 1976. In commento v. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, nonché diffusamente F.L. GATTA, *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

[2] In argomento v. M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, in *Diritto pubblico*, 2020, 1; M. SAVINO, D. VITIELLO, *Non respingimento*, in C. PANZERA, A. RAUTI (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Milano, 2020.

Tuttavia, se questo è l'orientamento a lungo prevalso nella giurisprudenza della Corte EDU, nelle pronunce più recenti i giudici sembrano aver ribaltato tale convincimento[3]. Secondo l'orientamento attuale, l'art. 4 Prot. 4 non attribuisce allo straniero un diritto incondizionato al colloquio individuale. Laddove il tentativo di ingresso illegale e collettivo venga qualificato dai giudici come condotta colposa, idonea a mettere in pericolo la sicurezza pubblica del potenziale Stato ospitante, le esigenze securitarie tendono a prevalere sull'esame della condizione individuale, fino al punto da giustificare il respingimento anche di potenziali richiedenti asilo. Questa inversione di prospettiva segna una frattura rispetto all'interpretazione originaria della disposizione, che mirava anzitutto a garantire un'analisi individualizzata come condizione necessaria per la tutela del diritto di asilo e del principio di non respingimento.

Appare opportuno riflettere, quindi, su tale evoluzione giurisprudenziale, soffermandoci sulle implicazioni giuridiche che tale nuovo orientamento può generare rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona straniera e, più in particolare, rispetto al dovere degli Stati di assicurarle la possibilità, costituzionalmente garantita nel nostro ordinamento[4], di presentare istanza di asilo.

2. L'interpretazione del divieto di espulsioni collettive secondo la Corte EDU fino alla sentenza *Sharifi c. Italia e Grecia*

Una delle prime pronunce in cui è stata riconosciuta la violazione del divieto di espulsioni collettive risale al 2002, nel caso *Conka c. Belgio*[5]. Una famiglia rom, giunta in Belgio dalla Slovacchia, vedeva respinta la propria domanda di asilo per insufficienza di prove; veniva poi espulsa su una base giuridica estranea a tale domanda – il mero decorso di tre mesi dall'arrivo – mentre le

[3] Sui "Dis-orientamenti" provocati dalle pronunce delle Corte EDU v., in particolare, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 2021, 2, pp. 259 ss., che riconosce la generale tendenza delle Corte EDU a comprimere i diritti delle persone straniere, causata, in particolare, dalla "crisi" dettata dall'aumento dei flussi migratori. Su questi temi v. anche G. SIRIANNI, *Il diritto alla difesa degli stranieri: il difficile equilibrio tra tutela sostanziale ed esigenze di controllo dell'immigrazione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, il quale sostiene che sulla disciplina relativa alle espulsioni «si riflettono le ansie e le paure alimentate da processi migratori che il nostro paese stenta a governare». P. BONETTI, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri*, in *Diritto Pubblico*, 2019, 3, p. 565, sostiene, ulteriormente, che l'incremento dei flussi lungo le zone di confine «ha provocato negli Stati di arrivo un'irrazionale reazione restrittiva sia delle modalità di esercizio del diritto d'asilo sia della libertà personale degli stranieri che tentano di accedere al territorio».

[4] Il riferimento è chiaramente all'art. 10 Cost. in cui è riconosciuto che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

[5] Corte EDU, Sez. III, *Conka c. Belgio*, ric. n. 51564/99, 5 febbraio 2002.

autorità avevano nel frattempo predisposto un piano di rimpatrio collettivo dei cittadini slovacchi presenti in numero crescente sul territorio belga, che aveva coinvolto anche i ricorrenti (par. 56). La Corte qualificava l'espulsione come collettiva, non essendo state offerte garanzie sufficienti a dimostrare che le circostanze di ciascuno fossero state individualmente considerate tramite un colloquio (par. 63). Ne ricavava il principio per cui è espulsione collettiva qualsiasi misura che costringa un gruppo di stranieri a lasciare un paese, salvo che essa segua un esame ragionevole e obiettivo della situazione di ciascuno[6].

Nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*[7], un'imbarcazione di migranti, intercettata dalla Guardia costiera italiana, veniva ricondotta in Libia senza identificazione né garanzie[8]. La Corte osservava, anzitutto, che l'art. 4 Prot. 4 non fa riferimento al territorio[9] – come confermerebbe l'interpretazione dei redattori del Protocollo[10], secondo cui la parola «espulsione» va intesa nel senso corrente di «mandare via da un luogo» (par. 174) – sicché la disposizione si applica anche ad allontanamenti extraterritoriali, tanto più necessari quanto più la navigazione diveniva la modalità prevalente dei flussi migratori verso l'Europa (par. 176). Sulla ratio della norma, affermava che essa mira a evitare che gli Stati allontanino stranieri senza esaminarne la situazione personale né permettere loro di contestare il provvedimento (par. 177), garanzie dovute anche a fronte delle difficoltà di gestione dei flussi migratori, che non giustificano pratiche incompatibili con la Convenzione (par. 179). L'accertamento individuale restava così un passaggio irrinunciabile, funzionale al non-refoulement e all'esercizio dei diritti dello straniero, tra cui l'asilo; su questa base veniva accertata la violazione.

---

[6] Corte EDU, Grande Camera, *Georgia c. Russia*, ric. n. 13255/07, 3 luglio 2014.

[7] Corte EDU, Grande Camera, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012. Per un commento alla sentenza v. P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012; S. ZIRULIA, *I respingimenti nel Mediterraneo tra diritto del mare e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2012, 2; N. NAPOLETANO, *La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 2; A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 1.

[8] La procedura posta in essere dalle autorità italiane rientrava tra le operazioni di contrasto all'immigrazione clandestina, oggetto di specifico accordo bilaterale, Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, fatto a Bengasi il 30 agosto 2008, concluso tra Italia e Libia, e ratificato nel nostro ordinamento con l. 6 febbraio 2009 n. 7 e entrato in vigore il 19 febbraio 2009. Sugli accordi bilaterali v. M. BORRACCETTI, *L'Italia e i rimpatri: breve ricognizione degli accordi di riammissione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016.

[9] La sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*, par. 178, richiama, ad esempio, il testo dell'articolo 3 dello stesso Protocollo che evoca espressamente la portata territoriale del divieto di espulsione dei cittadini o, l'articolo 1 del Protocollo n. 7 che fa riferimento esplicitamente alla nozione di territorio in materia di garanzie processuali in caso di espulsione di stranieri residenti regolarmente nel territorio dello Stato.

[10] Cfr. Raccolta dei Lavori preparatori del Protocollo n. 4 della Convenzione, Consiglio d'Europa, Strasburgo, 1976.

Tale orientamento trovava ulteriore conferma nel caso *Sharifi c. Italia e Grecia*[11]: un gruppo di migranti afghani, giunto in Italia via mare, veniva respinto verso la Grecia e da qui nuovamente espulso, senza che nessuno dei due Stati ne accertasse la condizione individuale[12], né consentisse di chiedere asilo, farsi assistere da avvocato e interprete, o ricevere un provvedimento ufficiale scritto e tradotto (par. 10). La Corte confermava l'applicabilità del divieto anche agli intercettamenti in alto mare privi di garanzie (par. 210), accertando la violazione poiché le «riammissioni» privavano i ricorrenti di ogni possibilità effettiva di chiedere asilo e di ogni tutela procedurale e sostanziale (par. 215) – unitamente, in quella sede, alla violazione degli artt. 3 e 13 CEDU per il rischio di trattamenti inumani in Afghanistan e la mancanza di un ricorso effettivo.

3. Le prime interpretazioni restrittive nel caso *Khlaifia c. Italia*

L'orientamento sin qui tracciato ha subito un primo arresto nel celebre caso *Khlaifia c. Italia*[13]. Nel contesto della "Primavera araba" del 2011, cittadini tunisini giunti in Italia venivano privati in modo illegittimo della libertà personale, detenuti a Lampedusa e su navi militari a Palermo, e infine rimpatriati in esecuzione di un accordo bilaterale, senza che fosse mai accertata la loro condizione individuale. La Grande Camera, discostandosi dagli orientamenti precedenti, escludeva la violazione dell'art. 4 Prot. 4, riconoscendo solo quella dell'art. 5 CEDU, sulla base di due argomentazioni.

In primo luogo, sosteneva che l'art. 4 Prot. 4 non garantisce in ogni circostanza il diritto a un colloquio individuale[14]: basta che allo straniero sia assicurata la possibilità reale ed effettiva di invocare gli argomenti contrari alla propria espulsione, adeguatamente esaminati dalle autorità. Nel caso di specie, i ricorrenti erano rimasti in Italia dodici giorni senza segnalare circostanze ostative[15], né lo avevano fatto in una successiva identificazione presso il Console tunisino, pur avendone avuto la possibilità[16]; tale lasso di tempo, "non trascurabile", avrebbe consentito di richiamare l'attenzione

[11] Corte EDU, Sez. II, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, 21 ottobre 2014.

[12] In commento v. P. BONETTI, *Sharifi c. Italia e Grecia e Tarakhel c. Svizzera: sui ricorsi del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quaderni costituzionali*, 2015.

[13] Corte EDU, Grande Camera, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

[14] *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 248.

[15] *Ibid*., par. 249.

[16] Critico sul punto P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, cit., 2017, p. 176, secondo cui, attraverso questo orientamento, di fatto, i giudici mettono in discussione e, quindi, sindacano, l'effettiva utilità dell'esame individuale. Dal punto di vista dell'A. non solo tale

delle autorità su ogni circostanza rilevante[17], portando la Corte a dubitare dell'utilità stessa di un colloquio individuale[18]. In secondo luogo, l'identicità dei provvedimenti non derivava da una mancata identificazione individuale, ma dal fatto che tutti i ricorrenti versavano nella medesima condizione – privi di documenti validi e senza timori di maltrattamento rappresentati –, omogeneità che aveva indotto le autorità ad adottare decisioni di contenuto analogo[19].

4. Dal *caso N.D. e N.T. c. Spagna* in poi: la rilevanza della condotta colposa

È nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*[20], tuttavia, che la Corte ha compiuto un definitivo ribaltamento rispetto agli orientamenti sin qui espressi, aggravando la posizione dello straniero. I fatti riguardavano il tentativo di alcuni migranti di accedere illegalmente, scavalcandone i confini terrestri, nelle enclavi spagnole di Ceuta e Melilla, site in territorio marocchino, approfittando dell'elevato numero dei partecipanti e ricorrendo alla forza[21]. Nel fare questo, i ricorrenti venivano individuati e immediatamente respinti in territorio marocchino dalle autorità di frontiera, senza valutazione delle singole posizioni individuali; il loro respingimento veniva qualificato dai giudici come un «passaggio di consegne *de facto* individuale ma immediato, effettuato dalle guardie di frontiera spagnole sulla sola base del protocollo operativo della Guardia Civil»[22].

---

interpretazione riduce la portata applicativa del divieto previsto dall'art. 4, prot. 4, CEDU e, ulteriormente del divieto di *refoulement* così come espresso dal combinato disposto degli artt. 2 e 3 CEDU, ma sembra peggiorare la posizione dello straniero laddove gli si attribuisce l'onere di far emergere dinanzi le autorità competenti la propria condizione e ciò anche nelle ipotesi in cui non sia a conoscenza, ad esempio, dei motivi della sua detenzione e, quindi nell'effettiva capacità di contestarne l'illegittimità. Non da ultimo l'A. rileva che «nelle norme italiane manca una disciplina precisa di questa preventiva valutazione della situazione individuale dello straniero che si trovi in situazione di soggiorno irregolare, che è ineludibile per dare effettività ai diritti fondamentali coinvolti, il che esige anche di trovare le necessarie risorse organizzative e finanziarie».

[17] *Khlaifia e altri c. Italia*, par. 249.

[18] *Ibid*., par. 153.

[19] *Ibid*., par. 248.

[20] Corte EDU, Grande Camera, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e n. 8697/15, 13 febbraio 2020.

[21] In commento v. L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri nell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 1; L. BERNARDINI, *Respingimenti "sommari" alla frontiera e migranti "disobbedienti": dalla Corte di Strasburgo un overruling inaspettato nel caso N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2020, 7.

[22] *N.D. e N.T. c. Spagna*, par. 207. Tale protocollo, relativo alle operazioni di controllo di frontiera della Guardia Civil del 26 febbraio 2014, stabilisce che «quando i tentativi dei migranti di attraversare illegalmente questa recinzione sono contenuti e respinti dalle forze dell'ordine responsabili del controllo della frontiera, non si considera che ci sia stato un effettivo ingresso illegale. L'ingresso è considerato avvenuto solo quando il migrante è penetrato oltre la suddetta recinzione interna, entrando così nel territorio nazionale e rientrando nel campo di applicazione delle norme che regolano gli stranieri».

La Corte, pur riconoscendo che la ratio dell'art. 4 Prot. 4 è quella di evitare che siano adottate misure di espulsione in assenza di un esame ragionevole e obiettivo delle singole posizioni individuali, introduceva un elemento di assoluta novità: i giudici ritenevano che non vi sia violazione dell'art. 4 Prot. 4 se la mancanza di una decisione individuale di espulsione può essere attribuita al comportamento colpevole del richiedente. Al fine di verificare tale condotta, bisogna accertare: *a)* se lo Stato coinvolto aveva predisposto valichi di accesso legale, effettivamente utilizzabili, ove presentare una domanda di protezione internazionale; *b)* se i ricorrenti avevano motivi fondati, basati su fatti oggettivi di cui lo Stato convenuto fosse responsabile, per non ricorrere a tali procedure. Ove sia dimostrato che lo Stato consentiva la possibilità di presentare istanza di protezione e lo straniero non avesse ragionevoli motivi per non farvi ricorso, la Corte riteneva che la mancanza di decisioni individuali fosse conseguenza del comportamento colposo dei ricorrenti, tale per cui non può essere riconosciuta la violazione dell'articolo 4 del Protocollo n. 4. Nel caso di specie, la condotta colpevole dei ricorrenti veniva identificata nell'aver attraversato una «frontiera terrestre in modo non autorizzato, approfittando deliberatamente del loro gran numero e usando la forza», così da creare «una situazione chiaramente dirompente, difficile da controllare e che mette in pericolo la sicurezza pubblica»[23]: la colpa, dunque, non consisterebbe solo nel non aver utilizzato i valichi di accesso legali, ma anche nell'aver posto in pericolo la sicurezza pubblica delle frontiere europee.

È proprio su questo punto che la decisione segna una svolta: la sicurezza pubblica occupa per la prima volta una posizione centrale nel ragionamento della Corte, fino a giustificare il sacrificio delle garanzie procedurali sinora riconosciute allo straniero, in particolare il diritto a un esame individuale, sede naturale per presentare istanza di protezione internazionale. Questa impostazione emerge anche dalle argomentazioni del Governo spagnolo, secondo cui le politiche di frontiera, asilo e immigrazione non devono compromettere «l'esercizio delle responsabilità che incombono sugli Stati membri per quanto riguarda il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»[24]. La Corte sembra farla propria, affermando che le politiche migratorie dovrebbero contribuire a contrastare l'immigrazione clandestina e la tratta, oltre a prevenire minacce alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla salute pubblica[25]: ne deriva che uno Stato dotato di misure

[23] *Ibid.*, par. 201.
[24] *Ibid.*, par. 130.
[25] *Ibid.*, par. 168.

adeguate a garantire il diritto di chiedere protezione *ex* art. 3 può rifiutare l'ingresso anche a potenziali richiedenti asilo[26] che tentino di attraversare la frontiera fuori dai valichi ufficiali.

Gli orientamenti successivi, sebbene una sistematizzazione organica appaia ancora prematura, sembrano confermare tale ribaltamento. Nei casi *Shazad c. Ungheria*[27], *MH e altri c. Croazia*[28], *SS c. Ungheria*[29] e, da ultimo, *HQ c. Ungheria*[30], la Corte ha applicato il medesimo schema in fattispecie tra loro eterogenee, ribadendo con sostanziale identità formulare che l'eccezione della condotta colposa opera quando lo straniero attraversi «una frontiera terrestre in modo non autorizzato, approfittando deliberatamente del loro grande numero e usando la forza, creando una situazione chiaramente destabilizzante, difficilmente controllabile e idonea a mettere in pericolo la sicurezza pubblica»[31], sempre a condizione di verificare se lo Stato convenuto avesse garantito un accesso effettivo alle procedure di ingresso legale e se i ricorrenti avessero ragioni cogenti, basate su fatti oggettivi imputabili allo Stato, per non avvalersene.

Il quadro che ne risulta rivela una tendenza preoccupante: la nozione di condotta colposa tende a coincidere sempre più con la messa in pericolo dell'ordine e della sicurezza pubblica, condizione che giustifica non solo il diniego dell'esame individuale, ma il respingimento immediato e collettivo anche di chi potrebbe avere titolo alla protezione internazionale. Violazione formale delle regole di ingresso e minaccia alla sicurezza pubblica finiscono per sovrapporsi, sicché la seconda viene presunta in ragione della prima: chi tenta un accesso illegale e collettivo diviene, per ciò solo, un pericolo per la collettività, determinando uno strutturale sbilanciamento tra sicurezza delle frontiere e tutela della persona straniera.

5. Il contrasto dell'orientamento tracciato dalla Corte EDU con la disciplina sul diritto d'asilo

A questo punto occorre chiederci quali possono essere le conseguenze dell'orientamento qui ricostruito rispetto al dovere degli Stati di assicurare il diritto di asilo. A me pare, infatti, che l'orientamento più recente della Corte EDU si ponga in evidente contrasto con il quadro normativo

[26] *Ibid*., par. 210.
[27] Corte EDU, Sez. I, *Shazad c. Ungheria*, ric. n. 12625/17, 8 ottobre 2021.
[28] Corte EDU, Sez. I, *MH e altri c. Croazia*, ric. n. 15670/18 e 43115/18, 4 aprile 2022.
[29] Corte EDU, Sez. I, *SS c. Ungheria*, ric. n. 56417/19 e 44245/20, 12 gennaio 2024.
[30] Corte EDU, Sez. II, *HQ c. Ungheria*, ric. n. 46084/21, 40185/22 e 53952/22, 24 settembre 2025.
[31] *Shazad c. Ungheria*, par. 59, *MH e altri c. Croazia*, par. 294, *SS c. Ungheria* che, al par. 46, richiama quanto espresso nella pronuncia precedente, vale a dire *MH e altri c. Croazia; HQ c. Ungheria*, par. 106.

internazionale, europeo e nazionale che si è venuto nel corso degli anni a costruire e che regola il diritto di asilo. Tale contrasto non è soltanto formale ma investe il fondamento stesso del diritto di asilo, che nel corso del tempo ha progressivamente smesso di essere una mera prerogativa sovrana degli Stati per diventare, nel convergente apprezzamento del diritto internazionale, dell'ordinamento europeo e della giurisprudenza interna, un diritto soggettivo incondizionato della persona straniera. Se si muove da questa prospettiva, ben si comprende che esso non può essere sacrificato in nome di ragioni securitarie dello Stato ospitante che non siano state previamente e individualmente verificate nei confronti del singolo. Al fine di comprendere meglio la dimensione di questo contrasto, può essere opportuno ricostruire, seppur nelle sue linee essenziali, l'evoluzione normativa che ha progressivamente sottratto il diritto di asilo alla sola sfera della sovranità statale, elevandolo a diritto soggettivo tutelato su piani concorrenti. Sul piano del diritto internazionale, il punto di partenza è rappresentato dall'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[32], che per la prima volta ha iscritto il diritto di cercare asilo nel catalogo dei diritti fondamentali della persona[33]. La formulazione adottata si limita a riconoscere il diritto di "cercare e godere" dell'asilo, configurandolo quale mera aspettativa individuale giuridicamente rilevante della persona e non ancora come un vero e proprio obbligo statale espresso[34]. La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 28 luglio 1951 ha integrato questa aspettativa, costruendo un sistema in cui gli obblighi degli Stati sono speculari ai diritti del rifugiato. La Convenzione si fonda su due assi principali. In primo luogo essa stabilisce la definizione di rifugiato, *ex* art. 1, riferendosi a chiunque abbia timore di essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche e che si trovi fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non possa o, per tale timore, non voglia domandare la protezione di detto Stato. Definizione che si estende anche a chi, essendo apolide e trovandosi fuori dal suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non possa o non voglia ritornarvi. In secondo luogo, nei confronti di

[32] La disposizione recita: «1. Ogni individuo ha il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni. 2. Questo diritto non potrà essere invocato qualora l'individuo sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite».

[33] Sulla genesi dell'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e sul dibattito in sede di redazione v. F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Milano, 2009; F.A. CAPPELLETTI, *Dalla legge di Dio alla legge dello Stato*, Torino, 2012. V. anche M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2007, spec. cap. I.

[34] Su questi temi v. M.V. FORTE, *L'accesso all'asilo nell'Unione europea. Sterilizzazione di un diritto costituzionale e pratiche compensative*, Milano, 2026, pp. 48 ss., secondo cui l'articolo 14 si limiterebbe a sancire unicamente un diritto dell'individuo a cercare asilo, cui non corrisponde alcun generale dovere, in capo agli Stati, di concederlo.

tali soggetti la Convenzione prevede tutta una serie di obblighi in capo agli Stati che si traducono, in particolare, nel dovere di proteggere tali individui, di accoglierli e, conseguentemente, di non poterli allontanare verso gli Stati in cui tali rischi sono concreti. In particolare rileva l'art. 31, che vieta agli Stati l'applicazione di sanzioni penali al rifugiato per l'ingresso o il soggiorno irregolari, consacrando il principio, oggi definitivamente acquisito, secondo cui l'irregolarità dell'ingresso non può essere configurata come condizione ostativa alla protezione[35]. Ne consegue che gli Stati non solo non possono limitarne gli spostamenti se non nella misura necessaria, ma devono assicurare ai rifugiati un termine adeguato e tutte le facilitazioni necessarie affinché possano ottenere il permesso d'entrata anche in un altro Paese[36]. Se ne ricava, dunque, che agli Stati si va progressivamente imponendo un dovere di accoglienza, tanto è vero che il successivo art. 32 limita la possibilità di espellere uno straniero «soltanto per motivi di sicurezza nazionale o d'ordine pubblico» e solo in presenza di una decisione presa a seguito di una procedura conforme alla legge, in cui il rifugiato possa «giustificarsi»[37] in ordine alla propria condizione giuridica, con possibilità di presentare ricorso e di farsi rappresentare. Sennonché, il più evidente limite al potere di espulsione degli Stati contraenti è rappresentato dall'art. 33 sul divieto di non respingimento, secondo cui nessun rifugiato può essere espulso o respinto verso territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate. È grazie a tale principio che si fa discendere il dovere degli Stati di predisporre un sistema in cui, prima di essere allontanato o espulso, dello straniero venga accertata la propria condizione individuale, e che oggi si traduce anzitutto in una procedura individuale di asilo[38]: esso si pone come un limite assoluto al potere sovrano degli Stati in quanto, per poter essere rispettato, presuppone necessariamente un accertamento della condizione individuale, impossibile in assenza di un esame della posizione del singolo[39]. Tale elaborazione trova pieno sviluppo nel diritto dell'Unione

[35] Sulla portata dell'art. 31 della Convenzione di Ginevra v. G. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, pp. 247 ss.; UNHCR, *Refugee Protection: A Guide to International Refugee Law*, Ginevra, 2001, pp. 65 ss. In dottrina italiana v. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012.

[36] Cfr. Convenzione di Ginevra, art. 31, par. 2.

[37] Il verbo utilizzato volutamente riprende quello recato dall'art. 32, par. 2.

[38] Su questi argomenti v. M.V. FORTE, *L'accesso all'asilo nell'Unione europea*, cit., pp. 54 ss., che mette in evidenza che «il diritto di accesso alla procedura di asilo si configura, così, come corollario imprescindibile del non-refoulement. Di conseguenza, si ritiene che il principio in esame dovrebbe operare anche rispetto alle pratiche di contenimento e contrasto all'immigrazione, inclusa quella irregolare, adottate dagli Stati al di fuori dei propri confini, laddove tali pratiche impediscano l'accesso alla procedura di asilo, quindi alla presentazione e valutazione della domanda di protezione».

[39] J.C. HATHAWAY, *Why Refugee Law Still Matters*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2007, 8, pp. 88 ss. V. anche ID., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, 2021, pp. 173 ss.

europea, che configura l'asilo come diritto fondamentale della persona anziché riflesso della sovranità statale. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE lo inserisce infatti tra i diritti soggettivi individuali e non tra le mere «concessioni graziose» dello Stato[40], garantendolo all'art. 18 nel rispetto della Convenzione di Ginevra, e completandolo con l'art. 19, che vieta le espulsioni collettive e i trasferimenti verso Stati a rischio di trattamenti inumani o degradanti[41]. Il TFUE poi, all'art. 78, pone le basi di una politica comune d'asilo conforme alla Convenzione di Ginevra, volta a garantire il non respingimento e uno status appropriato a chi necessiti di protezione internazionale[42]; sul piano pratico, la direttiva 2013/32/UE riconosce a ogni richiedente l'accesso effettivo alle procedure e un articolato sistema di garanzie procedurali, incluso il diritto a un ricorso effettivo[43]. Coerentemente, la Corte di giustizia ha più volte affermato l'inderogabilità dell'accesso alle procedure, richiedendo un esame individuale, completo ed *ex nunc*[44] e ritenendo incompatibile con il diritto UE qualsiasi meccanismo che renda la procedura sistematicamente inaccessibile[45]; analogamente, la Corte EDU ha escluso che alcun meccanismo di trasferimento o allontanamento possa derogare al rispetto delle garanzie convenzionali[46]. Sul piano interno, il diritto di asilo trova fondamento nell'art. 10, comma 3, Cost., a lungo oggetto di un dibattito dottrinale tra natura programmatica

[40] L'espressione è di M. DEN HEIJER, *Article 18- Right to Asylum*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, pp. 551 ss.

[41] Cfr. art. 19, par 1 e 2.

[42] Sulla natura del diritto di asilo nell'ordinamento dell'Unione europea e sul rapporto tra gli artt. 18 e 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la Convenzione di Ginevra v. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., spec. cap. IV; A. DEL GUERCIO, *La protezione dei richiedenti asilo nel diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2012. Sul carattere direttamente applicabile dell'art. 18 della Carta v. anche B. NASCIMBENE, *Il diritto di asilo: gli standard di tutela dell'Unione europea e il confronto con gli standard internazionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2014, 1.

[43] Direttiva 2013/32/UE, considerando 25 e, più in particolare, art. 12. In materia v. L. PERGOLIZZI, I *principi dell'istruttoria nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Riflessi sul piano processuale*, cit., p. 444, secondo cui l'acquisizione dei fatti da parte della pubblica amministrazione è favorita dalla partecipazione procedimentale, che consente al partecipante di arricchire con le proprie prospettazioni la quantità e la qualità delle informazioni a disposizione della pubblica amministrazione. Rispetto alla traduzione degli atti v. A. CANEPA, *Immigrati e procedimenti amministrativi. La complessa questione della partecipazione*, cit., p. 4, secondo cui, richiamando la giurisprudenza costituzionale, la mancata traduzione dell'atto in una lingua comprensibile alla persona interessata non determina necessariamente la annullabilità dell'atto. Va, piuttosto, verificato se l'atto abbia raggiunto il suo scopo, inteso come materiale conoscibilità del contenuto previsto al suo interno da parte del destinatario.

[44] CGUE, *Alheto*, C-585/16.

[45] CGUE, *Commissione c. Ungheria*, C-808/18 par. 253 secondo cui gli Stati membri devono adottare una decisione di rimpatrio nei confronti dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare e che rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva, nel rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali che quest'ultima istituisce, prima di procedere, se del caso, al loro allontanamento.

[46] Corte EDU, Grande Camera, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. n. 30696/09, 21 gennaio 2011. La pronuncia ha sancito la responsabilità degli Stati per violazione dell'art. 3 CEDU in caso di trasferimento verso Paesi con carenze sistemiche nelle procedure di asilo. In commento v. G. CILIBERTO, A.M. ROSU, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, in *Questione giustizia*, 2019, 1.

e portata precettiva immediatamente applicabile[47]: impostazione, quest'ultima, prevalsa nella giurisprudenza di legittimità, che vi riconosce un diritto soggettivo perfetto, distinto e autonomo rispetto allo status di rifugiato convenzionale[48]. Il Testo unico sull'immigrazione riconosce allo straniero *comunque* presente i diritti fondamentali della persona, ed estende la nozione di richiedente asilo anche a chi abbia solo «manifestato la volontà di chiedere tale protezione»[49], momento a cui la Cassazione ancora la radicazione dello statuto protettivo, anteriore alla formalizzazione della domanda[50], sicché il provvedimento di espulsione adottato senza il previo adempimento del dovere di informazione deve ritenersi illegittimo[51], ostacolando l'esercizio tempestivo del diritto di chiedere protezione[52]. Deve dunque sempre sussistere un momento procedurale in cui tale volontà possa essere manifestata: momento che, come conferma la Corte costituzionale nel delimitare la discrezionalità del legislatore in materia di ingresso e soggiorno, non può essere sacrificato nemmeno a fronte di esigenze di sicurezza delle frontiere, dovendo la disciplina rispettare ragionevolezza e proporzionalità quando incide su diritti fondamentali riconosciuti a cittadini e non cittadini indistintamente, tra cui l'asilo occupa posizione privilegiata in quanto legato alla dignità della persona.

La convergenza di questi tre livelli normativi conduce a una conclusione di sistema: gli Stati sono tenuti a garantire alla persona che manifesta la volontà di chiedere protezione l'accesso effettivo alla procedura di esame individuale, quale obbligo giuridico che sorge nel momento in cui

---

[47] Sul dibattito sulla natura precettiva o meramente programmatica dell'art. 10, comma 3, Cost. v. M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.; ID., *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, 2018, 4; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2008, 1, p. 14. Per la ricostruzione del lungo percorso verso il riconoscimento della precettività v. anche B. NASCIMBENE, *Asilo e statuto di rifugiato*, in *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010, pp. 320 ss.

[48] La natura di diritto soggettivo perfetto dell'asilo costituzionale è stata affermata, tra le altre, da Cass. civ., Sez. Un., 9 settembre 2009, n. 19393; Cass. civ., Sez. I, 26 novembre 2020, n. 26898; Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2020, n. 21910.

[49] Cfr. art. 2. d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142. In tal senso v. S. PENASA, *L'effettività del diritto a presentare la domanda di protezione internazionale*, cit., p. 130.

[50] Cfr. Cass. civ., Sez. I, 9 ottobre 2020, n. 21910.

[51] Secondo C. FELIZIANI, *Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante. Quale ruolo per il giudice amministrativo?*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2020, 2, p. 198, il provvedimento di respingimento, emanato in violazione del dovere di informazione da parte delle autorità competenti, determina la nullità dello stesso.

[52] Cfr. Cass. civ., Sez. VI, ord. 25 marzo 2015, n. 5926; Cass. civ., 3 maggio 2017, n. 10743 ed ulteriormente ribaditi da Cass. civ., 10 maggio 2023, n. 12592, secondo le quali, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la mancanza di informazioni costituisce uno dei principali ostacoli all'accesso alle procedure d'asilo, sottolineando, perciò, l'importanza di garantire alle persone interessate da una misura di allontanamento, le cui conseguenze sono potenzialmente irreversibili, il diritto di ottenere informazioni sufficienti a consentire loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi.

l'individuo è sottoposto alla giurisdizione statale, indipendentemente dalla modalità, legale o irregolare, del contatto. Il diritto di asilo, dunque, non può essere sacrificato per ragioni di ordine e sicurezza pubblica se non all'esito di un accertamento concreto di una minaccia effettiva, attuale e grave nei confronti del singolo: il divieto di respingimento e il correlato dovere di garanzia vanno intesi come assoluti, e possono realizzarsi solo attraverso un esame individuale che non può mai essere omesso[53]. È alla luce di questo quadro normativo che l'orientamento della Corte EDU in materia di condotta colposa si rivela incompatibile con il diritto di asilo nella sua dimensione più essenziale. Come si è visto, a partire dalla pronuncia sul caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, la condotta colposa non si riduce alla sola violazione delle norme che disciplinano l'ingresso, ma tende a coincidere con la messa in pericolo dell'ordine e della sicurezza pubblica: il che porta a qualificare come pericoloso l'intero gruppo di persone che ha partecipato al tentativo di accesso illegale collettivo. Questo meccanismo produce un effetto di esclusione collettiva che colpisce indiscriminatamente tutti coloro che abbiano preso parte all'azione (inclusi potenziali richiedenti asilo, minori non accompagnati, vittime di tratta, persone in condizione di particolare vulnerabilità) senza che la condizione di nessuno di loro sia stata esaminata[54]. Si tratta di una negazione del diritto di asilo realizzata non attraverso un accertamento individuale che verifichi l'assenza dei presupposti per la protezione, ma attraverso una presunzione di pericolosità fondata sulla condotta del gruppo, contravvenendo così a quanto la disciplina sul diritto di asilo stabilisce e sostituendo all'esame individuale un giudizio "per categoria" di appartenenza[55].

[53] In questa prospettiva v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La tutela (negata) dei migranti e dei rifugiati nella giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo*, cit., p. 7, secondo il quale «la conduzione di colloqui individuali, infatti, risulta essere imprescindibile allo scopo di effettuare una valutazione personalizzata della condizione in cui versi lo straniero, sicché la mancata realizzazione di tali colloqui – o la stipula di convenzioni internazionali che ne consentano l'esclusione, come previsto in un accordo tra Tunisia e Italia – dovrebbe essere considerata automaticamente una violazione dell'Articolo 4 del Protocollo n. 4. Diversamente, la Corte finirebbe col dare carta bianca agli Stati nel decidere quando le circostanze soggettive contino, e quando invece esse possano essere ignorate».

[54] Sul dovere di non espellere senza accertamento individuale v. M. SAVINO, *L'"amministrativizzazione" della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto pubblico*, 2017, 1, p. 64; M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, cit.; P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 1, p. 176.

[55] In questo senso, con specifico riguardo all'incompatibilità degli automatismi espulsivi con il diritto di asilo, v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *'Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.; L. BERNARDINI, *Respingimenti 'sommari' alla frontiera e migranti 'disobbedienti': dalla Corte di Strasburgo un overruling inaspettato nel caso N.D. e N.T. c. Spagna*, cit.; M. SAVINO, D. VITIELLO, *Non respingimento*, cit., pp. 478 ss.

6. L'incompatibilità anche con il divieto di non respingimento

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente in merito all'incompatibilità dell'orientamento della Corte EDU con il diritto di asilo conducono naturalmente a una questione ulteriore e, per certi versi, più radicale. Se il diritto di asilo non può essere sacrificato senza un previo accertamento individuale, ciò è vero in ultima istanza perché tale accertamento è la condizione necessaria per rispettare il principio sulla base del quale tale diritto si fonda: il divieto di non respingimento. L'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 si configura come la norma fondante da cui il diritto di asilo trae la sua forza vincolante. Come la dottrina più autorevole ha chiarito, il non-refoulement non ha soltanto una dimensione sostanziale (il divieto di respingere verso Paesi di persecuzione) ma anche una dimensione procedurale inscindibile: gli Stati non possono dirsi adempienti rispetto a esso senza aver condotto un accertamento individuale della situazione della persona interessata[56]. Orbene, è precisamente questa dimensione procedurale che l'orientamento della Corte EDU in materia di condotta colposa pare, di fatto, eliminare. Il principio di non respingimento, formulato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, stabilisce che nessun rifugiato può essere espulso o respinto verso territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche. La norma si applica a prescindere dal fatto che la persona abbia già ricevuto il formale riconoscimento dello status di rifugiato: l'obbligo sorge nel momento del contatto tra l'individuo e la giurisdizione dello Stato, perché è in quel momento che il rischio di refoulement diviene concreto. La dottrina ha da tempo chiarito che il principio ha acquisito lo status di norma consuetudinaria internazionale vincolante per tutti gli Stati, indipendentemente dalla ratifica della Convenzione, e che la sua applicazione si estende anche alle operazioni condotte fuori dal territorio nazionale, comprese quelle alle frontiere esterne e in alto mare[57]. Il principio inoltre non ammette deroghe fondate sulla mera irregolarità dell'ingresso: il suo fondamento risiede precisamente nel fatto che il rifugiato in fuga dalla persecuzione non ha, per definizione, la possibilità di usare canali legali, e quindi la

[56] E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, in E. FELLER, V. TÜRK, F. NICHOLSON (a cura di), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, ove si afferma che il divieto di «refoulement» non si esaurisce nel suo contenuto sostanziale ma include una «dimensione procedurale» inscindibile: gli Stati non possono dirsi adempienti rispetto all'art. 33 della Convenzione di Ginevra senza aver condotto un accertamento individuale della situazione della persona interessata.

[57] J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, cit., pp. 364 ss.

modalità dell'ingresso non può essere adottata come parametro per valutarne la meritevolezza alla protezione. È dunque evidente il nesso tra non-refoulement e accertamento individuale: non si può rispettare il primo senza compiere il secondo. Lo Stato che procede all'allontanamento deve accertare, caso per caso, se vi siano ragioni concrete per ritenere che la persona rischi persecuzione, tortura o trattamenti inumani nel Paese di destinazione; senza questa verifica, l'obbligo di non-refoulement resta una clausola inapplicata[58]. Anche il secondo comma dell'art. 33 sembra confermare questa struttura, disponendo che il divieto non può trovare applicazione se il rifugiato per motivi seri debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine particolarmente grave, una minaccia per la collettività. Ebbene, persino tale eccezione presuppone una valutazione individuale relativa all'accertamento della "serietà" dei motivi che legittima la deroga[59]: non è possibile invocare l'eccezione di sicurezza senza sapere chi sia la persona e da dove derivi la sua pericolosità. Anche le clausole di limitazione del principio, dunque, richiedono strutturalmente l'esame individuale: escluderlo non solo viola il principio nel suo contenuto ordinario, ma elimina anche la possibilità di verificare legittimamente le sue eccezioni. È in questa luce che l'orientamento tracciato dalla Corte EDU in materia di condotta colposa si rivela incompatibile con il principio di non-refoulement in termini strutturali, e non soltanto contingenti. Nelle pronunce più recenti, si è visto che il respingimento collettivo fondato sulla condotta colposa avviene senza che sia mai stata verificata la condizione individuale della persona: lo Stato che respinge il gruppo non sa, giacché non si è preoccupato di accertarlo, se tra coloro che ha allontanato vi siano persone che, nel Paese di destinazione, corrano un rischio reale di persecuzione, tortura o trattamenti inumani o degradanti[60]. In assenza di tale accertamento, lo Stato non può dirsi adempiente rispetto all'art. 33 della Convenzione di Ginevra,

[58] Sul principio di non refoulement v., in particolare, v. P. PAPA, *L'esclusione per non meritevolezza, i motivi di sicurezza e di pericolo, il principio di Non Refoulement e il permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, 2; M. STARITA, *Il principio del non-refoulement tra controllo dell'accesso al territorio dell'Unione europea e protezione dei diritti umani*, cit.

[59] N. GULLO, *Prevenzione del terrorismo ed espulsione degli stranieri dopo il "decreto sicurezza" del 2018*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, p. 387, in relazione alle espulsioni amministrative di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 286/1998 del nostro ordinamento rileva inoltre che «la mancata tipizzazione dei presupposti sostanziali delle misure espulsive verrebbe a comportare, altresì, una disparità di trattamento tra gli stranieri e i cittadini, in considerazione della descrizione più puntuale delle fattispecie di pericolosità che si riscontra negli artt. 2 e 4 codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011), in grado di offrire parametri giuridici più sicuri non soltanto alle scelte discrezionali dell'amministrazione in materia di prevenzione del crimine organizzato, ma anche al successivo controllo del giudice amministrativo».

[60] Sul punto v. L. BERNARDINI, *Respingimenti "sommari" alla frontiera e migranti "disobbedienti": dalla Corte di Strasburgo un overruling inaspettato nel caso N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., p. 9. Nei medesimi termini v. anche M. SAVINO *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 64.

dal momento che il rischio di refoulement è potenzialmente insito in un sistema che esclude la verifica individuale. A questa conclusione conduce anche, per via diversa ma convergente, la protezione che la Corte EDU ha elaborato attraverso la tutela *par ricochet*. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, non codifica espressamente il divieto di non respingimento[61], ma attraverso l'interpretazione dinamica degli artt. 2 e 3 – che sanciscono rispettivamente il diritto alla vita e il divieto di tortura – la Corte ha elaborato un divieto funzionalmente equivalente[62]. A partire dalla sentenza *Soering c. Regno Unito*, la Corte ha sancito il divieto di estradare o allontanare una persona verso uno Stato in cui vi siano fondati motivi per ritenere che possa essere sottoposta a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti[63]. Questo divieto ha natura assoluta: non ammette deroghe in ragione della condotta, della pericolosità o persino della minaccia terroristica rappresentata dall'individuo[64]. Ciò implica che anche un soggetto ritenuto pericoloso, o che non abbia presentato domanda di asilo, non può essere respinto verso Paesi nei quali esista un rischio effettivo di subire tali trattamenti[65]. La valutazione di tale rischio è concreta e individuale: dipende dalla condizione personale del soggetto, dalla situazione generale del Paese di destinazione e da tutti gli elementi specifici del caso[66]. Qualora l'espulsione comporti un simile rischio, non vi è spazio per bilanciarlo con le ragioni di ordine pubblico[67]. Emerge, così, una contraddizione interna nella giurisprudenza della Corte EDU: da un lato l'assolutezza del divieto di trattamenti inumani, indipendente dalla condotta della persona e per sua natura bisognosa di accertamento individuale del rischio; dall'altro, sul versante delle espulsioni collettive, un meccanismo che quello stesso

[61] Tale disposizione ricalca quando espresso dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sul divieto di respingimento.

[62] In argomento v. G. CILIBERTO, A. M. ROSU, *Asilo e protezione internazionale nella Cedu*, cit.; A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012.

[63] Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, 7 luglio 1989, par. 90.

[64] Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 15 novembre 1996, par. 79 secondo cui sebbene le difficoltà incontrate dagli Stati nei tempi moderni nel proteggere le proprie comunità dalla violenza terroristica, la Convenzione proibisce in termini assoluti la tortura o trattamenti o punizioni inumani o degradanti, indipendentemente dalla condotta della vittima. Nei medesimi termini v. anche Corte EDU, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 138.

[65] Corte EDU, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09, 23 febbraio 2012, par. 133, in cui è espresso proprio che «il fatto che gli interessati abbiano omesso di chiedere espressamente asilo, tenuto conto delle circostanze del caso, non dispensava l'Italia dal rispettare gli obblighi derivanti dall'articolo 3 (Cedu)».

[66] M. SAVINO, D. VITIELLO, *Non respingimento*, cit., p. 478, secondo cui lo Stato contraente deve accertare e valutare, ai fini dell'allontanamento, con diligenza, «tutti gli elementi forniti dallo straniero e la sua situazione di vulnerabilità, in modo da garantire una protezione rafforzata contro l'espulsione alle categorie di stranieri più deboli, come i malati, le donne, i minori e i richiedenti asilo». Oltre alla condizione individuale della persona, le autorità statali devono tenere debitamente conto della situazione generale del Paese di destinazione, consultando tutte le fonti di informazione disponibili e ritenute affidabili. In giurisprudenza v. in particolare *Chahal c. Regno Unito*, par. 107.

[67] Corte EDU, *Chahal c. Regno Unito*, ric. n. 22414/93, 15 novembre 1996, par. 81.

accertamento rende impossibile, impedendo di verificare se la persona espulsa rischi tortura o trattamenti vietati nel Paese di destinazione.

7. La possibile deriva delle espulsioni collettive: verso un automatismo espulsivo?

Alla luce di quanto emerso, l'orientamento elaborato dalla Corte EDU nelle pronunce più recenti rischia di dar luogo a una forma di automatismo espulsivo: un meccanismo in cui il respingimento o l'allontanamento scatta non all'esito di un esame obiettivo e ragionevole della condizione individuale, ma in ragione di una presunzione di pericolosità sociale desunta dalla sola condotta tenuta al momento del tentativo di ingresso. La Corte riconosce infatti ormai alle autorità di frontiera la possibilità di negare l'ingresso – inclusi potenziali richiedenti asilo, minori non accompagnati o vittime di tratta[68] – anche in assenza di un previo accertamento individuale, ogni volta che i soggetti non si siano avvalsi delle vie di accesso legale e abbiano tentato di attraversare la frontiera in forma collettiva e con ricorso alla forza. La clandestinità, combinata con tale condotta colposa, può così essere letta come indice di pericolosità, e quindi come condizione che compromette la sicurezza dell'eventuale Paese ospitante[69]. In ragione di questo, l'orientamento più recente nega all'individuo straniero di poter ricorrere alle normali garanzie procedurali che, invece, sono riconosciute a chi accede individualmente, seppur illegalmente: lo straniero sarà automaticamente destinatario di un provvedimento di espulsione perché ritenuto socialmente pericoloso.

In merito alla possibilità degli ordinamenti nazionali di ricorrere a forme di automatismo espulsivo, va osservato che il diritto interno conosce già ipotesi di questo tipo. Gli articoli 4, comma 3, e 13, comma 2, d. lgs. n. 286 del 1998 impongono al prefetto di emanare il decreto di espulsione al ricorrere di condizioni legislativamente predeterminate[70]: la condanna, anche non definitiva, per

---

[68] Tra le vittime di tratta vi rientrano in numero pressocché totalizzante le donne. In argomento v., per tutti, M. INTERLANDI, *Protezione internazionale e prospettiva di genere nella tutela giurisdizionale delle donne migranti*, in O. MAKIMOV PALLOTTA (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere*, Napoli, 2022.

[69] In rapporto ai profili dell'ordine e della sicurezza pubblica v. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, pp. 259 ss.; ID., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione. Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO (a cura di) *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, pp. 125 ss.; O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da V.E. Orlando, 1904, pp. 205 ss.; P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954; A. CERRI, *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990, 1; M. MAZZAMUTO, *Poteri di polizia e ordine pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 1998, pp. 450 ss., F. MERUSI, *Profili amministrativi delle misure di prevenzione*, in *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, pp. 121 ss., M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012, pp. 365 ss.

[70] In argomento v. M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *Dirittifondamentali.it*, 2018, 1; C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra*

determinati reati (art. 380 cod. proc. pen., stupefacenti, libertà sessuale, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, sfruttamento della prostituzione)[71], o l'appartenenza a categorie soggette a misure di prevenzione antimafia. In questi casi il margine valutativo dell'autorità è fortemente compresso, poiché la pericolosità è già considerata accertata per legge, senza che il prefetto possa svolgere una nuova valutazione autonoma al momento dell'espulsione[72]. Anche questi meccanismi hanno formato oggetto di vivaci critiche dottrinali[73] e di ripetuti interventi della Corte costituzionale[74], che ha più volte ribadito come la discrezionalità del legislatore in materia non sia assoluta e come gli automatismi debbano comunque rispettare i canoni di ragionevolezza e proporzionalità, specie quando incidano su diritti fondamentali della persona[75].

---

garanzie procedurali e automatismo espulsivo, in AA.VV. *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2013; M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, 3; D. LOPRIENO, *Sulla erosione dell'automatismo espulsivo in materia di rinnovo del permesso di soggiorno. Nota a sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2023, 5.

[71] Si fa riferimento ai reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, cod. proc. pen., per i reati di cui all'articolo 582, nel caso di cui al secondo comma, secondo periodo, e agli articoli 583-*bis* e 583-*quinquies* del codice penale, ovvero per reati inerenti gli 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. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 cod. pen., nonché dall'articolo 1 d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

[72] Sul punto v. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 62, secondo cui in presenza di precedenti condanne non residuerebbe in capo all'amministrazione alcun margine di discrezionalità, con la conseguenza che questa sarebbe costretta ad applicare quanto statuito all'interno del disposto normativo.

[73] In particolare v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, cit., p. 21. L'A. ritiene che la coerenza della scelta legislativa di ricorrere ad automatismi normativi dipenda, secondo la Corte, dal rispetto del principio di ragionevolezza. Da un lato, previsioni tassative possono risultare necessarie per garantire un controllo efficace dei flussi migratori e possono costituire una garanzia contro abusi o discriminazioni, assicurando il rispetto del principio di legalità. Dall'altro, tali previsioni devono riferirsi a ipotesi effettivamente coerenti con la ratio della norma ed essere proporzionate alle esigenze di ordine pubblico e sicurezza statale. Quando invece la tassatività determina un trattamento omogeneo di casi sostanzialmente eterogenei, la previsione legislativa diventa manifestamente iniqua: l'assenza di discrezionalità cessa di essere funzionale a un sistema di accoglienza coerente e di rappresentare una garanzia per i soggetti coinvolti, trasformandosi invece in un vincolo rigido che accomuna forzatamente situazioni differenti.

[74] È utile riportare in questa sede che la Corte costituzionale, con sentenza del 10 maggio 2023, n. 88, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro, anche quelle, pur non definitive, per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990 e quelle definitive per il reato di cui all'art. 474, secondo comma, cod. pen., senza prevedere che l'autorità competente verifichi in concreto la pericolosità sociale del richiedente. In commento a tale pronuncia v. D. LOPRIENO, *Sulla erosione dell'automatismo espulsivo in materia di rinnovo del permesso di soggiorno,* cit.

[75] M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo,* cit., p. 49, che, richiamando CGUE, *Boucherau*, C-30/77, sostiene che l'allontanamento può avvenire solo se la pericolosità sociale rappresenta una minaccia attuale e l'attualità non può evincersi dalla sola commissione di un certo reato quanto, piuttosto, essa va verificata in rapporto al comportamento successivamente tenuto dal reo.

In questi casi, tuttavia, va evidenziato che la presunzione di pericolosità discende quantomeno da un accertamento compiuto da un'altra autorità (l'autorità giudiziaria con la sentenza di condanna, ovvero gli organi preposti all'applicazione delle misure di prevenzione antimafia) che ha già valutato, in base a criteri normativi definiti, la condotta e il profilo del soggetto. Il prefetto non verifica autonomamente la pericolosità, ma si affida a un giudizio che è stato espresso da altri e che costituisce il presupposto del proprio intervento: siamo dunque dinanzi a un automatismo fondato su una presunzione che trova la propria base in un atto giuridico individuale (la condanna o il provvedimento di prevenzione) adottato all'esito di un procedimento garantito, seppur non rapportato al momento e ai fatti per cui l'espulsione avviene.

Nel caso delle espulsioni collettive siamo invece dinanzi a un automatismo ancor più grave: la presunzione di pericolosità non discende da alcun atto giuridico individuale che l'abbia preceduta – non una condanna, non un provvedimento di prevenzione, non un accertamento di alcuna autorità[76] – ma unicamente dalla partecipazione a un tentativo di ingresso illegale e collettivo, che diviene il solo parametro su cui si presume la pericolosità per l'ordine pubblico dello Stato ospitante[77]. Né l'autorità di frontiera né quella amministrativa o giudiziaria hanno mai modo di verificare se la condotta rappresenti effettivamente un pericolo concreto: il respingimento avviene senza che vi sia mai stato, prima, durante o dopo il tentativo, un momento di accertamento individuale. Mentre nell'automatismo prefettizio la presunzione si innesta su un accertamento pregresso compiuto da un'altra autorità, sia pure non rapportato alla situazione concreta e attuale, nell'automatismo tracciato dalla Corte EDU non vi è alcun momento valutativo su cui la presunzione possa appoggiarsi. Si tratta, in altri termini, di una presunzione totale, assoluta e priva di qualsiasi base individuale.

Va peraltro ribadito che dalla violazione formale delle norme sull'ingresso e il soggiorno non può desumersi, *sic et simpliciter*, una pericolosità sociale idonea a pregiudicare l'ordine e la sicurezza pubblica[78]: quest'ultimo non può configurarsi come limite generale e astratto, azionabile in via preventiva e generalizzata, ma solo come clausola eccezionale attivabile all'esito di una valutazione individualizzata, calibrata sul rischio effettivamente generato dalla condotta del singolo. Ammettere

[76] Sul punto v. M. SAVINO, *L'amministrativizzazione della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, cit., p. 60.

[77] Sulla natura vincolata dei provvedimenti in materia di immigrazione, che giustifica la deroga a tutta una serie di garanzie procedimentali *ex* art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, v. A. BONOMO, *Straniero, procedimento amministrativo e garanzie partecipative*, cit., pp. 166 ss.

[78] In tal senso v. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 73.

che la mera partecipazione a un ingresso collettivo basti a qualificare il soggetto come socialmente pericoloso significherebbe trasformare l'ordine pubblico in uno strumento di prevenzione generalizzata svincolato dall'accertamento della pericolosità individuale, diversamente da quanto statuito dalla Corte di giustizia che ha chiarito che un comportamento è pericoloso solo se rappresenta una minaccia «effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»[79], da valutare sempre in rapporto «alla situazione concreta in cui si manifesta la condotta individuale», respingendo ogni automatismo che impedisca di apprezzarne l'effettiva gravità e attualità[80].

Ne consegue che la prospettiva da ultimo tracciata dalla Corte EDU può elevare l'ordine pubblico a criterio permanente della politica migratoria, spostando il baricentro del sistema dalla tutela della persona alla protezione astratta del confine. Tale logica rovescia i principi fondativi dello Stato di diritto: non è più l'autorità a dover dimostrare, caso per caso, che lo straniero rappresenta un rischio concreto, ma è quest'ultimo – in quanto partecipe di un ingresso irregolare di gruppo – a dover "scontare" una pericolosità presunta e mai verificata[81], sostituendo a una responsabilità fondata sull'azione una responsabilità fondata sulla mera appartenenza a un gruppo, e al bilanciamento delle posizioni individuali un giudizio standardizzato, difficilmente compatibile con il nucleo duro delle garanzie convenzionali.

LORENZA TOMASSI
Università degli Studi di Cassino
e del Lazio Meridionale

[79] Cfr. CGUE, *Van Duyn*, C-41/74.
[80] Cfr. M. INTERLANDI, *Fenomeni immigratori*, cit., p. 74.
[81] Su tale inversione v. anche P. BONETTI, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, cit., p. 176.