



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXV ciclo

Tesi di Dottorato

**La tutela giurisdizionale avverso i  
provvedimenti in materia di immigrazione  
e i principi della CEDU**

*Relatore*

*Prof. Giandomenico Falcon*

*Dottoranda*

*Elena Mitzman*

anno accademico 2012-2013

Copertina





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**candidata: Elena Mitzman**

**LA TUTELA  
GIURISDIZIONALE AVVERSO  
I PROVVEDIMENTI IN  
MATERIA DI IMMIGRAZIONE  
E I PRINCIPI DELLA CEDU**

**Relatore Prof. Giandomenico Falcon**

Anno Accademico 2012-2013



**Indirizzo specialistico in Scienze pubblicistiche**

**XXV ciclo**

**Esame finale: 07/04/2014**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof. Paolo Bonetti, Università degli Studi di Milano-Bicocca**

**Prof. Mario Savino, Università degli Studi della Tuscia**

**Prof. Jens Woelk, Università degli Studi di Trento**







## INDICE

ABSTRACT .....	4
INTRODUZIONE.....	6
CAPITOLO PRIMO .....	9
IL QUADRO ITALIANO .....	9
1. Il diritto dello straniero alla tutela giurisdizionale .....	9
2. La regolazione amministrativa dell'immigrazione.....	17
3. La fase dell'ingresso nel territorio.....	33
3.1 Il rilascio dei visti d'ingresso.....	35
3.2 Il controllo delle frontiere e i respingimenti.....	40
4. Il soggiorno nel territorio .....	45
5. L'espulsione .....	48
6. La diversificazione dello statuto amministrativo dello straniero .....	59
7. La tutela giurisdizionale.....	65
7.1 Quadro normativo e organizzazione delle funzioni giurisdizionali .....	65
7.2 La giurisdizione del giudice amministrativo .....	70
7.3 La giurisdizione del giudice ordinario .....	73
7.4 La giurisdizione del giudice di pace .....	77
CAPITOLO SECONDO .....	82
IL QUADRO CEDU .....	82
1. Il sistema CEDU e la disciplina dell'immigrazione .....	82
2. I diritti CEDU e i provvedimenti sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio.....	94
3. I diritti CEDU e i provvedimenti di espulsione.....	99
3.1 La base normativa del potere di espulsione.....	99
3.2 I limiti sostanziali al potere di espulsione .....	100
3.3 I requisiti procedurali del provvedimento di espulsione .....	107

## INDICE

3.4	La natura necessariamente individuale del provvedimento di espulsione (il divieto di espulsioni collettive) .....	110
4.	I diritti CEDU ed i provvedimenti di respingimento .....	111
5.	I diritti CEDU e la detenzione amministrativa dello straniero .....	114
5.1	I casi di privazione della libertà personale nella disciplina dell'immigrazione	114
5.2	La base normativa del potere di detenzione .....	115
5.3	I requisiti sostanziali del provvedimento di detenzione .....	117
5.4	I requisiti procedurali del provvedimento di detenzione .....	124
5.5	I rimedi avverso il provvedimento di detenzione (rinvio).....	126
6.	I diritti CEDU e la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione .....	127
6.1	L'inapplicabilità del diritto ad un equo processo e l'elaborazione di standard alternativi .....	127
6.2	La necessaria presenza di un ricorso effettivo a livello nazionale .....	136
6.3	La natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso .....	140
6.4	La natura del sindacato esercitato in sede di ricorso .....	141
6.5	I poteri dell'organo adito in sede di ricorso .....	146
6.6	I requisiti processuali e la durata del ricorso .....	147
6.7	Tutela cautelare e sospensione del provvedimento impugnato .....	150
6.8	Assistenza legale, traduzione degli atti e accessibilità delle tutele .....	158
6.9	Il bilanciamento tra tutele processuali e ragioni di sicurezza nazionale .....	162
6.10	Il bilanciamento tra tutele processuali e ragioni di organizzazione .....	168
	CAPITOLO TERZO .....	174
	L'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI .....	174
1.	La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione, in alcuni ordinamenti Europei .....	174
1.1	La Francia .....	175
1.2	Il Belgio .....	177
1.3	Il Regno Unito .....	181

2. Specificità della tutela nelle diverse fasi del percorso migratorio.....	186
2.1 L'impugnazione dei provvedimenti sull'ingresso nel territorio .....	186
2.2 L'impugnazione dei provvedimenti relativi al soggiorno nel territorio .....	190
2.3 L'impugnazione dei provvedimenti di espulsione .....	192
2.4 L'impugnazione dei provvedimenti di respingimento .....	203
2.5 L'impugnazione dei provvedimenti di detenzione amministrativa .....	206
3. L'impatto della CEDU sul modello di tutela avverso i provvedimenti in materia di immigrazione .....	214
3.1 Il rango e gli effetti della CEDU negli ordinamenti analizzati.....	214
3.2 L'impatto della CEDU per il tramite del legislatore.....	217
3.3 L'impatto della CEDU per il tramite della giurisprudenza .....	221
3.4 L'impatto della CEDU e la pubblica amministrazione .....	226
CAPITOLO QUARTO.....	234
PROSPETTIVE E PROPOSTE SUL QUADRO ITALIANO, ALLA LUCE DEI PRINCIPI CEDU E DELL'ANALISI COMPARATA .....	234
1. Alcune precisazioni sul recepimento della CEDU nel sistema italiano .....	234
2. Le sentenze della Corte EDU a carico dell'Italia in materia di tutela giurisdizionale dello straniero .....	240
3. L'uso dei principi CEDU da parte della giurisprudenza italiana in materia di immigrazione .....	244
4. Profili problematici della tutela avverso i provvedimenti di respingimento.....	256
5. La tutela cautelare avverso i provvedimenti ablativi.....	261
6. Profili problematici delle tutele avverso i provvedimenti di espulsione .....	272
7. Profili problematici della tutela avverso i provvedimenti di detenzione.....	283
8 L'organizzazione del contenzioso in materia di immigrazione .....	286
CONCLUSIONI .....	304
BIBLIOGRAFIA .....	310

## ABSTRACT

### ABSTRACT

La tesi analizza l'impatto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sulla disciplina delle tutele giurisdizionali avverso i provvedimenti amministrativi, adottando come caso di studio quello dei provvedimenti in materia di immigrazione (ingresso, soggiorno ed espulsione).

La tesi osserva come la giurisprudenza della Corte EDU abbia elaborato importanti standard di tutela processuale in materia di immigrazione e rileva come in altri ordinamenti Europei (Francia, Belgio e Regno Unito) tali principi abbiano esercitato un'influenza maggiore che in Italia sulla disciplina della materia. Ciò, sia per effetto di alcune importanti sentenze di condanna della Corte EDU a carico di tali Stati (che hanno influenzato soprattutto l'attività dei legislatori nazionali), sia in conseguenza dell'applicazione diretta dei principi CEDU da parte degli operatori nazionali (in particolare i giudici).

Nell'ordinamento italiano, invece, l'interpretazione dei principi costituzionali di effettività della tutela sono stati meno decisivi e la CEDU stessa ha esercitato un'influenza meno diretta sui profili processuali della materia.

La tesi afferma che, attraverso la clausola di adeguamento alla CEDU fornita dall'art. 117 Cost., sarebbe possibile richiamare gli standard elaborati dalla Corte di Strasburgo in funzione integratrice rispetto ai parametri nazionali. In particolare sarebbe possibile formulare un principio costituzional-convenzionale di effettività della tutela fondato sul combinato disposto tra art. 24 Cost. e art. 13 CEDU, applicabile sia dai giudici comuni (attraverso il meccanismo dell'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale), sia dal giudice costituzionale (al fine di esercitare un sindacato più penetrante sulla discrezionalità del legislatore in tema di garanzie processuali dello straniero).

Sulla base di questo principio, si individuano i profili più problematici che l'ordinamento italiano presenta e si formulano alcune proposte, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e dell'analisi comparatistica, al fine di adeguare i relativi istituti ai parametri della CEDU.

Si osserva inoltre come alcune sentenze della Corte Costituzionale e di alcuni giudici comuni operino già delle aperture, in questa materia, ai principi sostanziali della Convenzione. Pertanto, l'adeguamento agli standard processuali costituirebbe un intervento coerente con tali tendenze, anche al fine di assicurare l'effettività stessa dei relativi risultati.



### INTRODUZIONE

La tesi si propone di analizzare l'impatto della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) sul diritto amministrativo nazionale, assumendo come prospettiva di studio quella offerta dal diritto amministrativo dell'immigrazione.

Negli anni recenti il dibattito accademico italiano intorno alla CEDU e ai suoi effetti per il diritto nazionale ha ricevuto un nuovo impulso, da un lato in relazione ad alcune note sentenze della Corte costituzionale che hanno cominciato a definire in modo più preciso il suo rango nel sistema delle fonti ed i suoi effetti per gli operatori interni, in particolare i giudici<sup>1</sup>, dall'altro lato in relazione ad alcune trasformazioni in atto a livello di Unione Europea, che suggeriscono che il diritto Europeo stesso possa contribuire a fare da tramite per l'ingresso dei principi CEDU nell'ordinamento degli Stati Membri<sup>2</sup>.

Il dibattito ha progressivamente interessato anche gli studiosi del diritto amministrativo, per l'impatto degli *standard* CEDU sul processo amministrativo e sulla disciplina del procedimento, nonché sulla disciplina di alcuni istituti specifici (come ad esempio quelli in materia di espropriazione)<sup>3</sup>.

In questa sede, in particolare, ci si propone di approfondire il tema generale degli *standard* CEDU in materia di tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi, adottando come caso di studio quello dei provvedimenti amministrativi in tema di ingresso, soggiorno ed espulsione dello straniero dal territorio nazionale.

Nella prospettiva del diritto amministrativo la scelta può apparire singolare, poiché il diritto dell'immigrazione sembra costituire un settore di studio particolarmente problematico, oltre che relativamente poco frequentato dagli studiosi del diritto amministrativo generale.

---

<sup>1</sup> Si tratta delle note sentenze c.d. gemelle 348 e 349 del 2007, seguite da altre importanti pronunce negli anni successivi, come le sentenze 311 e 317 del 2009 e 28 del 2010.

<sup>2</sup> Si tratta dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che conferisce ai diritti CEDU il valore di "principi generali" dell'ordinamento e riconosce per la prima volta lo stesso valore dei Trattati alla Carta di Nizza), nonché, in prospettiva, del processo di adesione dell'Unione Europea alla CEDU.

<sup>3</sup> Tra gli studi monografici più recenti v. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.

Un'analisi in chiave amministrativistica del diritto dell'immigrazione è tuttavia possibile poiché, da un certo punto di vista, al cuore dei problemi della materia c'è sempre – se pur declinato in termini molto specifici e particolari – quel dualismo tra libertà e autorità che costituisce la cifra costante del diritto amministrativo più in generale.

Nella prospettiva della presente indagine, inoltre, sembra che proprio il diritto dell'immigrazione possa fornire alcuni interessanti spunti di riflessione, sia per le sue evidenti implicazioni in termini di tutela dei diritti umani, sia perché l'intreccio tra fonti sovranazionali e nazionali costituisce una sua caratteristica particolarmente evidente.

Da un altro punto di vista, inoltre, la mancata applicazione a questa materia dell'art. 6 CEDU richiede di spostare l'attenzione su norme diverse – parallele o alternative ad esso, come l'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo – che nel quadro degli studi di diritto amministrativo hanno forse ricevuto un'attenzione minore, ma non risultano per questo meno interessanti o significative.

La struttura della tesi prevede quindi quattro passaggi.

Nel primo capitolo si analizza il caso di studio costituito dalla disciplina italiana dei provvedimenti amministrativi in tema di ingresso, soggiorno ed espulsione dal territorio, con le relative tutele giurisdizionali<sup>4</sup>. Si analizza inoltre la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di tutela giurisdizionale dello straniero, evidenziando alcuni limiti nell'applicazione dell'art. 24 Cost. e prospettando la possibilità che tale parametro possa essere integrato dagli *standad* elaborati in sede CEDU.

Nel secondo capitolo si analizzano quindi le norme della CEDU rilevanti in questa materia, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, al fine di individuare quali siano i principi e le regole che esso pone per il diritto amministrativo dell'immigrazione degli Stati membri del Consiglio d'Europa, in particolare sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali.

Nel terzo capitolo si approfondisce l'analisi di questi temi attraverso il ricorso alla comparazione giuridica con altri Paesi Europei, come il Belgio, la Francia ed il Regno Unito. Si individuano quindi le principali caratteristiche del contenzioso degli stranieri in tali ordinamenti e si cerca di individuare quali siano gli effetti che i principi CEDU

---

<sup>4</sup> Non sono invece oggetto di analisi specifica le procedure per il riconoscimento del diritto d'asilo (e più in generale il tema della protezione internazionale) poiché la particolarità della materia richiederebbe in realtà un esame a sé stante. A fini di chiarimento si potranno comunque fare dei cenni ai relativi istituti, vista la contiguità tra le due discipline.

## INTRODUZIONE

determinano in questa materia, attraverso l'attività dei vari operatori nazionali (legislatore, giudici e amministrazione), tenendo anche conto della diversa recezione che la CEDU ha ricevuto nei vari casi.

Nel quarto e ultimo capitolo si traggono le conclusioni dell'analisi svolta, provando ad applicare al caso italiano i principi CEDU che si sono analizzati.

In questa prospettiva si individuano i profili della tutela giurisdizionale dello straniero che appaiono più problematici nell'ottica dei principi CEDU, provando ad avanzare delle proposte risolutive – anche alla luce degli esempi offerti dall'analisi comparatistica – in applicazione di un possibile principio costituzional-convenzionale di effettività della tutela, che si ritiene di poter ricavare dal combinato disposto tra art. 24 Cost. e art. 13 CEDU.

Nelle conclusioni si cerca inoltre di trarre le fila dell'analisi svolta dal punto di vista del diritto amministrativo, illustrando come alcuni degli effetti che la CEDU esercita sul diritto dell'immigrazione possano rivestire un certo interesse anche per il diritto amministrativo più in generale.

## CAPITOLO PRIMO

### IL QUADRO ITALIANO

#### 1. *Il diritto dello straniero alla tutela giurisdizionale*

Prima di analizzare le singole caratteristiche dei ricorsi giurisdizionali in materia di immigrazione sembra opportuno precisare il quadro costituzionale in cui tali istituti si collocano, anche al fine di inquadrare meglio il tipo di questioni di cui si andrà a discutere.

E' infatti necessario precisare che, nell'ordinamento italiano, il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost. costituisce uno dei diritti che vengono riconosciuti, non soltanto in capo al cittadino, ma pacificamente anche in capo allo straniero (come più volte confermato dalla stessa Corte costituzionale)<sup>1</sup>.

Lo stesso può dirsi per il diritto alla libertà personale e, conseguentemente, per le garanzie di riserva di legge e di riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., che operano pacificamente rispetto alle ipotesi di trattenimento (o altra forma di limitazione della libertà personale) previste dal diritto dell'immigrazione.

Opera inoltre anche nei confronti dello straniero – in particolare per quanto riguarda i provvedimenti in materia di immigrazione – anche il dettato dell'art. 113 Cost., a mente del quale “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”.

Allo straniero è quindi sempre riconosciuto il diritto di impugnare i provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione che ledono i suoi diritti ed interessi legittimi e, a questo scopo, l'ordinamento predispone appositi diritti di ricorso, specificando nella

---

<sup>1</sup> In dottrina, sui profili costituzionali della materia, anche nell'applicazione della Corte Costituzionale, v. G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione*, Padova, 1992; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 217 e ss.; P. PASSAGLIA, R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte costituzionale*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 13 ss.; B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 203 e ss.; P. BONETTI, *Trattamento giuridico dello straniero*, in V. ONIDA, B. RANDAZZO (a cura di), *Viva vox Constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2004*, Milano, 2005, p. 336 e ss.; G. SAVIO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto degli stranieri*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 739; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. dir. privato*, 1992, 223 ss.; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012, p. 231 e ss.

## CAPITOLO PRIMO

maggior parte dei casi gli organi che esercitano la giurisdizione in questa materia e disciplinando le relative procedure<sup>2</sup>.

L'attuale testo unico dell'immigrazione (t.u. imm.), del resto, ha espressamente riconosciuto tali principi, laddove afferma che “allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione”<sup>3</sup>.

Il tema della tutela giurisdizionale dello straniero, pertanto, non pone problemi di titolarità formale dei diritti procedurali e processuali di cui si discute, in quanto questi ultimi sono pacificamente riconosciuti e dichiarati dall'ordinamento.

Piuttosto, la riflessione che si sviluppa concerne le forme e i modi in cui tale tutela si concretizza, delle quali si discute se siano in grado di assicurare, o meno, l'effettività dei diritti, sostanziali e processuali, di volta in volta affermati.

Quello sull'effettività della tutela è quindi un giudizio necessariamente relativo, che tiene conto della condizione soggettiva del ricorrente e della natura dell'atto impugnato, alla luce dei quali si possono richiedere accorgimenti ed adattamenti particolari delle procedure generalmente previste dall'ordinamento.

Nel caso del diritto dell'immigrazione, ad esempio, costituiscono espressione di questo principio gli accorgimenti che tengono conto della condizione sociale e culturale della persona (ad esempio per quanto riguarda il diritto alla comunicazione degli atti amministrativi, la cui effettività sarebbe compromessa se non fosse al contempo previsto un diritto alla traduzione degli stessi, in una lingua comprensibile allo straniero che non conosce l'italiano<sup>4</sup>), della sua condizione economica (ad esempio per quanto riguarda la

---

<sup>2</sup> Il diritto di impugnare tali provvedimenti prescinde anche dallo statuto amministrativo dello straniero e in particolare dal fatto che sia presente in modo regolare o irregolare sul territorio. “Il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale (C. Cost. 198/2000).

<sup>3</sup> Art. 2 t.u.imm. Del resto, risulta di regola applicabile alla materia dell'immigrazione la l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che istituisce le principali garanzie procedurali dell'individuo nei confronti dell'amministrazione. L'applicabilità è confermata dal fatto che le eccezioni a tale regola (ad esempio, come più avanti si vedrà, in materia di motivazione dei visti d'ingresso) risultano espressamente enumerate nella disciplina del testo unico dell'immigrazione. La l. 241/1990, per converso, prevede alcune eccezioni espresse all'applicabilità di alcuni istituti alla materia dell'immigrazione (principalmente gli istituti di semplificazione, come il silenzio assenso e la d.i.a.). In tema v. anche S. CASTELLAZZI, *Profili procedurali*, in V. GASPARINI CASARI, *Il diritto dell'immigrazione*, op. cit., pp. 253-278.

<sup>4</sup> E infatti il t.u.imm. espressamente prevede che “ai fini della comunicazione allo straniero dei provvedimenti concernenti l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione, gli atti sono tradotti, anche sinteticamente, in una lingua comprensibile al destinatario” (art. 2, c. 6, t.u.imm.).

possibilità di accedere al gratuito patrocinio a spese dello Stato per lo straniero indigente<sup>5</sup>), nonché della precarietà della sua presenza nello Stato (prevedendosi quindi il diritto di restare nel territorio, o entrarvi appositamente, durante lo svolgimento di certe procedure giurisdizionali, o in alternativa disponendo accorgimenti speciali per la presentazione dei ricorsi dall'estero).

Il principio di effettività costituisce quindi una parte integrante del diritto alla difesa e del diritto ad un giusto processo e, in quanto tale, riveste una portata propriamente costituzionale, prestandosi ad operare come criterio guida alla luce del quale interpretare la normativa in materia, nonché come limite rispetto alla discrezionalità del legislatore in materia processuale.

A questo proposito è possibile rilevare come la Corte tenda a riconoscere al legislatore un ampio margine di discrezionalità nella disciplina processuale della materia dell'immigrazione, sindacata solamente a mezzo del parametro della "non irragionevolezza" (o anche "non manifesta irragionevolezza") delle scelte compiute<sup>6</sup>.

Inoltre, la Corte Costituzionale riconosce la difesa come diritto non assoluto, che ammette bilanciamenti con altri interessi (come ad esempio quello alla sollecita definizione dei ricorsi, che in questa materia "risponde senza dubbio all'interesse generale di un razionale ed efficiente controllo dell'immigrazione da Paesi extracomunitari"<sup>7</sup>).

In questo senso, "purché non ne venga intaccato il nucleo irriducibile", il legislatore può prevedere diverse modalità di esercizio di tale diritto e diversi tipi di procedimento<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Previsto, come si vedrà, in materia di espulsioni.

<sup>6</sup> In generale la Corte Costituzionale riconosce che "la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione e tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli" (C. Cost. 16 maggio 2008, n. 148, v. anche sent. n. 206 del 2006 e sent. n. 361 del 2007). Sul punto v. A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano, La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2009*, p. 529. Ad esempio, giudicando pienamente costituzionale il breve termine (pari allora a 7 giorni) per l'impugnativa del provvedimento di espulsione, la Corte ha osservato che "le determinazioni circa la fissazione dei termini processuali rientrano nella piena discrezionalità del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza" (C. Cost. 161/2000).

<sup>7</sup> C. Cost. 161/2000.

<sup>8</sup> C. Cost. 358/2001.

## CAPITOLO PRIMO

Come si vedrà, detto margine di discrezionalità si manifesta quindi in diversi profili della disciplina processuale della materia, quali la scelta del giudice competente, il riparto di giurisdizione, la scelta del rito applicabile e le relative garanzie di contraddittorio.

In relazione a profili di questo tipo è stata rilevata da parte della Corte Costituzionale una certa facilità nel ritenere comunque soddisfatto il requisito della effettività, sia sotto il profilo del “rispetto della pienezza del contraddittorio”, sia per quanto riguarda la possibilità di “ripristinare la situazione soggettiva violata”<sup>9</sup>.

Ciò non significa, tuttavia, che la Corte non abbia in diverse occasioni affermato principi e limiti importanti, in particolare per quanto riguarda rispetto del diritto alla libertà personale, in relazione al quale la Corte assume una linea particolarmente rigorosa, anche adottando pronunce declaratorie della illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del t.u.imm.<sup>10</sup>.

Le sentenze dichiarative dell’illegittimità costituzionale, tuttavia, risultano relativamente infrequenti e nella maggior parte dei casi la Corte si esprime attraverso pronunce aventi carattere interpretativo, che avallano la disciplina vigente offrendo principi e criteri alla luce dei quali interpretarla<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> G. BASCHERINI, op. cit., p. 233.

<sup>10</sup> In C. Cost. 105/2001 la Corte nega infatti la possibilità che “le garanzie dell’art. 13 Cost. subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti”. Infatti “per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia della immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi di sicurezza e di ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati, non può risulterne minimamente scalfito il carattere universale della libertà personale, che, al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”. Tra le pronunce significative si ha la n. 222 del 2004, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 13, c. 5bis, t.u.imm., nella parte in cui non prevede che il giudizio di convalida del decreto di espulsione debba svolgersi in contraddittorio prima dell’esecuzione del provvedimento e con le garanzie della difesa. La sentenza è interessante anche perché contiene un invito della Corte a prevedere in materia un modello procedimentale che, se pur “caratterizzato da celerità e articolato sulla sequenza provvedimento di polizia – convalida del giudice” possa comunque assicurare “i principi della tutela giurisdizionale”.

<sup>11</sup> Questa tendenza della Corte è stata rilevata in dottrina da A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit., p. 527 e G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 218. In materia di traduzione del provvedimento amministrativo, ad esempio, la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità del termine perentorio per impugnare l’espulsione (allora pari a 5 giorni), nella parte in cui non prevede eccezioni per il caso in cui, per la mancata traduzione dell’atto, sia stata preclusa la sua effettiva conoscenza da parte del destinatario. La Corte afferma che la traduzione del decreto di espulsione è preordinata ad assicurare la sua effettiva conoscibilità e che costituisce un principio generale dell’ordinamento quello per cui, ogni qual volta la legge fissa un termine perentorio, prevedendone la decorrenza dal compimento di un determinato atto, è necessario che quest’ultimo sia effettivamente compiuto, non contenga vizi e sia portato a conoscenza di colui che è onerato dal rispetto di esso. Pertanto la disciplina in materia è costituzionale in

Pertanto, anche ove sia possibile estrapolare in via interpretativa gli *standard* di tutela posti dalla Corte in questa materia – ad esempio in relazione ai poteri delle parti nel processo, o anche ai poteri dello stesso giudice adito – la loro applicazione è comunque rimessa a operatori ed (e pertanto può risultare soggetta ad oscillazioni presso la giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>12</sup>).

A livello nazionale, pertanto, le garanzie costituzionali offerte in materia di tutela giurisdizionale dello straniero risultano complessivamente solide, nella misura in cui si riconoscono formalmente tutte le garanzie costituzionali previste in materia di processo, ma al contempo relativamente deboli sotto il profilo della specificazione degli *standard* richiesti in materia di immigrazione.

Per quanto riguarda il piano sovranazionale della disciplina, un quadro per certi versi analogo può essere osservato a livello di Unione Europea, anche se per ragioni diverse.

Pure a livello Europeo, infatti, il diritto alla difesa dello straniero è pacificamente riconosciuto dalla Corte di Giustizia in applicazione dell'art. 47 della Carta di Nizza, che prevede il diritto a un ricorso effettivo ad ogni individuo “i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati”<sup>13</sup>.

---

quanto “è devoluta alla giurisdizione di merito la valutazione se nella vicenda in esame possa considerarsi conseguito lo scopo dell'atto, che è quello di consentire al destinatario il pieno esercizio del diritto di difesa” (C. cost., sent. 16 giugno 2000, n. 198). Ancora, in materia di convalida del provvedimento del trattenimento la Corte ha ritenuto che non fosse incostituzionale la previsione del rito camerale e l'assenza di un obbligo di avvisare il difensore dello straniero prima della detenzione e non in prossimità della convalida. La Corte afferma che tale disciplina garantisce comunque la pienezza del contraddittorio in quanto gli avvocati potranno comunque acquisire “ogni elemento di conoscenza utile alla difesa”. In dottrina è stato osservato come tale pronuncia non tenga conto delle condizioni reali all'interno dei centri in cui si svolgono tali udienze, che di fatto precludono lo svolgimento di un'istruttoria completa. Sul punto v. G. SAVIO, *Brevi note sulla pronuncia della Corte costituzionale 35/2002 in tema di convalida del trattenimento in c.p.t.*, in *Dir. Imm. e Citt.*, 1/2002, pp. 106 e ss. Un altro esempio è la sentenza n. 252 del 5 luglio 2001, in cui la Corte Costituzionale ha sancito il principio per cui anche le gravi condizioni di salute possono costituire motivo di inespellibilità, pur non dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 t.u.imm. nella parte in cui non prevede espressamente un simile divieto. Altri esempi si vedranno più avanti, al Cap. IV, con riferimento ai poteri del giudice di pace rispetto al provvedimento di espulsione.

<sup>12</sup> In dottrina si osserva ad esempio come “la sent. n. 198/2003 [in materia di permesso di soggiorno per il minore sottoposto a tutela] rappresenta un esempio delle conseguenze che può generare una decisione interpretativa di rigetto di tale complessità” in quanto “all'indomani della pronuncia, non può di certo affermarsi che vi sia stato, fin da subito, un orientamento unitario nelle decisioni del giudice amministrativo”, A. DEFFENU, op. cit.. Al Cap. IV si vedrà come sia toccata una sorte analoga alle interpretazioni della Corte Costituzionale in materia di tutela avverso i provvedimenti di espulsione.

<sup>13</sup> Il testo di questo articolo riprende quelli degli artt. 6 e 13 CEDU, esaminati nel capitolo 2. In tema v. L. P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001 fasc. 6, pp. 471 – 482.

## CAPITOLO PRIMO

Molte delle direttive e dei regolamenti in materia, inoltre, prescrivono l'obbligo per gli Stati di predisporre a livello nazionale meccanismi di ricorso effettivo avverso i provvedimenti di volta in volta disciplinati, così confermando l'operatività del diritto alla difesa anche in materia di immigrazione.

Tuttavia, i limiti alla competenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materie relative al terzo pilastro hanno a lungo impedito il formarsi di una giurisprudenza sul punto<sup>14</sup>.

Inoltre, le direttive stesse spesso lasciano ampi margini di discrezionalità agli Stati, prevedendo *standard* più specifici soltanto in relazione a determinate categorie di soggetti (come i cittadini dell'Unione) e determinati tipi di provvedimento (come i rimpatri).

L'eliminazione di tali limiti da parte del Trattato di Lisbona, però, ha posto le condizioni per un più significativo intervento della Corte di Giustizia anche in queste materie, come hanno dimostrato alcune prime e importanti pronunce (a partire dalla sentenza nel caso *El Dridi* in materia di espulsioni e detenzione amministrativa).

Pronunce di questo tipo confermano la possibilità che nei prossimi anni la Corte di Giustizia possa intervenire anche sui profili procedurali e processuali della materia (che nella giurisprudenza della Corte costituiscono un profilo importante in quanto strumentale ad assicurare il rispetto delle norme e dei principi sostanziali introdotti dal legislatore Europeo nelle varie materie)<sup>15</sup>.

Inoltre, il recente riconoscimento della Carta di Nizza come strumento vincolante avente lo stesso valore dei Trattati pone le premesse perché la giurisprudenza della Corte

---

<sup>14</sup> Il trasferimento della materia dell'immigrazione nel primo pilastro è avvenuto soltanto nel 1997, comportando per la prima volta un assoggettamento di questa materia alle competenze ordinarie della Corte di Giustizia. E' stato però introdotto un limite specifico che riservava la possibilità di effettuare rinvii pregiudiziali in questa materia soltanto alle giurisdizioni nazionali di ultima istanza (con la conseguenza che i rinvii operati in questa materia nella vigenza del Trattato di Amsterdam risultano piuttosto rari). Si riporta che dal 1999 al 2009 i rinvii in questa materia sono stati soltanto tre, in materia di direttiva rimpatri (caso C-357/09 *Kadzoev*), di ricongiungimento familiare (C-578/2008 *Chakroun*) e di coordinamento in materia di previdenza sociale per cittadini non comunitari (C-247/09 *Xhymshiti*), S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012, p. 24. Sul ruolo della Corte di Giustizia in questa materia v. già anche WEILER, J. H. H., *Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC nationals – A Critique*, in *European Journal of International Law* 3, 1992, pp. 65 – 91.

<sup>15</sup> L'esempio più evidente della tendenza del diritto dell'Unione Europea ad intervenire anche in materia processuale è la disciplina degli appalti pubblici, dove l'effettività della disciplina Europea in materia di evidenza pubblica è stata assicurata prevedendo un apparato piuttosto dettagliato di requisiti processuali in materia, stabiliti in parte dalla Corte ed in parte dal legislatore (con la c.d. direttiva ricorsi).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

– tradizionalmente caratterizzata da un’approccio funzionalista, ispirato all’obiettivo di assicurare l’effettività delle singole discipline previste dal legislatore Europeo<sup>16</sup> - sviluppi maggiormente i profili legati all’attuazione dei diritti umani disciplinati dalla Carta<sup>17</sup>, inclusi quelli in materia di immigrazione<sup>18</sup>.

In alcune occasioni recenti, del resto, la CGE ha già fatto applicazione dell’art. 47 Nizza in materia di immigrazione, confermando come anche in questa materia operi il

---

<sup>16</sup> Questa ottica è peraltro presente, per certi versi, anche nella stessa sentenza El Dridi, in quanto i limiti posti alla possibilità di punire con la pena detentiva lo straniero che viola la disciplina dei rimpatri sono posti, non tanto (o non solo), con l’obiettivo di assicurare il rispetto dei diritti della persona, quanto (soprattutto) con quello di assicurare l’efficacia del provvedimento di rimpatrio (rispetto ai quali la detenzione dello straniero risulta controproducente).

<sup>17</sup> Con il venir meno della distinzione tra pilastri sono state eliminate le ultime particolarità e gli ultimi limiti relativi ai modi di accesso alla Corte di Giustizia in relazione alle materie dell’ex terzo pilastro (facendo registrare un aumento significativo dei casi da essa decisi in questa materia). In particolare è venuta meno la riserva del potere di rinvio pregiudiziale alle sole giurisdizioni di ultima istanza (ex art. 68 TCE). E’ stato quindi osservato che nei venti mesi successivi all’entrata in vigore del Trattato la corte ha ricevuto quasi una ventina di casi (rispetto agli appena tre che aveva ricevuto negli anni precedenti). S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012, p. 25. Inoltre, l’introduzione di una procedura d’urgenza proprio in materia di rinvii concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia sembra costituire un’ulteriore opportunità per un intervento più significativo della Corte di Giustizia in questo settore. La nuova procedura d’urgenza è disciplinata dagli artt. 23 bis del protocollo (n. 3) sullo Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea e 104 ter del regolamento di procedura della Corte. Per i primi cinque anni di operatività è stato previsto un limite all’applicazione di questo meccanismo rispetto agli atti adottati nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona (art. 10 del Protocollo 36 sulle Disposizioni Transitorie). Allo scadere di tale termine, tuttavia, il meccanismo entra in funzione anche in questo settore. In tema v. L. PASCULLI, S. ZANCANI, *La nuova procedura d’urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, 2008, fasc. 6 pag. 798 – 803. P. P. IANNUCELLI, A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale d’urgenza davanti alla corte di giustizia: un primo bilancio e nuove questioni*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2012, fasc. 1 pag. 107 – 132.

<sup>18</sup> Da questo punto di vista si segnala, non soltanto, la possibilità di applicare anche agli stranieri i diritti generali previsti dalla Carta (come il diritto alla vita, al rispetto della vita privata e familiare, ad un ricorso effettivo, tra i tanti), ma anche la presenza di diritti specifici in questo settore, relativi al diritto alla parità di trattamento sul lavoro (art. 15, hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell’Unione i cittadini dei paesi terzi che sono autorizzati a lavorare nel territorio degli Stati membri), al diritto all’asilo (art. 18, a questo proposito la Carta opera un esplicito riferimento alla convenzione di Ginevra, affermando che il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme da essa stabilite, oltre che delle norme previste nel TCE), e alla protezione in caso di espulsione (art. 19, accanto al divieto di espulsioni collettive si prevede anche il divieto di essere allontanato o espulso verso uno Stato in cui esiste “un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti”). Tali profili risultano presenti anche in altre carte dei diritti internazionali, inclusa la CEDU (e saranno oggetto di approfondimento al cap. 2)

## CAPITOLO PRIMO

principio, tipico del diritto amministrativo comunitario, della giustiziabilità degli atti amministrativi che incidono su un diritto comunitario<sup>19</sup>.

Per il momento, tuttavia, i contributi giurisprudenziali più significativi – soprattutto sul versante delle garanzie processuali, che qui maggiormente interessa – sono stati quelli offerti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che, come è stato osservato, “muovendo dai materiali della sola Convenzione EDU, viene sviluppando da qualche lustro importanti filoni giurisprudenziali in materia di immigrazione”<sup>20</sup>.

Come si vedrà, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU ha sviluppato una serie di *standard* sostanziali e procedurali in questa materia, precisando quali debbano essere le caratteristiche di un ricorso, affinché esso possa costituire una tutela effettiva, per un soggetto particolare come lo straniero, rispetto a provvedimenti amministrativi particolari come quelli che regolano la presenza sul territorio nazionale.

In questo modo la Corte EDU contribuisce a precisare quali possano essere i contenuti specifici, in una materia particolare come quella dell'immigrazione, di principi costituzionali generali quale il diritto alla difesa ed alla effettività delle tutele.

Oltre a poter determinare un'influenza sul diritto dell'Unione Europea in questa materia (e, in prospettiva, sulla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>21</sup>), questa giurisprudenza appare interessante in prospettiva nazionale.

---

<sup>19</sup> v. sentenze *Orfanopoulos e Olivieri* (29/4/2004, Causa C-493/01 e C-482/01), *Panayotova* (16/11/2004, Causa C- [...]), e *Dorr e Unal* (2/6/2005), che fanno tutte riferimento ai principi generali espressi nelle note sentenze *Johnston* (15/5/1986) e *Heylens* [...]. Più di recente, inoltre, vi sono stati casi che hanno espressamente fatto riferimento all'art. 47 della Carta di Nizza: v. caso *Brahim Samba Diouf* (relativo all'applicazione della direttiva 2005/85 sulle procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato); cause riunite *N. S. e M. E.* (C-411/10 e C-493/10 relative all'applicazione del regolamento n. 343/2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo); causa *ZZ c. Secretary of State for the Home Department* (C-300/11, 4 giugno 2013), dove la Corte afferma che l'eccezione al principio di motivazione dei provvedimenti limitativi del diritto di circolazione dei cittadini comunitari, ammessa per ragioni di sicurezza nazionale dall'art. 30 della direttiva 2004/38/CE, deve essere interpretata restrittivamente alla luce dell'art. 47 della Carta di Nizza, nel senso di imporre al giudice nazionale un obbligo di assicurarsi che la mancata comunicazione della motivazione all'interessato sia limitata allo stretto necessario e che, in ogni caso, sia comunicata all'interessato la sostanza di detti motivi. Più recente il caso *Mohamad Zakaria* (17 gennaio 2013, C-23/12, relativo ai poteri delle autorità di frontiera in applicazione del Regolamento CE n. 562/2006, codice frontiere Schengen).

<sup>20</sup> G. BASCHERINI, op. cit., p. 234.

<sup>21</sup> Un interessante caso di adeguamento della Corte di Giustizia alla giurisprudenza della Corte EDU si è già avuto, ad esempio, in materia di asilo. La Corte EDU nella sentenza *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ha condannato non soltanto la Grecia (per violazione del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, art. 3), ma anche il Belgio (per aver indirettamente violato la stessa disposizione, rinviando gli stranieri in quel Paese, in attuazione del Regolamento Dublino). La CGUE, chiamata ad interpretare il

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Come si avrà modo di vedere, infatti, mentre sul piano sostanziale molti dei principi CEDU in materia di immigrazione sono generalmente ben rappresentati nella normativa e nella giurisprudenza nazionali, un certo ritardo è invece presente sul piano delle tutele processuali, sia per come risultano disciplinate dal legislatore, sia per come vengono interpretate ed applicate dalla giurisprudenza.

Da questo punto di vista, il dispositivo di adeguamento ai principi CEDU realizzato dall'art. 117 Cost. (come interpretato dalla Corte Costituzionale a partire dal 2007), offre in questa materia delle prospettive interessanti, in quanto apre alla possibilità di integrare gli *standard* costituzionali previsti a livello nazionale con quelli elaborati dalla Corte EDU. Tale operazione di integrazione potrebbe quindi interessare, non soltanto i profili sostanziali della materia (come in parte già accade), ma anche i profili relativi al diritto alla difesa.

## 2. *La regolazione amministrativa dell'immigrazione*

Prima di procedere all'analisi dei singoli provvedimenti che rilevano in questa materia, sembra opportuno sottolineare alcune caratteristiche della regolazione amministrativa dell'immigrazione, utili a spiegare la complessità del quadro normativo in cui tali provvedimenti si collocano, nonché le esigenze amministrativistiche di cui sono espressione. Alcune di queste caratteristiche, inoltre, saranno utili a spiegare le ragioni di alcune delle difficoltà e delle contraddizioni che si riscontrano poi sul versante delle tutele.

Rispetto ad altri Paesi Europei, in particolare, l'Italia si caratterizza per un relativo ritardo nel predisporre una disciplina amministrativa dell'immigrazione, trattandosi di un fenomeno relativamente recente in questo ordinamento<sup>22</sup>.

---

Regolamento Dublino in via di rinvio pregiudiziale nel caso *NS c. Secretary of State for the Home Department*, ha effettivamente fatto propri gli esiti della sentenza *MSS*, affermando che il rinvio dei richiedenti asilo verso Paesi come la Grecia viola il principio di proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti, tutelato dalla Carta di Nizza (art. 4).

<sup>22</sup> Più precisamente, la presenza di norme regolanti l'accesso e la presenza delle persone (cittadini e stranieri) sul territorio nazionale, in realtà, si è sempre verificata, fin dai primi anni successivi all'unificazione, ma in certa misura anche nell'Italia pre-unitaria. Una ricostruzione approfondita dell'evoluzione storica della disciplina italiana sin dall'epoca pre-unitaria è stata recentemente offerta in M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012. E' invece mancata a lungo una disciplina organica precipuamente diretta agli stranieri e volta a disciplinare il fenomeno migratorio in sé, nelle sue varie sfaccettature. Del resto, per la maggior parte del XX secolo l'Italia è stato un Paese di emigrazione, in cui il saldo migratorio si è invertito per la prima volta soltanto nel 1973 (inizialmente per effetto del rimpatrio di emigrati, più che dell'immigrazione straniera). I primi flussi migratori consistenti si sono avuti soltanto a partire dagli anni '80, per l'effetto congiunto dell'immigrazione economica, relativa cioè all'ingresso per

## CAPITOLO PRIMO

Per un certo tempo, infatti, il fenomeno è stato affrontato con atti dell'esecutivo – decreti-legge e circolari ministeriali – volte a disciplinare di volta in volta le singole emergenze, ad autorizzare periodici ingressi di lavoratori, o a sanare le presenze irregolari sul territorio<sup>23</sup>.

Il “risveglio del legislatore”<sup>24</sup>, nonché, per certi versi, la nascita del diritto dell'immigrazione come disciplina a sé stante<sup>25</sup>, avvengono soltanto nel 1986, con l'approvazione della prima disciplina organica della materia, la l. 30 dicembre 1986, n. 943<sup>26</sup>, presto sostituita dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, nota come “legge Martelli”, che affronta in modo più organico la disciplina dei provvedimenti amministrativi sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio<sup>27</sup>.

---

motivi di lavoro, e di quella forzata, per ragioni politiche, proveniente dai Paesi vicini. Le cause dell'aumento del fenomeno migratorio furono quindi plurime, dovute sia all'instabilità politica dei Paesi vicini, sia alla crescente domanda di lavoro. V. S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de “Il diritto dell'economia”, Modena, 2010, p. 112. Secondo alcuni, peraltro, fu proprio l'iniziale assenza di una regolazione della materia, unita alla scarsa regolamentazione del mercato del lavoro in generale, a costituire un fattore di attrazione ulteriore per l'immigrazione economica in Italia, v. C BONIFAZI, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007, p. 83; L. EINAUDI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, 2007, p. 60. All'epoca la legislazione italiana si presentava del tutto inadeguata, “contenuta in poche rudimentali disposizioni del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, Tulps, concepite in epoca fascista, le quali ponevano problemi non soltanto sul piano funzionale (dell'effettività del controllo dei confini), ma anche su quello delle garanzie”. M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, Milano, 2012, p. 221. Per un confronto tra le esperienze europee v. G. BOMBELLI, B. MONTANARI, *Identità europea e politiche migratorie*, Milano, 2008.

<sup>23</sup> V. N. ZORZELLA, *Commento all'art. 16*, in C. CESTER (a cura di), *La disciplina dei lavoratori extracomunitari in Italia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1988, p. 1099.

<sup>24</sup> L'espressione è sempre di M. SAVINO, op. cit., p. 221.

<sup>25</sup> M. M. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, T.II, Milano 2003, p. 1063 ss.

<sup>26</sup> La quale, tra le altre cose, costituisce il recepimento della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) del 24 giugno 1975, n. 143, ratificata e resa esecutiva appena un anno prima, con la l. 10 aprile 1981, n. 158. V. S. CASTELLAZZI, *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de “Il diritto dell'economia”, Modena, 2010, p. 112. Per quanto riguarda gli ingressi per motivi di lavoro, tuttavia, essa si fonda ancora sul meccanismo delle c.d. regolarizzazioni che si rivela ben presto inadeguato.

<sup>27</sup> In particolare, la l. Martelli intensificò i controlli alla frontiera, introducendo l'obbligo di dichiarare i motivi dell'ingresso, modificò la disciplina del soggiorno (semplificando il procedimento di rilascio, tipizzando le ipotesi di rinnovo e proroga, introducendo una tipologia di permessi diversi e stabilendo che il permesso di soggiorno permetteva l'iscrizione anagrafica e il rilascio della carta d'identità) e riformò la disciplina dell'espulsione, eliminando le varie specie di allontanamento previste dal TULPS, chiarendone la natura di provvedimento scritto e motivato – salvo i casi eccezionali riservati al Ministro, per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato – eseguito di regola con l'intimazione a lasciare volontariamente il

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Gli anni successivi sono caratterizzati dall'emergere di ulteriori esigenze, quali l'integrazione sociale dello straniero, una regolazione più efficace degli ingressi per motivi di lavoro (continuamente soddisfatte attraverso il ricorso a nuove sanatorie) e la necessità di dare attuazione ai crescenti obblighi internazionali in questa materia<sup>28</sup>.

Il nuovo approdo legislativo è costituito dalla l. 40/1998 "Turco-Napolitano", i cui contenuti sono stati poco dopo trasferiti nel d. lgs. 286/1998, recante il testo unico sull'immigrazione tuttora vigente (da qui t.u. imm.), attuato con regolamento D.p.r. 394 del 1999<sup>29</sup>. Esso presenta un campo di applicazione più ampio rispetto alle leggi precedenti, inclusi i profili relativi ai diritti sociali e all'integrazione dello straniero<sup>30</sup>, nonché il riconoscimento della tutela dei diritti come principio generale della disciplina<sup>31</sup>,

---

territorio (mentre l'accompagnamento coattivo alla frontiera costituiva l'eccezione). Viene introdotto il principio della programmazione numerica dei flussi, che ancora oggi regola l'ingresso dei lavoratori extracomunitari attraverso il meccanismo delle quote annuali (oltre a prevedere comunque una nuova sanatoria per i lavoratori stranieri già presenti sul territorio).

<sup>28</sup> In particolare in relazione alla partecipazione dell'Italia al sistema Schengen (Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1985, del 19 giugno 1990).

<sup>29</sup> V. P. BONETTI, *I profili della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in B. NASCIBENE, *Diritto degli stranieri*, p. 15. La particolare importanza del t.u.imm. per il nostro ordinamento è manifestata anche dal fatto che esso risulta qualificato come norma di fondamentale riforma economico-sociale della repubblica e come legge quadro per le materie di competenza legislativa regionale, prevalendo sulla normativa regionale (del resto, secondo il riparto di cui all'art. 117, la materia dell'immigrazione risulta di competenza esclusiva statale). Per questi profili v. S. CASTELLAZZI, *La materia "immigrazione" e l'assetto delle competenze legislative tra Stato e Regioni*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de "Il diritto dell'economia", Modena, 2010, p. 173.

<sup>30</sup> Ad esempio per quanto riguarda l'accesso ai servizi sanitari e scolastici, o l'accesso a percorsi di stabilizzazione della presenza sul territorio, con l'introduzione della carta di soggiorno a tempo indeterminato.

<sup>31</sup> Si ha infatti l'esplicito riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana – "previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti" – in capo allo straniero "comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato", anche in condizioni di irregolarità. Art. 2, comma 2 t.u.imm. Tra le fonti internazionali espressamente richiamate si richiama invece convenzione dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro) n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, affermando che la Repubblica italiana, in attuazione della stessa, "garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie "parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani" (art. 2, comma 3). All'attuazione dei diritti dello straniero, inoltre, risultano chiamate, non soltanto le amministrazioni statali, bensì tutti i livelli di governo territoriale, ciascuno nell'ambito delle rispettive attribuzioni. E' infatti previsto che le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali adottano "nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio", i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di "rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare

## CAPITOLO PRIMO

ma allo stesso tempo si caratterizza per un rinnovato impegno nel contrasto all'immigrazione clandestina<sup>32</sup>.

Emerge così una delle prime caratteristiche tipiche di questa materia, che consiste nella notevole varietà di interessi pubblici che essa persegue, tra cui: gli obiettivi di politica economica e di sviluppo sociale dello Stato, la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, l'interesse alla cooperazione con altri Stati, il tutto entro il quadro degli obblighi di protezione e tutela dei diritti della persona, che lo Stato stesso assume sul piano interno e su quello sovranazionale<sup>33</sup>.

Le norme in materia di immigrazione rappresentano quindi – e questo è valido non soltanto per l'Italia, ma anche per altri Paesi, nonché per la stessa Unione Europea – lo sforzo di trovare un punto di equilibrio tra esigenze molto diverse ed obiettivi talvolta confliggenti.

Una seconda caratteristica che emerge è la notevole stratificazione sovranazionale della materia, cui la Costituzione stessa fa riferimento, laddove afferma che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge “in conformità delle norme e dei trattati internazionali”<sup>34</sup>.

---

riguardo a quelle inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana” (art. 3, comma 5).

<sup>32</sup> Ad esempio disciplinando l'istituto del trattenimento amministrativo nell'ambito del procedimento di espulsione e introducendo nuove misure per la lotta allo sfruttamento dei flussi irregolari. Nel complesso, pertanto, si è affermato che il t.u.imm. risulta “proteso alla ricerca di un equilibrio tra l'interesse statale al controllo dei flussi e l'interesse individuale alla protezione delle libertà”, M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, p. 222. A commento v. R. FINOCCHI, *Il testo unico sull'immigrazione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, p. 5 e ss.

<sup>33</sup> In generale v. M.R SPASIANO, *Principi sull'immigrazione*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubettino, 2009; M. D'AURIA, *L'immigrazione e l'emigrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, T.II, Milano 2003, p. 1063 ss.

<sup>34</sup> Art. 10 Cost. E' possibile affermare che tale disposizione svolga già, per i trattati in materia di stranieri, una funzione di adeguamento dell'ordinamento interno del tutto analoga a quella svolta, nei confronti della CEDU, dall'art. 117 Cost.. Si afferma infatti che tale disposizione contiene “una tutela ‘selettiva’ nei confronti dei trattati, assicurando una garanzia costituzionale solo a favore di quelli concernenti la condizione giuridica dello straniero”, sicché “una legge ordinaria avente un contenuto non conforme ai trattati sulla condizione giuridica degli stranieri risulta quindi costituzionalmente illegittima”, E. CANNIZZARO, A. CALIGIURI, *Art. 10*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Padova, 2006, p. 242 e ss.. Sul punto v. anche A. CASSESE, *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975 e, sull'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale in generale A. CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Napoli, 2009.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Tradizionalmente, sul piano internazionale si afferma che la regolazione degli ingressi appartiene in linea di principio ad un dominio riservato dello Stato, come espressione della sua sovranità territoriale e che, dalla prospettiva dello straniero, “ancora oggi non può ritenersi affermata una norma di diritto internazionale generale che stabilisca un diritto dell’individuo all’ingresso e al soggiorno in uno stato diverso da quello di cui è cittadino”<sup>35</sup>.

I vincoli per lo Stato sorgono quindi soprattutto su base pattizia, attraverso accordi bilaterali e multilaterali che impongono ai contraenti una serie di obblighi, che operano come limite alla loro discrezionalità nella regolazione dell’immigrazione<sup>36</sup>.

Il panorama delle fonti internazionali che contengono norme rilevanti in materia di immigrazione è molto vario (a conferma, in un certo senso, della pluralità di interessi che al suo interno si intrecciano)<sup>37</sup>.

La categoria principale è costituita dalle carte dei diritti umani, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948, atto a natura dichiarativa e non vincolante, dalla cui esperienza sono nati, però, il Patto internazionale sui diritti civili e politici ed il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, del 1966, che hanno invece natura vincolante e sono soggetti al monitoraggio del Consiglio ONU per i Diritti Umani<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> C. CAMPIGLIO, *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de “Il diritto dell’economia”, Modena, 2010, p. 27. V. altresì CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7° ed. Napoli, 2006, p. 207. V. B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno SIDI Roma 2004, Napoli, 2005, p. 71 e ss; anche B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, p. 220.

<sup>36</sup> Per un’analisi più approfondita di quella che si svolge qui v. M. FRIGO, *L’immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, International commission of jurists, Ginevra, 2012; A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l’espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, P. BOELES, *Fair immigration proceedings in Europe*, Den Haag, 1997.

<sup>37</sup> Ciò anche sotto il profilo della natura giuridica dell’atto. Alcuni, infatti, hanno natura di dichiarazioni di principio, mentre altri hanno carattere propriamente vincolante; tra questi ultimi, inoltre, alcuni sono rafforzati dalla presenza di organi di controllo, giurisdizionali o meno, che vigilano sulla loro applicazione da parte degli Stati aderenti, mentre altri ne risultano privi. Un altro profilo di differenziazione è poi quello dell’oggetto, poiché alcune norme risultano specificamente rivolte agli stranieri migranti, mentre altre hanno carattere generale e risultano rilevanti per la materia dell’immigrazione nella misura in cui siano ritenute applicabili anche ad essa

<sup>38</sup> Il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite è organo sussidiario dell’Assemblea generale dell’ONU che ha il compito di monitorare il rispetto dei diritti umani da parte degli stati aderenti alle Nazioni Unite. In relazione al verificarsi di violazioni dei diritti umani esso può avviare, anche su segnalazione di altri stati o di organizzazioni non governative, una “procedura” a carico di uno Stato, al

## CAPITOLO PRIMO

Alle carte dei diritti previste a livello internazionale si affiancano poi le carte dei diritti presenti a livello regionale – alcune delle quali risultano dotate a loro volta di rispettivi meccanismi di controllo e monitoraggio – le cui norme riflettono in parte gli stessi contenuti di quelle internazionali<sup>39</sup>.

Si possono poi annoverare vari trattati che hanno contenuto più specifico, relativo alla tutela di particolari categorie di persone o di particolari categorie di diritti.

Ad esempio vi sono diversi Trattati relativi ai diritti dei lavoratori<sup>40</sup>, ai diritti dei minori<sup>41</sup>, o al diritto a non essere discriminati (Convenzione internazionale per

---

termine della quale può decidere di imporre il ripristino del rispetto dei diritti umani mediante una risoluzione (che tuttavia è priva di valore vincolante e non autorizza il Consiglio ad adottare misure specifiche, quali l'embargo, nei confronti dello Stato in questione). V. Risoluzione dell'Assemblea generale 60/251, 15 marzo 2006. Questi tre documenti, talvolta indicati collettivamente come “Carta internazionale dei diritti umani”, hanno portata “universale” in quanto rivolgono a tutti gli uomini indipendentemente dalla loro nazionalità. Oltre ad una varietà di diritti a carattere generale che possono assumere una certa rilevanza in relazione ad alcuni profili del diritto dell'immigrazione (come il diritto alla vita e a non subire la schiavitù, la servitù, la tortura, il diritto alla libertà ed alla sicurezza della propria persona, il diritto a non essere discriminati e diversi diritti legati alla famiglia ed al lavoro) esse prevedono anche alcuni diritti di interesse più specifico per questa materia, come: il diritto di lasciare qualsiasi paese incluso il proprio (v. art. 13, Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (DUDU), e art. 12 Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (PDCP), il quale aggiunge che tali diritti non possono essere sottoposti a restrizioni che non siano necessarie per proteggere “la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la sanità o la moralità pubbliche, ovvero gli altrui diritti e libertà”, previste dalla legge e comunque compatibili con gli altri diritti riconosciuti dal Patto); il diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni (art. 14, DUDU, art.12); la libertà di movimento per ogni individuo che si trovi legalmente nel territorio (Art. 12 PDCP), ed alcuni diritti rispetto all'espulsione dal territorio, in relazione al quale si prevede come necessario il principio di conformità del provvedimento di espulsione alla legge ed il diritto procedimentale dell'interessato ad essere sentito (Art. 13 PDCP, il contenuto di questa norma è stato a sua volta riproposto in sede CEDU con l'approvazione dell'art. 1, Prot. 7 CEDU e sarà quindi oggetto di approfondimento specifico al cap. 2);

<sup>39</sup> Tra tutte si segnala la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU), oggetto di approfondimento specifico al cap. 2, mentre altre di natura simile sono state adottate dai Paesi latinoamericani, africani ed arabi. La Convenzione americana sui diritti umani ed il Protocollo di San Salvador (Protocollo addizionale nell'area dei diritti economici, sociali e culturali), con la Corte inter-americana sui diritti umani; la Carta africana sui diritti umani e dei popoli e la Carta araba sui diritti umani. Queste fonti non rilevano in modo specifico per il nostro Paese, ma possono rivestire un certo interesse dal punto di vista comparativo. V. ad esempio A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, e v. approfondimenti specifici al cap. 2.

<sup>40</sup> Come la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei loro familiari del 1990 (che tuttavia risulta ratificata da pochi Stati Europei), la Convenzione sui lavoratori migranti adottata nell'ambito dell'ILO, e la Convenzione europea sullo statuto giuridico dei lavoratori emigranti, prevista al livello del Consiglio d'Europa. Esse prevedono diversi impegni in capo agli Stati, non soltanto in campo sociale, ma anche rispetto ai provvedimenti di espulsione, prevedendo anche qui alcuni limiti sostanziali e procedurali. Come ad esempio la protezione avverso l'espulsione in caso di perdita del lavoro (v. art. 8 Convenzione ILO) o il diritto a far sentire le proprie ragioni e ad essere notificato per tempo del provvedimento, oltre al il diritto di chiedere la sospensione del provvedimento (art. 22,

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale)<sup>42</sup>, o prevedono tutele contro il rischio di tortura (Convenzione contro la tortura e altre forme di punizione o di trattamento crudele, inumano o degradante)<sup>43</sup>.

Vi sono poi trattati che tutelano i soggetti perseguitati o che hanno comunque titolo ad una forma di protezione da parte degli Stati diverso dal proprio.

Il caso principale è la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, che si sovrappone alle forme di protezione riconosciute a livello nazionale ed europeo (in particolare il diritto all'asilo), imponendo agli Stati contraenti obblighi di tutela verso le persone che, per un fondato timore di persecuzione, non possono avvalersi della protezione del proprio Paese d'origine<sup>44</sup>.

La disciplina della protezione internazionale, come si vedrà, costituisce uno dei principali limiti posti dalla disciplina internazionale alla regolazione amministrativa dell'immigrazione da parte degli Stati. Oltre ai limiti sostanziali al potere di respingimento e di espulsione che derivano principalmente dal noto principio di *non*

---

Convenzione ONU). La Convenzione ONU non risulta però ratificata dai principali Paesi Europei di immigrazione, inclusa l'Italia, e le lentezze nel processo di adesione sono da alcuni attribuite proprio al livello di tutela molto alto, definito "forse eccessivo", dei diritti in essa previsti v. F. NATALINI, *La convenzione ONU sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie a più di dodici anni dalla sua adozione*, in [www.onuitalia.it](http://www.onuitalia.it); R. BARATTA, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 764 e ss. In tema v. anche M. HASENAU, *Setting norms in the United Nations system: the draft convention on the protection of the rights of all migrant workers and their families in relation to ILO in standards on migrant worker*, *International Migration*, Vol. 28, n. 2, 1990, p. 133 e ss; G. CELLAMARE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia*, in *Rivista internazionale e dei diritti dell'uomo*, 1992, 861 e ss..

<sup>41</sup> In particolare per quanto riguarda il diritto al ricongiungimento familiare e la protezione rispetto all'espulsione che abbia l'effetto di separarlo dai propri familiari. V. Convenzione sui diritti del fanciullo e i suoi protocolli, il cui art. 10 prevede un obbligo di considerare con "spirito positivo, umanità e diligenza" ogni domanda di ricongiungimento, e prevede tutele particolari avverso il provvedimento di espulsione.

<sup>42</sup> Nell'ambito della quale è stata adottata una disposizione specifica contro la discriminazione nei procedimenti di espulsione (Recommendation n. 30).

<sup>43</sup> Adottata a New York il 10 dicembre 1984. Rileva in particolare l'art. 3, che vieta l'allontanamento verso un paese dove la persona possa essere sottoposta a tortura. Il Comitato contro la tortura, che vigila sulla sua applicazione, oltre ad esprimere rapporti periodici nazionali, può anche ricevere ricorsi statali e comunicazioni individuali, nei confronti degli Stati che ne abbiano accettato la competenza. Le sue conclusioni, però, non hanno tecnicamente effetto vincolante. V. A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali*, cit., p. 205, e C. INGELSE, *The UN Committee against Torture*, The Hague, 2001.

<sup>44</sup> Ossia delle persone che soddisfano la definizione di "rifugiato" di cui all'art. 1 A, n. 2 della Convenzione. Con il relativo Protocollo sullo status dei rifugiati del 1967. V. P. ARTINI, *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori*, in P. BENVENUTI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, p. 231, pp. 49-54; J-Y CARLIER, *Droits des réfugiés*, 1989.

*refoulement*<sup>45</sup>, la materia influenza gli stessi modi di esercizio del potere dello Stato, ad esempio imponendo lo sviluppo di una funzione amministrativa di accoglienza dei potenziali richiedenti asilo, che si affianca alla funzione amministrativa di controllo alle frontiere (la quale, peraltro, in certe circostanze sembra perseguire obiettivi potenzialmente opposti)<sup>46</sup>.

Altri settori rilevanti sono quelli del diritto del mare (nelle sue implicazioni per l'immigrazione via mare e per l'esercizio delle funzioni amministrative di controllo delle frontiere marittime)<sup>47</sup>, e la disciplina del contrasto internazionale alle forme di criminalità collegate al fenomeno migratorio (che può incidere anche sulle funzioni amministrative dello Stato coinvolte nella regolazione del fenomeno migratorio)<sup>48</sup>.

Da ultimo, il quadro sovranazionale risulta ulteriormente complicato dalla presenza di numerosi accordi di cooperazione, conclusi tra Paesi confinanti, o tra Paesi di immigrazione e Paesi di emigrazione o transito, che diversificano ulteriormente la disciplina della materia<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Che vieta il respingimento verso Paesi dove la vita o la libertà del rifugiato potrebbe essere minacciata. Art. 33 della Convenzione di Ginevra. In tema v. tra tutti, J.C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, 2005.

<sup>46</sup> V. D. FLORIDIA, *L'ingresso nel territorio e l'accesso alle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato*, in P. BENVENUTI, *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, pp. 231-246.

<sup>47</sup> La fonte principale di questa materia è la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, c.d. convenzione di Montego Bay, che prevede, tra le altre cose, specifici obblighi di soccorso per le imbarcazioni in difficoltà (particolarmente rilevanti, ad esempio, in relazioni alle attività di controllo delle frontiere). Art. 98 della Convenzione. In tema, V. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.

<sup>48</sup> L'esempio principale è il Protocollo contro il traffico di migranti via terra, mare e aria, che interessa in modo particolare il diritto penale dei Paesi aderenti (prevedendo dei veri e propri obblighi di penalizzazione di determinati comportamenti), ma in certa misura influenza anche il diritto amministrativo, disciplinando i poteri di ispezione delle autorità di frontiera (ad esempio nei confronti dei vettori) e i doveri di cooperazione amministrativa tra le stesse autorità (a partire dallo scambio di informazioni in relazione alle rispettive operazioni). Il protocollo costituisce uno dei tre c.d. Protocolli di Palermo del 2000. Gli altri sono un Protocollo sul traffico di esseri umani, in particolare donne e bambini ed un Protocollo sul traffico di armi. In tema v. I. CARACCILO, *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionale del traffico di esseri umani*, in U. LEANZA, *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della Società italiana di diritto internazionale, Roma 17-18 giugno 2004, Napoli, 2005, pp. 153-175; A. GALLAGHER, *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling. A Preliminary analysis*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, N. 4, 2001, p. 975.

<sup>49</sup> Essi perseguono vari obiettivi, dalla cooperazione amministrativa nel controllo delle frontiere e nell'esecuzione delle espulsioni, alla facilitazione della circolazione transfrontaliera dei rispettivi cittadini. Tali accordi incidono, così, tanto sull'operato delle amministrazioni (ad esempio instaurando nuove prassi e nuove reciproche obbligazioni), quanto sulla posizione soggettiva dei rispettivi cittadini (istituendo

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Una ricognizione delle fonti sovranazionali della materia non sarebbe poi completa senza fare cenno alla disciplina Europea, in quanto “se fino a qualche anno fa la materia [dell’immigrazione] risultava ancora gelosamente custodita dai singoli stati”, “oggi non vi è quasi profilo attinente all’immigrazione relativamente al quale non si verifichi una significativa incidenza del diritto europeo”<sup>50</sup>.

La disciplina Europea, peraltro, riflette come nessun’altra la pluralità di obiettivi presenti nella disciplina dell’immigrazione nazionale, perseguendo contestualmente: il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne<sup>51</sup>, la regolazione dei flussi in ingresso in senso strumentale agli interessi economici dell’Unione<sup>52</sup>, l’integrazione dello straniero e la tutela della sua famiglia<sup>53</sup>, la tutela dei richiedenti asilo<sup>54</sup>, la lotta all’immigrazione clandestina e lo sforzo per assicurare l’efficacia delle misure di allontanamento<sup>55</sup>.

Da questo punto di vista è tuttavia necessario distinguere la disciplina Europea in materia di circolazione dei cittadini Europei e quella rivolta ai cittadini di Paesi terzi.

Infatti, mentre la libera circolazione delle persone in generale costituisce un elemento fondamentale per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art.

---

meccanismi di prelazione rispetto ai cittadini degli altri Stati, che non partecipano a simili accordi, e riconoscendo loro uno status amministrativo privilegiato). Particolarmente diffusa la prassi degli accordi di riammissione, conclusi tra Paesi di emigrazione e immigrazione, in base ai quali i Paesi di emigrazione si impegnano a riammettere nel proprio territorio gli stranieri che non soddisfano i requisiti per l’ammissione nel territorio dei Paesi di immigrazione, spesso in cambio di incentivi economici. In tema v. GRAZIANI, *Gli accordi di riammissione*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni*, p. 243.

<sup>50</sup> M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione Europea*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de “Il diritto dell’economia”, Modena, 2010, p. 45. Tra i manuali che si occupano della materia v. soprattutto S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012; CELLAMARE, *Lezioni su la disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione Europea*, 2011; P. BALBO, *Il cittadino non comunitario*, 2009.

<sup>51</sup> In tema v. S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 1: Visas and Border Controls*, Leiden, 2012

<sup>52</sup> Ad esempio con la disciplina sull’ingresso dei lavoratori altamente qualificati (Direttiva 2009/50/CE del Consiglio).

<sup>53</sup> Con l’introduzione di una disciplina comune sul ricongiungimento familiare, e sui soggiornanti di lungo periodo. Rispettivamente direttive 2003/86/CE e Direttiva e 2003/109/CE.

<sup>54</sup> Con l’introduzione di una disciplina Europea comune costituita dal Regolamento CE n. 343/2003, c.d. regolamento Dublino, recentemente modificato nel 2013, e dalla la c.d. direttiva procedure 2005/85/CE, nonché dalla c.d. direttiva qualifiche, Dir. 2011/95/UE.

<sup>55</sup> Da ultimo con la disciplina dei rimpatri. Direttiva 115/2008, c.d. direttiva rimpatri.

## CAPITOLO PRIMO

3, par 2 TUE), funzionale alla realizzazione del mercato interno (art. 26 TFUE), solo per i cittadini comunitari la libera circolazione costituisce oggetto di un diritto espressamente riconosciuto dai Trattati (art. 21, par. 1, TFUE). La circolazione dei cittadini non comunitari è invece condizionata al rispetto di “misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, e l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima” (art. 3, par. 2 TUE)<sup>56</sup>.

Attualmente il diritto di circolare e soggiornare liberamente è riconosciuto in generale a tutti i cittadini europei come attributo specifico della cittadinanza Europea (art. 21 TFUE)<sup>57</sup>, e disciplinato da una direttiva che delinea uno statuto privilegiato rispetto a quello previsto per gli altri stranieri (2004/38/CE)<sup>58</sup>.

La disciplina relativa ai cittadini di Paesi terzi, invece, presenta un’evoluzione molto più lenta<sup>59</sup>, essendo stata inserita nei trattati soltanto nel 1992 con il Trattato di

---

<sup>56</sup> Sul punto v. B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell’Unione Europea*, Padova, 2012, p. 80; M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione Europea* op. cit., p. 45, con rinvio anche a ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione Europea, Parte speciale*, II ed., Torino, 2006, p. 69; e CONDINANZI, LANG, NASCIBENE (a cura di), *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006.

<sup>57</sup> In origine, quando la Comunità europea “era ancora formalmente e sostanzialmente legata all’aggettivazione economica, la libertà di circolazione delle persone aveva una connotazione prevalentemente [...] mercantile” ed era stata riconosciuta in quanto funzionale all’esercizio di attività lavorativa da parte dei cittadini degli Stati membri. Questa concezione si tradusse “nella creazione di un quadro estremamente frammentario”, basato su discipline specifiche in materia di circolazione dei lavoratori subordinati (artt. 48-51 CEE), lavoratori autonomi (artt. 52-58 CEE) e prestatori di servizi (artt. 59-66 CEE), mentre veniva svolto dalla Corte di Giustizia il compito “di dare un’interpretazione il più possibile unitaria per garantire ai diversi beneficiari della libertà di circolazione il suo effettivo godimento senza discriminazioni tra le varie categorie”, B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell’Unione Europea*, Padova, 2012, p. 80.

<sup>58</sup> Attuata in Italia con d.lgs. 30/2007. Sui caratteri di questo statuto privilegiato v. par. 1.5.

<sup>59</sup> Nei primi decenni dell’integrazione comunitaria l’immigrazione non era nemmeno contemplata tra le materie e, fino ai tempi più recenti, ha avuto un’evoluzione relativamente lenta. Le prime decisioni in materia, volte a introdurre misure minimali di tutela dei lavoratori stranieri, obblighi di comunicazione tra Stati e forme concertazione delle reciproche discipline nazionali, furono adottate sulla base dell’art. 188 (ora art. 137 TCE) sulla cooperazione fra Stati in campo sociale. Per una ricostruzione più approfondita di quella che è possibile fare qui si rinvia a M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell’Unione Europea* op. cit.; S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012, p. 9; G. CELLAMARE, *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione Europea*, Torino, 2006. Il primo intervento significativo in questo campo è rappresentato dalla cooperazione avviata da un gruppo ristretto di Stati (Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Olanda) con gli accordi di Schengen a partire dal 1985, la cui disciplina è stata gradualmente estesa a tutti gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno Unito e l’Irlanda. Gli accordi hanno infatti realizzato l’eliminazione dei controlli alle frontiere interne e, di riflesso, instaurato un sistema comune di controllo delle frontiere esterne; in altri termini, nonostante l’obiettivo

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Maastricht, che l'ha collocata tra le materie dell'allora terzo pilastro<sup>60</sup>. Lo snodo fondamentale si è avuto però con il Trattato di Amsterdam del 1997 che ha trasferito la materia all'interno del c.d. primo pilastro, determinando altresì l'incorporazione dell'*acquis* di Schengen<sup>61</sup>.

Da ultimo, anche il Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2008 ha introdotto ulteriori e significative novità in questa materia<sup>62</sup>, facendo confluire di tutte queste discipline sotto le regole generali dell'Unione Europea<sup>63</sup>, definendo le competenze

---

principale fosse di tipo interno, strumentale alla realizzazione del mercato unico, essi hanno avuto ripercussioni importanti anche verso l'esterno, avendo trasformato le frontiere verso i Paesi non aderenti all'accordo Schengen in veri e propri confini esterni di un unico spazio comune di circolazione di merci e persone, ponendo le basi per alcune delle prime disposizioni in materia di immigrazione. Il corpo di regole adottate nell'ambito di quegli accordi (c.d. *acquis* di Schengen) è stato successivamente incorporato nel primo pilastro dell'Unione Europea e "several measures on irregular migration [...] either formed part of this Schengen *acquis* [...] or 'built upon' this *acquis* without actually amending it", S. PEERS, E. GUILD, D. ACOSTA, K. GROENENDIJK, V. MORENO LAX (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012, p. 24. Ad esempio, trovano origine in queste prime basi della materia la disciplina dei permessi di soggiorno uniformi, la cooperazione in materia di esecuzione delle espulsioni e le sanzioni a carico dei vettori (oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi).

<sup>60</sup> Soggetta quindi al metodo intergovernativo anziché comunitario, fatta eccezione per la competenza della Comunità (nell'ambito quindi del primo pilastro) a definire l'elenco dei Paesi terzi ai cui cittadini è richiesto il possesso di un visto per l'ingresso nel territorio dell'Unione.

<sup>61</sup> Fatta salva la possibilità di un'applicazione differenziata per quei Paesi – come il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca – interessati a partecipare in misura minore alla cooperazione in materia. In tema v. C. GABRIELLI, *La partecipazione differenziata del Regno Unito all'acquis di Schengen ed alla Carta dei diritti fondamentali secondo la giurisprudenza della Corte ed il Trattato di Lisbona*. Sempre nel 1999 si è tenuto il Consiglio straordinario di Tampere, che ha formulato conclusioni particolarmente importanti sullo sviluppo di una "politica dell'Unione Europea in materia di asilo e migrazione", cui hanno fatto seguito altri documenti programmatici. Come il programma dell'Aia adottato nel 2004 dal Consiglio europeo per il "rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione Europea", o il c.d. "approccio globale" adottato nel 2005 e teso ad affrontare le cause più profonde dell'immigrazione, anche mediante una più intensa cooperazione con i Paesi di origine e transito, o ancora il patto europeo sull'immigrazione e l'asilo adottato nel 2008 dal Consiglio d'Europa e recepito nel documento strategico della Commissione "Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dei cittadini" del 2009, in cui si indicano le priorità dell'approccio dell'Unione in questa materia, quali l'impegno per l'integrazione e il diritto d'asilo, la lotta all'immigrazione clandestina, il rafforzamento delle frontiere e la cooperazione con i Paesi terzi. Come si vedrà, tutte le principali direttive in materia di immigrazione sono successive a quegli anni.

<sup>62</sup> In tema v. B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, fasc. 4, 2011.

<sup>63</sup> Che sembra assicurare una maggiore unitarietà degli interventi nel settore dell'area di libertà, sicurezza e giustizia; le decisioni in materia sono poi adottate da Parlamento e Consiglio secondo la procedura legislativa ordinaria (e scompare il requisito dell'unanimità previsto prima in certi casi). Nel sistema istituito dal Trattato di Amsterdam, invece, lo spazio di libertà sicurezza e giustizia era costituito da un insieme di politiche diverse, distribuite tra il primo ed il terzo pilastro e, secondo alcuni, questo aveva determinato una certa frammentarietà degli interventi in materia, v. M GESTRI, op. cit., p. 53.

## CAPITOLO PRIMO

dell'Unione in termini piuttosto ampi<sup>64</sup>, e prevedendo inoltre che le politiche dell'Unione in materia di immigrazione siano governate dai principi di “solidarietà” ed “equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri”, in particolare “anche sul piano finanziario”<sup>65</sup>.

A questa stratificazione normativa corrisponde poi una stratificazione sul piano organizzativo, essendo presenti diverse organizzazioni internazionali che esercitano funzioni di coordinamento e controllo in questa materia<sup>66</sup>, oltre che strutture specifiche

---

<sup>64</sup> Affermando che l'Unione sviluppa “una politica comune dell'immigrazione” intesa ad assicurare “in ogni fase” una pluralità di obiettivi – “la gestione efficace dei flussi migratori”, l’“equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri” e la “prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani” – intervenendo in vari settori che tendono a coprire tutte le fasi del percorso migratorio (art. 79 TFUE). I settori di intervento sembrano definiti in modo da coprire tutti i principali profili della materia, ossia: le condizioni di ingresso e soggiorno, le norme sul rilascio di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli per ricongiungimento familiare, la definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro (compresa la circolazione e il soggiorno negli altri Stati membri), l'immigrazione clandestina e il soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare, e infine la lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori. (art. 79, comma 2, TFUE). Ciò che invece resta espressamente riservato agli Stati è “il diritto” di determinare il volume di ingresso dei cittadini di paesi terzi per motivi di lavoro dipendente o autonomo, ossia pianificare l'immigrazione economica nel proprio territorio in base alle rispettive esigenze.

<sup>65</sup> Il principio di solidarietà stabilisce, molto in generale, una regola di condivisione di benefici ed oneri da parte degli Stati membri dell'Unione Europea tra di loro, che trova applicazione ad una varietà di livelli e di settori di intervento all'interno dell'Unione. In generale v. M. G. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL, *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010. Alcune sue manifestazioni nel settore dell'immigrazione sono costituite dai programmi quadro di finanziamento, dalla cooperazione amministrativa nell'ambito di Frontex e dalla disciplina comune del diritto d'asilo, volta a ripartire gli oneri di accoglienza tra i vari Stati membri. Sul tema v. M. BELL, *Irregular, Migrants: beyond the limits of solidarity?*, in M. G. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL, op. cit., pp. 151-165. Il “Framework programme on solidarity and management of migration flows for the period 2007-2013”, della consistenza di 5866 milioni di euro, è stato istituito dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento COM (2005) 123, con l'obiettivo di istituire un meccanismo di solidarietà finanziaria in relazione a quattro oggetti: il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne, il rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi presenti illegalmente nel territorio, l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi residenti in esso e il diritto d'asilo. Il Programma prevede l'istituzione di vari fondi mirati (oltre al Fondo per le frontiere, anche il Fondo per i rifugiati, il Fondo per l'Integrazione ed il Fondo per i rimpatri, su cui v. par. 1.4) e l'assegnazione di finanziamenti specifici per l'Agenzia Frontex (285.1 milioni di euro) la creazione di banche dati su larga scala (900 milioni di euro) e l'istituzione di un Osservatorio Europeo per l'Immigrazione (62.3 milioni di euro).

<sup>66</sup> Oltre all'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati, le cui competenze sono strettamente collegate all'attuazione della Convenzione di Ginevra, rileva in modo particolare l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, istituita nel 1951 con lo scopo di assistere gli Stati nella gestione dei flussi migratori, soprattutto in casi di maggiore difficoltà ed emergenza. Di recente, ad esempio, l'OIM è intervenuta di recente in relazione alla c.d. emergenza Nord-Africa del 2011, per assistere Paesi come l'Italia nella gestione dello straordinario afflusso di migranti giunti nell'arco di pochi mesi da quelle regioni.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU anche a livello Europeo (ad esempio l'Agazia Frontex<sup>67</sup>, la Rete Europea sulle Migrazioni<sup>68</sup>, e l'Agazia europea dei diritti fondamentali)<sup>69</sup>.

Sul piano della disciplina sostanziale, invece, uno degli effetti più interessanti di questa stratificazione è quello della differenziazione dello statuto amministrativo dello straniero, il quale risulta soggetto ad una varietà di discipline diverse, a seconda della propria nazionalità o della propria condizione personale o familiare.

La necessità di adeguare l'ordinamento nazionale alla produzione normativa sovranazionale, in particolare di fonte europea, è inoltre all'origine dei frequenti interventi normativi in questo settore, soprattutto negli anni recenti<sup>70</sup>.

La frequenza delle riforme che si susseguono in questo settore, peraltro, costituisce al tempo stesso una caratteristica generale di questo settore – non specifica dell'Italia, ma comune a diversi ordinamenti – anche in ragione dei diversi obiettivi politici che, con l'alternarsi dei governi, vengono ad esercitarsi su questa materia.

L'abbondanza di produzione normativa riflette altresì un altro tratto comune della disciplina dell'immigrazione, costituito dalla intrinseca difficoltà, per gli Stati, di regolare un fenomeno sociale mutevole e complesso come quello migratorio.

Da un certo punto di vista, infatti, il problema dell'effettività degli istituti giuridici, di cui già si è detto in relazione alle tutele giurisdizionali dello straniero,

---

<sup>67</sup> Con compiti di formazione, assistenza amministrativa e coordinamento in relazione alle operazioni di pattugliamento delle frontiere esterne dell'Unione (aeree, marittime e terrestri). Istituita con decreto del Consiglio Europeo 2007/2004 con sede in Polonia (stato di recente adesione, collocato ai confini esterni dell'Unione).

<sup>68</sup> Svolgente attività di ricerca e informazione a favore delle istituzioni dell'Unione, degli Stati membri e del pubblico più in generale. Istituita con Decisione del Consiglio dell'UE n. 381 del 14 maggio 2008. La rete è costituita da un insieme di punti di contatto nazionali (istituiti presso i Ministeri degli interni, della giustizia o presso istituti di ricerca o organizzazioni non governative) coordinata dalla Commissione Europea.

<sup>69</sup> Organo amministrativo con funzioni di ricerca, informazione, redazione di pareri e conclusioni su argomenti relativi all'attuazione dei diritti umani in Europa, inclusi alcuni profili del settore dell'immigrazione. L'Agazia è stata istituita con regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007. Tra le pubblicazioni più rilevanti in questa sede v. AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Giugno 2013; FRA, *Solidarity and Frontex: fundamental rights challenges*, Report, August 2013; FRA *Symposium report - Promoting the rule of law in the EU Conference Paper*, 2013.

<sup>70</sup> D. Lgs. 5/2007, attuativo della direttiva 2003/86 in materia di ricongiungimento familiare. D.Lgs. 3/2007, attuativo della direttiva 2003/109 in materia di soggiornanti di lungo periodo. D.L. 23-6-2011 n. 89, per l'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari.

## CAPITOLO PRIMO

permea in realtà tutta la materia, la quale tenta di disciplinare un fenomeno sociale che, per sua stessa natura, tende a sfuggire agli sforzi regolatori dello Stato<sup>71</sup>.

A queste difficoltà di assicurare l'effettiva applicazione delle norme in materia, i singoli ordinamenti fanno fronte approntando una notevole varietà di strumenti.

Ad esempio, gli Stati sviluppano strategie mirate sul piano della prevenzione (quali lo svolgimento di funzioni di controllo in sede extraterritoriale, anche in collaborazione con altri Stati, al fine di prevenire gli ingressi illegali), sul piano dei controlli (ad esempio ampliando gli strumenti istruttori dell'amministrazione, oppure coinvolgendo nelle funzioni amministrative di controllo anche diversi soggetti privati, le cui attività economiche sono in qualche modo collegate con la presenza degli stranieri sul territorio<sup>72</sup>), sul piano dell'esecuzione (ad esempio permettendo all'amministrazione di intervenire con provvedimenti esecutori, anche limitativi della libertà personale), e infine sul piano delle sanzioni (in casi estremi si ricorre allo strumento penale per sanzionare comportamenti contrari alla disciplina dell'immigrazione, sia da parte degli stranieri, sia da parte dei soggetti privati cui sono assegnate responsabilità in materia).

Per quanto riguarda la natura della regolazione, invece, l'effettività della disciplina è perseguita in vari modi, anche attraverso modulazioni particolari del rapporto tra legge e provvedimento.

In certi casi, infatti, il legislatore prevede discipline vincolanti ed automatiche che tendono, secondo le logiche della stretta legalità, ad eliminare o ridurre notevolmente i margini di apprezzamento degli operatori (amministrazioni e giudici). In questo modo si persegue l'obiettivo di una maggiore oggettività e prevedibilità dell'applicazione della legge (che, sul versante delle tutele, può talvolta comportare una riduzione dei margini di

---

<sup>71</sup> Sintomi di questa difficoltà sono, ad esempio, le molte sanatorie che nel corso degli anni sono state approvate per regolarizzare gli stranieri presenti sul territorio per ragioni di lavoro. Un altro esempio è costituito dalla difficoltà di dare seguito ai decreti di espulsione, che spesso rimangono a lungo ineseguiti. Come si sottolinea in dottrina infatti "il numero degli stranieri 'effettivamente' espulsi, che hanno cioè lasciato il territorio nazionale è, per una varietà di cause (difficoltà di identificazione dello straniero, sua mancata collaborazione o mancata collaborazione del Paese verso cui deve essere rimatriato), ampiamente inferiore alla metà del numero di espulsioni decretate", B. NASCIBENE, *Orientamenti e norme nazionali in materia di immigrazione. L'incidenza del diritto internazionale e comunitario, le iniziative di riforma*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc. 3-4, p. 742.

<sup>72</sup> Si tratta, ad esempio, dei datori di lavoro che assumono lavoratori stranieri, oppure dei vettori che eseguono trasporti transfrontalieri, nonché di una serie di altre attività economiche e culturali rispetto alle quali vengono previste una serie di responsabilità e obblighi specifici (di documentazione, informazione e prestazione di garanzie), che hanno la funzione di assistere ed adiuvarne l'attività di controllo sugli stranieri immigrati da parte dell'amministrazione.

contestabilità delle singole decisioni, anche in sede giurisdizionale, stante la stretta vincolatività delle singole fattispecie).

In altri casi, invece, l'effettività è perseguita in modo opposto, prevedendo margini di apprezzamento molto ampi per l'amministrazione, sia nella selezione dell'*an* dell'intervento amministrativo (ad esempio con presupposti normativi definiti da clausole generali come "ordine pubblico", "sicurezza nazionale", "pericolosità sociale"), sia nella definizione del *quomodo* (ad esempio autorizzando di fatto l'esercizio di poteri atipici per far fronte ad esigenze e situazioni, anche di emergenza, ritenute non prevedibili in sede legislativa). Sul versante delle tutele si può realizzare anche qui una diminuzione dei margini di contestabilità della scelta amministrativa in sede giurisdizionale (motivata però, a differenza che nelle ipotesi precedenti, dalla mancanza di precisi parametri normativi per l'esercizio del sindacato stesso).

La legislazione italiana degli ultimi anni offre una varietà di esempi di questo tipo.

Con la "legge Bossi-Fini" (l. 30 luglio 2002, n. 189), ad esempio, è stato ampliato il ricorso allo strumento penale, sia a carico dello straniero, in particolare nella fase di espulsione<sup>73</sup>, sia a carico di chi favorisca il suo ingresso o soggiorno illegale<sup>74</sup>, ma sono anche stati rafforzati i poteri di ispezione e controllo delle autorità di frontiera, anche richiedendo il rilascio delle impronte digitali dello straniero<sup>75</sup>, mentre in relazione ai soggiorni, invece, è stato rafforzato il legame tra permesso di soggiorno per motivi di lavoro e contratto di lavoro (così rafforzando anche il ruolo del datore di lavoro nella funzione di controllo sull'immigrazione)<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> L'inottemperanza all'intimazione di lasciare il territorio, provvedimento con cui si chiude un procedimento di espulsione infruttuoso, nel sistema della l. Bossi-Fini è punita con l'arresto da sei mesi a un anno (e coloro che persistano nell'inottemperanza sono puniti con la reclusione da uno a quattro anni). Sulle modifiche imposte in questa materia dalla sentenza *El Dridi* della Corte di Giustizia, v. *infra*.

<sup>74</sup> Attraverso un ampliamento della fattispecie nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

<sup>75</sup> V. par. 1.2.

<sup>76</sup> Con l'introduzione del contratto di soggiorno e con la riduzione da un anno a sei mesi, per il caso di perdita del lavoro, del periodo residuo allo scadere del quale lo straniero senza lavoro è tenuto a lasciare il Paese. A commento v. M. D'APRILE, *La legge Bossi Fini sull'immigrazione: premesse generali*, in *Giur. di Merito*, 2004, p.13; R. FINOCCHI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 1, 5; M. CERASE, *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "legge Bossi-Fini"*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2002, 11, 1326. In relazione alle espulsioni viene introdotta una disciplina più restrittiva (che si fonda sull'immediata esecutività del provvedimento e vede l'accompagnamento forzato come modalità principale di esecuzione). Vengono ampliati i limiti temporali per il trattenimento amministrativo. In relazione agli ingressi si modifica la disciplina dei visti (ad esempio introducendo un'eccezione generale al principio di motivazione).

## CAPITOLO PRIMO

Un altro ordine di interventi si è avuto con l'approvazione d'urgenza della normativa anti-terrorismo nel 2005 (d.l. 144/2005, c.d. decreto Pisanu) che ha inciso soprattutto sui poteri investigativi e di controllo delle forze di polizia e, per quanto riguarda la materia dell'immigrazione nello specifico, sulla disciplina delle espulsioni, con l'introduzione di una fattispecie speciale di espulsione ministeriale per lo straniero sospetto di terrorismo<sup>77</sup>.

Esplicitamente ispirati a ragioni di sicurezza sono poi gli interventi introdotti con i c.d. "pacchetti sicurezza" del 2008 e 2009, che hanno introdotto un ulteriore ampliamento delle fattispecie penali collegate al controllo dell'immigrazione, sia a carico dello straniero (il reato di immigrazione clandestina e l'aggravante di clandestinità), sia a carico di altri soggetti (la cessione di immobile allo straniero irregolare e l'inasprimento della fattispecie del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), un ulteriore ampliamento del termine massimo di trattenimento nei centri di detenzione, requisiti ulteriori in tema di soggiorno nel territorio (con l'introduzione dell'accordo di integrazione tra lo straniero lo Stato)<sup>78</sup>, e norme più rigide in tema di ricongiungimento familiare<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> D.L. 27-07-2005, n. 144, convertito in legge con L. 31-07-2005, n. 155. A commento v. L. FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2005, 10, 1204; A. VALSECCHI, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale* *Dir. Pen. e Processo*, 2005, 10, p. 1204. La fattispecie dell'espulsione è approfondita al par. 1.4.

<sup>78</sup> Si tratta di un requisito obbligatorio per il rilascio del permesso di soggiorno. L'accordo è concluso tra lo Stato italiano, nella persona del Prefetto competente per territorio, e lo straniero stesso, che è tenuto a sottoscriverlo obbligatoriamente alla momento della richiesta del permesso di soggiorno. Con la firma lo straniero si impegna a perseguire determinati obiettivi di integrazione nella società italiana, da conseguire attraverso un sistema di crediti, che lo straniero può guadagnare mediante l'acquisto di conoscenze linguistiche e lo svolgimento di altre attività di formazione, oppure perdere se risulta oggetto di misure di sicurezza o commette determinati reati o illeciti amministrativi. La perdita totale dei crediti costituisce poi motivo di revoca o di rifiuto del rinnovo del permesso. Da un certo punto di vista, l'accordo è costruito secondo una disciplina simile a quella della c.d. patente a punti, disciplinando i poteri discrezionali di espulsione dello straniero. Tuttavia, poiché l'amministrazione conserva il potere di espellere lo straniero anche sulla base di criteri diversi rispetto alla perdita dei punti, l'effetto netto, più che altro, sembra quello di prevedere per lo straniero soltanto un requisito formale ed oneri ulteriori per la presenza nel territorio.

<sup>79</sup> Si tratta, rispettivamente, del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella l. 24 luglio 2008, n. 125 e l. 15 luglio 2009, n. 94. In tema v. S. CENTONZE, *Sicurezza e immigrazione, la nuova disciplina dell'immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, 2009 e P. SCOGNAMIGLIO, *Commento organico alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di pubblica sicurezza)*, Napoli, 2009; M. Di FILIPPO, *Il ricongiungimento familiare tra le strette maglie del pacchetto sicurezza*, 26.06.2008, [www.nelmerito.it](http://www.nelmerito.it).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Negli anni più recenti, invece, gli interventi del legislatore sono stati più limitati, ma è stato comunque previsto un rinnovato impegno nei rapporti di collaborazione con Stati terzi, in particolare la Libia<sup>80</sup>.

La varietà di esempi illustrati permette di anticipare come, nella prospettiva della tutela dei diritti umani (e più precisamente, per quel che qui interessa, dei diritti della CEDU), uno dei problemi che si pone è quello di stabilire la compatibilità di tali istituti con gli *standard* procedurali e processuali di tutela dei diritti umani.

Peraltro, si avrà modo di vedere che la stessa effettività dei diritti CEDU viene ottenuta secondo tecniche non del tutto dissimili da quelle che si sono appena descritte. Infatti, anche per assicurare il rispetto dei diritti umani da parte delle amministrazioni si agisce su più livelli, sia sviluppando nuovi strumenti (giurisdizionali e non<sup>81</sup>) di controllo e sanzione a carico dei soggetti che violano gli obblighi di tutela dei diritti umani, sia intervenendo in vario modo nel rapporto tra legge e provvedimento<sup>82</sup>.

### 3. *La fase dell'ingresso nel territorio*

L'ingresso dello straniero nel territorio nazionale costituisce una fase particolarmente complessa del percorso migratorio, che coinvolge una varietà di funzioni amministrative, di programmazione (che interessa in modo specifico gli ingressi per motivi di lavoro)<sup>83</sup>, e di controllo (i controlli alla frontiera e il rilascio dei visti).

Trattandosi di una fase divenuta cruciale per la prevenzione degli ingressi non autorizzati nello spazio Schengen, il diritto dell'Unione Europea interviene con una grande varietà di strumenti: uniformando la disciplina del procedimento di rilascio dei visti di breve durata e trasferendo a livello comunitario la competenza a decidere l'elenco

---

<sup>80</sup> Oggetto di approfondimento al par. 1.2.

<sup>81</sup> Uno degli effetti della CEDU, come si vedrà, è quello di favorire lo sviluppo di controlli amministrativi e giurisdizionali sui provvedimenti che incidono sui diritti umani dello straniero.

<sup>82</sup> Come si vedrà, infatti, i parametri della CEDU si prestano, da un lato, a limitare i margini di utilizzo, da parte del legislatore, della tecnica della stretta legalità (ampliando per converso i margini di contestabilità delle decisioni amministrative) e, dall'altro lato, a fornire criteri di sindacato per il potere amministrativo anche nelle ipotesi di potere ampiamente discrezionale.

<sup>83</sup> Essa viene realizzata dall'esecutivo su due livelli: il documento programmatico triennale, che individua i criteri in base ai quali verrà determinato il numero di soggetti stranieri ammessi sul territorio (la redazione di questo documento spetta al Presidente del Consiglio dei Ministri) e il c.d. "decreto flussi", mediante il quale si fissano le quote massime di ingressi per lavoro subordinato ed autonomo, tenendo conto delle esigenze familiari per i ricongiungimenti e delle esigenze di protezione internazionale. S. CASTELLAZZI, cit., p. 216.

## CAPITOLO PRIMO

dei Paesi terzi i cui cittadini richiedono il visto per l'ingresso<sup>84</sup>, disciplinando i controlli alle frontiere esterne con il c.d. "codice frontiere"<sup>85</sup>, introducendo specifiche responsabilità in capo ai vettori rispetto ai passeggeri stranieri<sup>86</sup>, favorendo la cooperazione amministrativa tra Stati (sia tra Paesi membri, a livello istruttorio<sup>87</sup>, ed operativo<sup>88</sup>, sia con Paesi terzi<sup>89</sup>), e infine prevedendo finanziamenti mirati a favore degli Stati<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Regolamento sui visti (CE) n. 539/2001, Codice dei visti, regolamento (CE) n. 810/2009. Sono esenti dall'obbligo di visto i cittadini comunitari, i richiedenti asilo e i rifugiati (art. 10), i detentori di un permesso di soggiorno rilasciato da altro Paese UE, purché si tratti di soggiorno inferiore a tre mesi (art. 21 convenzione applicativa Schengen). Per i soggiorni inferiori a 90 giorni sono equiparati ai visti italiani quelli rilasciati da altri Paesi dell'Area Schengen, e sono esenti dall'obbligo di visto i soggetti in possesso di un permesso di soggiorno di un altro Paese dell'Unione Europea. Oltre 90 giorni diventa comunque obbligatorio il possesso di un visto.

<sup>85</sup> Regolamento (CE) n. 562/2006.

<sup>86</sup> La materia è stata introdotta dall'art. 26 della convenzione di Schengen, cui è stata data attuazione con direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001. Gli obblighi in capo ai vettori sono di due tipi: da un lato accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima sia in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nei territori delle Parti contraenti e, dall'altro lato, prendere in carico lo straniero cui sia rifiutato l'ingresso, per ricondurlo nel Paese dal quale è stato trasportato (o in altro Paese stabilito dalla norma). La direttiva afferma che le sanzioni pecuniarie previste dagli Stati debbano essere "dissuasive, efficaci e proporzionate" e stabilisce alcuni parametri massimi e minimi che essi devono rispettare (art. 4).

<sup>87</sup> Sotto il profilo della cooperazione amministrativa tra Stati, inoltre, l'Unione Europea è intervenuta soprattutto sugli strumenti istruttori dell'amministrazione, realizzando banche dati e prevedendo procedimenti di scambio di informazioni tra le amministrazioni degli Stati membri, mediante il Sistema d'informazione Schengen, c.d. SIS. Il SIS è una grande banca dati comune, cui gli Stati partecipanti inseriscono le cosiddette "segnalazioni", che contengono vari dati (su persone ricercate o scomparse, oggetti smarriti o rubati) inclusi, per quanto interessa al settore dell'immigrazione, i divieti di ingresso. Tali informazioni sono immediatamente accessibili a tutti i funzionari di polizia e alle autorità che svolgono compiti di tutela dell'ordine pubblico e di lotta alla criminalità. La versione oggi vigente è detta SIS II, istituita a norma delle disposizioni del regolamento (CE) n. 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e della decisione 2007/533/GAI del Consiglio, in sostituzione del sistema d'informazione Schengen di prima generazione, operativo dal 1995 ed esteso nel 2005 e nel 2007. Un altro intervento sotto questo profilo è la creazione del Sistema di informazione visti, c.d. VIS. Il VIS è un sistema di scambio di dati relativi ai visti di ingresso nello Spazio Schengen, istituito dalla Decisione del Consiglio 2004/512/EC, a supporto delle procedure relative ai visti e ai controlli ai valichi di frontiera esterni. Nel sistema sono inseriti i dati anagrafici e biometrici delle persone richiedenti il visto, che sono rese accessibili agli uffici consolari ed ai valichi di frontiera esterni degli Stati Schengen. Nel campo della cooperazione amministrativa è altrettanto rilevante l'EURODAC, banca dati delle impronte digitali di tutte le persone che hanno presentato richiesta d'asilo in un Paese Europeo (materia che come si è detto fuoriesce dal campo della presente analisi).

<sup>88</sup> In questo quadro è stata istituita una rete di c.d. "funzionari di collegamento (liaison officers), ossia rappresentanti di uno degli Stati membri distaccati presso le autorità consolari nazionali degli Stati membri situate nei paesi terzi o presso le pertinenti autorità di altri Stati membri, ma anche presso organizzazioni internazionali, allo scopo di instaurare e di mantenere contatti con le autorità del paese ospitante per contribuire alla prevenzione dell'immigrazione illegale e alla lotta contro tale fenomeno, al rimpatrio di

### 3.1 Il rilascio dei visti d'ingresso

Attraverso il requisito del visto di ingresso gli Stati esprimono la volontà di effettuare un controllo più approfondito sul possesso dei requisiti di ingresso da parte di certe categorie di stranieri. Dal punto di vista organizzativo la funzione di rilasciare i visti è trasferita ad amministrazioni periferiche dello Stato, che operano nei Paesi di provenienza degli stranieri (i consolati e le ambasciate), per assicurare che il controllo sia

---

clandestini e alla gestione dell'immigrazione regolare. REGOLAMENTO (CE) N. 377/2004 DEL CONSIGLIO del 19 febbraio 2004 relativo alla creazione di una rete di funzionari di collegamento incaricati dell'immigrazione. Tra le funzioni dei funzionari di collegamento vi è inoltre quella di assistere il personale delle compagnie di trasporto nella funzione di controllo sugli ingressi di stranieri. Un altro importante profilo della cooperazione tra Stati in questo settore è poi costituito dalle operazioni di pattugliamento congiunte nell'ambito delle missioni Frontex. Di particolare interesse per l'Italia, da questo punto di vista, è il graduale rafforzamento, anche in termini di mezzi e finanziamenti, delle operazioni di pattugliamento delle frontiere marittime anche mediterranee. In tema v. S. TREVISANUT, *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008 fasc. 2, pp. 367 – 388. Frontex dispone inoltre, per le situazioni di emergenza in cui uno Stato membro sia colpito da uno straordinario afflusso di migranti che non sia in grado di gestire, di un meccanismo di intervento rapido (detto RABIT) attivabile su richiesta dello Stato in difficoltà, che permette di mettere in campo squadre di intervento composte da personale e mezzi messi a disposizione dagli Stati membri. Il meccanismo, istituito con Regolamento del Consiglio 863/2007, costituisce una delle attuazioni del principio di solidarietà tra Stati membri ed è stato attivato per la prima volta nel 2010, su richiesta della Grecia in relazione all'afflusso di migranti provenienti dalla Turchia. V. S. CARRERA, E. GUILD, *Joint Operation RABIT 2010' – FRONTEX Assistance to Greece's Border with Turkey: Revealing the Deficiencies of Europe's Dublin Asylum System*, in Center for European Policy Studies, November 2010, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu). Nel contesto di un'operazione Frontex o RABIT gli Stati membri dell'UE mantengono in ogni caso la responsabilità delle loro azioni (o omissioni).

<sup>89</sup> Sotto il profilo dei rapporti internazionali, l'Unione promuove infatti la conclusione di trattati bilaterali con Paesi terzi che, pur avendo come oggetto principale la disciplina dei rimpatri (come si vedrà), prevedono altresì una semplificazione del procedimento di rilascio dei visti per i rispettivi cittadini. Si tratta degli accordi di riammissione. V. cap. 1.5.

<sup>90</sup> Questo obiettivo si realizza attualmente nell'ambito del Programma quadro sulla solidarietà e la gestione dei flussi migratori (cit. *supra*), tra i cui obiettivi principali vi è il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione attraverso l'istituzione del Fondo Europeo per le frontiere esterne, la cui attuazione risulta affidata a programmi annuali e pluriannuali approvati dalle autorità nazionali con il consenso della Commissione Europea. Il fondo ha, tra i propri obiettivi, l'organizzazione efficiente dell'attività di controllo e sorveglianza delle frontiere esterne e la gestione efficiente dei relativi flussi di persone (con il duplice scopo di assicurare, sia un elevato livello di protezione, sia la facilitazione dell'attraversamento conformemente all'*acquis* di Schengen), l'applicazione uniforme della normativa comunitaria sull'attraversamento delle frontiere esterne ed il miglioramento della gestione dei servizi degli Stati membri nei paesi terzi, a partire da quelli consolari. L'autorità responsabile del Fondo è una persona nominata con decreto del Ministro dell'Interno, incaricata di approvare i programmi annuali e pluriannuali da sottoporre alla Commissione.

## CAPITOLO PRIMO

svolto in un momento che precede l'ingresso fisico dello straniero nel territorio, secondo una logica preventiva<sup>91</sup>.

I visti si distinguono per le diverse ragioni per le quali può essere intrapreso il viaggio (per motivi di lavoro, di studio, o per ricongiungimento familiare, per visita turistica, transito o altro tipo)<sup>92</sup>, nonché per la durata del soggiorno autorizzato<sup>93</sup>.

I requisiti richiesti per il rilascio sono sia oggettivi (come il rispetto delle quote di ingresso per i visti di lavoro) che soggettivi (di tipo economico e di tipo morale)<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Per questo motivo il procedimento per l'ottenimento del visto non può essere avviato da soggetti che si trovino già nel territorio italiano e vi si trovino in stato irregolare, essendoci entrati in violazione delle norme sull'ingresso (TAR Campania 739/2006; Cass. 5668/2003), P. SCEVI, *Diritto delle migrazioni*, Piacenza 2010, p. 87. Il visto può quindi essere rilasciato alla frontiera soltanto in casi eccezionali – ossia per soggetti che non abbiano avuto la possibilità di chiedere un visto in precedenza, o per esigenze particolari come il pernottamento in zone adiacenti agli aeroporti, per visite brevi per motivi turistici – ed in ogni caso per periodi di tempo molto brevi (massimo dieci giorni per visti di ingresso e cinque per visti di transito), Art. 5 d.p.r. V. art. 4, comma 3 t.u. imm. e S. CASTELLAZZI, p. 379.

<sup>92</sup> La disciplina europea distingue quattro tipi di visto: di tipo A per transito aeroportuale, di tipo B per transito con validità massima di 5 giorni, di tipo C per soggiorni di breve durata o viaggio, con validità massima di 90 giorni (che attribuiscono il diritto all'ingresso in tutti i Paesi dell'area Schengen, indipendentemente dal Paese che li ha rilasciati e per questo sono disciplinati dal codice comunitario dei visti) e i visti di tipo D per soggiorni superiori a 90 giorni, detti visti nazionali in quanto rilasciati sulla base della disciplina nazionale, che hanno effetto soltanto nel territorio dello Stato che li ha rilasciati. Rispetto a questi ultimi, il legislatore italiano è intervenuto con il decreto del Ministero degli Affari Esteri "Definizione delle tipologie dei visti d'ingresso e dei requisiti per il loro ottenimento", del 12 luglio 2000, successivamente sostituito dal D.M. 11 maggio 2011, che definisce i diversi tipi di visto a seconda dei motivi dell'ingresso: per adozione, affari, cure mediche, visto diplomatico, per familiare al seguito, per gara sportiva, per invito, per lavoro autonomo, lavoro subordinato, missione, motivi religiosi, reingresso, residenza elettiva, ricongiungimento familiare, studio, transito aeroportuale, transito, trasporto, turismo, vacanze-lavoro.

<sup>93</sup> Trascorsa la quale diventano obbligatori, a seconda del tipo di visto, l'uscita dal territorio, oppure la richiesta di un permesso di soggiorno, di regola per lo stesso motivo previsto dal visto.

<sup>94</sup> Per quanto riguarda i primi, è previsto che lo straniero debba dimostrare la disponibilità di mezzi di sussistenza idonei. La direttiva 1° marzo 2000 (Definizione dei mezzi di sussistenza per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato) stabilisce quantitativi minimi parametrati sull'importo annuo dell'assegno sociale e sull'importo richiesto per il contributo di iscrizione al servizio sanitario nazionale, così riducendo i margini di discrezionalità per la pubblica amministrazione. In generale, inoltre, l'amministrazione dovrà valutare gli altri elementi rilevanti per il c.d. "rischio migratorio", dove i margini di discrezionalità sono invece più evidenti. In materia di ricongiungimento familiare lo straniero deve inoltre dimostrare il possesso di risorse sufficienti anche per sostenere la propria famiglia e di essere in possesso di idonea abitazione. Si richiede inoltre il possesso di un idoneo alloggio per il periodo di soggiorno. Il visto per affari e il visto per turismo, ad esempio, richiedono entrambi la disponibilità di un alloggio (per l'integrazione del quale può anche bastare una semplice prenotazione alberghiera). Nel caso di visto per familiare al seguito e per ricongiungimento familiare, invece, il requisito è molto più articolato, in quanto deve trattarsi di un alloggio idoneo ad ospitare i familiari, che presenti una serie di requisiti igienico-sanitari fissati in appositi atti dell'amministrazione [...] e verificati dalle competenti amministrazioni comunali. In particolare, per i visti turistici o comunque di breve durata l'obiettivo specifico è quello di individuare i casi in cui il viaggio sia intrapreso dallo straniero per fini migratori, in

In certi casi tali requisiti conferiscono un margine di discrezionalità all'amministrazione, mentre in altri operano come impedimenti automatici (come ad esempio l'esistenza di una segnalazione Schengen, che viene considerata automaticamente preclusiva)<sup>95</sup>.

Dal punto di vista dell'amministrazione la decisione sul visto di ingresso appare quindi articolata, poiché presuppone valutazioni amministrative composite, che includono, tanto profili di discrezionalità amministrativa<sup>96</sup>, e di discrezionalità tecnica<sup>97</sup>, quanto profili di attività vincolata<sup>98</sup>, oltre ad accertamenti su questioni di fatto e di diritto del tutto particolari – quali lo *status* delle persone, la loro identità, le qualità anagrafiche e i rapporti di coniugio<sup>99</sup>.

---

elusione delle apposite norme. Si tratta della valutazione del c.d. “rischio migratorio”, di cui all’art. 21 del codice Schengen. Per quanto riguarda i requisiti morali, invece, risultano previste sia clausole generali, come il fatto di non costituire una “minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato”, sia preclusioni specifiche, come l’aver presentato documentazione falsa o contraffatta a sostegno della domanda di visto (che comporta automaticamente, oltre alle relative responsabilità penali, l’inammissibilità della domanda), l’essere stati espulsi dal territorio, l’essere stato oggetto di una segnalazione nel Sistema Informatico Schengen (per il rilascio dei visti di breve durata il codice visti richiede che lo straniero non sia oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per motivi di l’ordine pubblico, sicurezza interna o salute pubblica art. 21), o l’aver commesso certi tipi di reato (art. 4 t.u.imm). Queste ultime non operano per lo straniero per il quale sia richiesto il ricongiungimento, tranne se rappresenti una minaccia – specificamente qualificabile come “concreta e attuale” – per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

<sup>95</sup> TAR Lazio, I, n. 14628/2004; TAR Umbria n. 260/2005; T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 07-04-2011, n. 3105; T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 28-01-2009, n. 836; Idem T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater Sent., 26-02-2008, n. 1706. T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 27-07-2006, n. 1572 [...].

<sup>96</sup> Come la valutazione sul fatto che lo straniero costituisca una “minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato”.

<sup>97</sup> Come potrebbe forse qualificarsi la valutazione in ordine allo stato di salute del soggetto, nel procedimento di visto per cure mediche.

<sup>98</sup> Come l’esistenza di clausole preclusive automatiche (ad esempio in relazione alla commissione di certi tipi di reati).

<sup>99</sup> Nel procedimento sul visto per familiari a carico o per ricongiungimento, i rapporti di parentela possono essere provati con l’esame del DNA, effettuato a spese degli interessati (art. 29, comma 1 bis t.u. imm.), e l’età può essere determinata attraverso l’esame densitometrico osseo (Cass. civ. Sez. I, 25-01-2007, n. 1656). Molto particolare anche la verifica del carattere eventualmente fittizio del matrimonio (art. 29, comma 9 t.u.), in relazione al quale si riconoscono poteri istruttori molto ampi, essendo ammissibile qualsiasi tipo di prova, v. L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit, p. 102.

## CAPITOLO PRIMO

Tali valutazioni, inoltre, richiedono l'intervento di provvedimenti amministrativi endo-procedimentali di amministrazioni diverse, con le quali i consolati devono coordinarsi nell'ambito di procedimenti amministrativi composti<sup>100</sup>.

In certi casi, inoltre, risulta necessario un coordinamento con le amministrazioni di altri Stati, come quelle dello Stato di provenienza dello straniero (ad esempio per verificare la correttezza dei suoi dati anagrafici), o quelle di altri Paesi dell'area Schengen, nell'ambito della cooperazione di polizia basata sul SIS<sup>101</sup>.

All'interno del procedimento può inoltre essere richiesto l'intervento di soggetti esterni all'amministrazione, anche privati, i cui legami personali o economici con lo straniero costituiscono il motivo per la sua permanenza sul territorio (ad esempio i datori di lavoro)<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> Ad esempio, nel caso del visto per ricongiungimento familiare e del visto per familiare a carico, lo straniero si rivolge allo sportello unico per l'immigrazione, che rilascia una ricevuta della domanda ed inoltra una richiesta di nulla osta alla Questura, la quale deve rispondere entro 180 giorni. Nel caso in cui tale termine non sia rispettato, le autorità consolari rilasciano comunque il visto di ingresso, dandone comunicazione, in via telematica, allo Sportello unico (v. art. 29 t.u. imm. e art. 6 D.P.R. 31-8-1999 n. 394). La verifica dei presupposti – di parentela, coniugio, minore età o inabilità al lavoro e di convivenza (anche come elementi per la sussistenza della condizione economica della “vivenza a carico” del richiedente il ricongiungimento) – spetta comunque all'autorità consolare, che ben può disattendere la valutazione espressa al riguardo dalla Questura (Cass. Civ. Sez. I, sent. n. 209 del 05-01-2005). Anche nel caso del nulla osta del centro per l'impiego per il permesso per motivi di lavoro il richiedente il visto (ossia il datore di lavoro) deve recarsi allo sportello unico per l'immigrazione, che inoltrerà la richiesta di nulla osta al centro per l'impiego, che dovrà verificare il rispetto delle quote e la mancanza di disponibilità di lavoratori di nazionalità italiana per il posto di lavoro richiesto (art. 22 t.u. imm.). Il visto potrà essere rilasciato allo straniero soltanto in caso di esito positivo di tali verifiche. Per i visti per motivi di studio si prevede il coinvolgimento del Ministero dell'Istruzione o dell'Università. Il visto per adozione richiede invece un nulla osta da parte della Commissione per le Adozioni Internazionali. Il visto per cure mediche richiede la presentazione di documentazione sanitaria (a volte rilasciata da strutture sanitarie all'estero). Il visto diplomatico richiede un nulla osta da parte del servizio del cerimoniale del Ministero degli Affari Esteri.

<sup>101</sup> Costituisce causa ostativa al rilascio del visto il fatto di essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza “di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone”, (art. 4 comma 3 t.u.imm.).

<sup>102</sup> L'intervento di questi soggetti si giustifica, da un lato, con la necessità di verificare il possesso, anche da parte loro, di una serie di requisiti economici e morali e, dall'altro lato, con la necessità di ottenere dagli stessi la prestazione di una serie di garanzie in relazione alla presenza dello straniero sul territorio. L'esempio principale è quello del datore di lavoro, che nel procedimento di richiesta del visto di ingresso per lavoro subordinato deve non soltanto avanzare egli stesso la richiesta di visto, ma anche garantire una certa capacità economica, assicurare l'osservanza del contratto di lavoro di categoria e, infine, assumere una serie impegni nei confronti dello Stato italiano, relativi alla garanzia di disponibilità di un alloggio idoneo per il lavoratore straniero e all'impegno al pagamento delle spese di viaggio per il suo rientro nel Paese di provenienza. Fino al 2011 tali impegni erano assunti attraverso la sottoscrizione di un contratto apposito c.d. contratto di soggiorno, tuttora disciplinato dall'art. 5-bis t.u.imm. La natura giuridica di quel contratto (se di atto bilaterale o trilaterale) ed il suo particolare rapporto con il contratto di lavoro (se di

Per quanto riguarda la disciplina generale sul procedimento, al rilascio del visto sono di regola applicabili le norme della l. 241 del 1990<sup>103</sup>, ma sono previste alcune eccezioni espresse al dovere di motivazione del provvedimento di diniego di alcuni tipi di visto (l'esempio principale sono i visti per turismo), in presenza di motivi di sicurezza ed ordine pubblico<sup>104</sup>. A questo proposito, comunque, la giurisprudenza precisa che l'amministrazione potrà essere tenuta a rendere la motivazione in sede giudizio, dove il giudice dovrà disporre l'annullamento del provvedimento ove la motivazione risulti assente o viziata<sup>105</sup>.

---

connessione oggettiva, reciproca indipendenza o altro) sono stati per lungo tempo oggetto di dibattito presso la dottrina di diritto privato e diritto del lavoro. Per un esame delle varie tesi v. P. SCEVI, *Il cittadino non comunitario* M. PAGGI, *Perfezionamento del contratto di soggiorno tra diritto e prassi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011 fasc. 3, pp. 174 – 175, A partire dal 2011, tuttavia, una circolare ministeriale ha chiarito che la sottoscrizione del contratto non risulta più necessaria, ma viene invece sostituita dalla comunicazione di assunzione resa dal datore di lavoro allo Sportello Unico per l'Immigrazione, all'interno del quale risultano inseriti, per semplificazione, gli obblighi specifici che il datore di lavoro assume nei confronti dello Stato. In alcuni casi, invece, l'atto del privato si inserisce in un quadro di semplificazione del procedimento amministrativo e può assumere un valore propriamente sostitutivo di certi provvedimenti endo-procedimentali. Per alcune categorie di lavoratori – come i dirigenti, il personale altamente specializzato, i professori universitari e altro – il requisito del nulla osta al lavoro è infatti sostituito da una comunicazione del datore del lavoro, avente ad oggetto l'avvenuta presentazione, allo sportello unico per l'immigrazione, della proposta di contratto di soggiorno per lavoro subordinato (art. 27 comma 1 *ter*, t.u. imm., inserito dalla l. 94/2009). In virtù delle modifiche introdotte dalla l. 94/2009, tali garanzie sono attualmente oggetto di un vero e proprio protocollo d'intesa, che i datori di lavoro interessati sono tenuti a sottoscrivere con il Ministero dell'Interno (art. 27, comma 1 *quater*). Nel nulla osta per lavoro lo sportello unico valuta anche la “congruità” della proposta “in rapporto alla capacità economica del datore di lavoro”. In altri casi ancora, invece, il coinvolgimento dei privati, giustificato con la necessità di assicurare un controllo più efficace sulla presenza dello straniero nel territorio, assume all'interno del procedimento semplicemente un valore istruttorio. Il soggetto (cittadino italiano o straniero regolarmente residente in Italia) che ospita un soggetto straniero, a titolo gratuito o oneroso, è tenuto a rendere una dichiarazione di ospitalità entro quarantotto ore all'autorità locale di pubblica sicurezza, indicando le generalità del denunciante e dello straniero, oltre all'ubicazione dell'immobile (art. 7 t.u.imm.). (ad esempio in materia di visti per motivi di studio, v. art. 15, lett. d del d.m. del 2011, o anche in materia di visti per turismo).

<sup>103</sup> v. A. ADINOLFI, *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Bologna, 1992, pp. 64 e 65); S. CASTELLAZZI, *SProfilo procedimentali*, cit.

<sup>104</sup> La legge Bossi-Fini ha infatti introdotto la regola, analoga a quella già prevista nell'ordinamento francese (come si vedrà al cap. 3) per cui “in deroga a quanto stabilito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 [...] per motivi di sicurezza o di ordine pubblico il diniego non deve essere motivato”, salvo per i visti per motivi di lavoro, per ricongiungimento familiare per accesso alle cure mediche o a corsi universitari, ed altri. L'ipotesi principale di visto per il quale opera questa eccezione sono i visti turistici.

<sup>105</sup> T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, Sent., 16-05-2011, n. 4199. Il diritto alla difesa dello straniero risulterebbe così assicurato dalla possibilità di confutare adeguatamente tali motivazioni in sede di giudizio, anche attraverso la proposizione di motivi aggiunti (T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 16-05-2011, n. 4199). Secondo la giurisprudenza risulterebbe altresì escluso il potenziale contrasto con l'art. 3 della Costituzione (astrattamente configurabile in relazione al diverso trattamento cui risulta soggetto lo straniero

Tra gli adempimenti procedurali previsti dalla normativa comunitaria, invece, vi sono la possibilità di svolgere un colloquio orale con lo straniero, ma soltanto “in casi giustificati”<sup>106</sup>, e la previsione dell’obbligo di raccoglierne gli “identificatori biometrici”<sup>107</sup>.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, infine, il legislatore prevede espressamente la competenza del giudice ordinario per tutti i provvedimenti in materia di diritto all’unità familiare, inclusi i visti d’ingresso, ma stranamente non prevede alcunché rispetto agli altri tipi di visto<sup>108</sup>. Rispetto a questi ultimi risulta quindi affermata in via giurisprudenziale la giurisdizione del giudice amministrativo – in particolare il TAR Lazio, trattandosi di provvedimenti di un’amministrazione statale che dispiegano il loro effetto in tutto il territorio nazionale<sup>109</sup> – sulla base della circostanza per cui, di regola, lo straniero non gode di un diritto soggettivo all’ingresso, bensì di un interesse legittimo<sup>110</sup>.

### 3.2 *Il controllo delle frontiere e i respingimenti*

La seconda fase del controllo sugli ingressi è costituita dal controllo ai valichi di frontiera. A differenza dei visti, tali controlli sono svolti su tutti gli stranieri che entrano nel territorio, anche se risultano comunque modulati a seconda dei casi.

Il controllo delle frontiere è assicurato da parte di vari organi dello stato (polizia di frontiera, polizia di stato, arma dei carabinieri, o guardie di finanza) e comprende varie

---

richiedente il visto per turismo, rispetto a tutti gli altri) in ragione del “minor rilievo morale e sociale che sicuramente caratterizza il visto richiesto per motivi di turismo rispetto ai visti di ingresso richiesti per gli ulteriori motivi elencati nelle disposizioni elencate” (T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 05-06-2007, n. 5163; T.A.R. del Lazio, sentenza n. 556/2008).

<sup>106</sup> Art. 21 del codice visti (Reg. CE 801/2009).

<sup>107</sup> Si tratta principalmente della fotografia e delle impronte digitali, che le amministrazioni devono raccogliere “conformemente alle garanzie previste dalla convenzione del Consiglio d’Europa per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e dalla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo” (art. 31 codice visti).

<sup>108</sup> Il d.p.r. di attuazione bis prevede soltanto che il diniego del visto di ingresso, da consegnare a mani allo straniero, debba contenere l’indicazione delle modalità di eventuale impugnazione (art. 6) senza tuttavia specificare quali esse siano. A quanto risulta neanche il decreto ministeriale del 2011 prevede disposizioni in tema di tutela giurisdizionale.

<sup>109</sup> CdS 2783/2007.

<sup>110</sup> Cass Civ Sez Un 37 gennaio 2004, n. 1417. Cass. civ. Sez. Unite, 25-03-2005, n. 6426 (rv. 579987).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

attività: dall'autorizzazione all'ingresso presso i varchi a ciò adibiti<sup>111</sup>, al pattugliamento delle frontiere, all'esercizio della forza per impedire l'ingresso agli stranieri non autorizzati<sup>112</sup>.

Da ultimo, occorre sottolineare che la disciplina dei controlli alle frontiere prevede anche, in ragione del crescente afflusso di richiedenti asilo e di migranti in generale, l'obbligo di predisporre servizi di accoglienza in corrispondenza ai valichi di frontiera, anche mediante la conclusione di accordi con soggetti privati<sup>113</sup>.

Tra i poteri più penetranti esercitati nella fase dell'ingresso vi sono quelli di respingimento, attraverso i quali si impedisce l'ingresso nel territorio allo straniero privo dei requisiti, realizzandone l'allontanamento immediato.

Il respingimento produce effetti analoghi all'espulsione, alla cui disciplina si prevedono infatti dei rinvii (in particolare sotto il profilo dei divieti previsti a favore di

---

<sup>111</sup> I valichi di frontiera sono i punti del confine specificamente adibiti al passaggio degli stranieri nel territorio italiano (salvi i casi di forza maggiore, che rendono necessario l'ingresso in altri punti). Art. 4 t.u. imm. Invece “nei casi di forza maggiore che impediscono l'attracco o l'atterraggio dei mezzi navali o aerei [ai] valichi di frontiera deputati ai controlli dei viaggiatori, lo sbarco degli stessi può essere autorizzato dal comandante del porto o dal direttore dell'aeroporto per motivate esigenze, previa comunicazione al questore e all'ufficio o comando di polizia territorialmente competente ed agli uffici di sanità marittima o aerea”. In questi punti le autorità di frontiera verificano il possesso dei requisiti per l'ingresso, effettuando sui cittadini comunitari una verifica “minima”, volta ad accertare la loro identità ed il possesso di documenti di viaggio, e sui cittadini di Paesi terzi una verifica “approfondita”, avente ad oggetto il possesso di tutti i requisiti per l'ingresso (tra cui il visto nei casi in cui sia richiesto, l'assenza di cause di preclusione, la documentazione che provi i motivi del soggiorno e i requisiti economici). Il codice Schengen precisa espressamente che “il possesso di un visto uniforme o di un visto con validità territoriale limitata non conferisce un diritto automatico di ingresso” (art. 30). In questo senso, le competenze dell'autorità di frontiera risultano in parte sovrapposte a quelle delle autorità consolari. Nel caso in cui manchino i requisiti, infatti, l'ingresso può essere negato anche allo straniero in possesso del visto. In alcuni casi particolari è poi previsto che le autorità di frontiera possano espressamente annullare il provvedimento di visto. Il visto “è annullato” quando il titolare “è segnalato ai fini della non ammissione nel SIS” (all. V, parte A), o quando “vi sono fondati motivi per ritenere” che sia stato ottenuto “in modo fraudolento”. Esso stabilisce inoltre che “la mancata presentazione da parte del cittadino del paese terzo, alla frontiera, di uno o più dei documenti giustificativi [dello scopo e delle condizioni del soggiorno, oltre che del possesso dei mezzi di sussistenza sufficienti], non dà automaticamente origine a una decisione di annullamento del visto”, lasciando quindi un margine di discrezionalità agli Stati, in ordine alla relativa disciplina dei poteri delle autorità di frontiera. Il Codice frontiere Schengen non prevede alcuna forma di tutela specifica avverso il provvedimento di annullamento disposto dalle autorità di frontiera (ma prevede invece un diritto di ricorso contro il provvedimento di respingimento).

<sup>112</sup> Per quanto riguarda il controllo delle frontiere tra i valichi, invece, le autorità possono esercitare poteri di fermo, ispezione e sequestro sulle navi (e a certe condizioni gli aerei) adibite o coinvolte nel trasporto illecito di migranti. A certe condizioni, inoltre, tali poteri sono esercitati anche in zone extraterritoriali (in particolare le acque non territoriali) nei limiti previsti dal diritto internazionale e dagli eventuali accordi regolanti la materia. Art. 12 t.u. imm.

<sup>113</sup> Art. 24 d.p.r. attuativo.

## CAPITOLO PRIMO

certe categorie di stranieri)<sup>114</sup>, ma non comporta alcun divieto di reingresso, né alcuna segnalazione nel sistema SIS (né implica la commissione del reato di ingresso illegale nel territorio, perché lo straniero fermato alla frontiera non ha tecnicamente fatto ingresso nel territorio).

La minor gravità della fattispecie si riflette quindi in una disciplina più snella rispetto a quella che riguarda l'espulsione.

Dal punto di vista procedimentale, è previsto che il respingimento debba essere adottato mediante provvedimento scritto, motivato e debitamente notificato allo straniero<sup>115</sup>.

La sua esecuzione non richiede tuttavia alcuna convalida giurisdizionale perché non viene considerato un provvedimento limitativo della libertà personale dello straniero; esso viene infatti eseguito impedendo l'attraversamento della frontiera e consegnando lo straniero al vettore che lo ha portato nel territorio (sul quale grava l'onere di ricondurlo nello Stato di provenienza, ovvero nel paese che ha rilasciato il documento di viaggio)<sup>116</sup>.

Un'ipotesi particolare di respingimento è però quella del respingimento c.d. "differito", disposto non dalla polizia di frontiera ma dal Questore, nei confronti dello straniero fermato "subito dopo" l'ingresso, anche ove temporaneamente ammesso per necessità di pubblico soccorso<sup>117</sup>.

In questo caso l'esecuzione non è immediata, ma avviene secondo modalità simili a quelle previste per l'esecuzione forzata dell'espulsione, mediante adozione di un provvedimento di accompagnamento alla frontiera da parte del Questore, con possibilità di disporre temporaneamente – nelle more del procedimento, in relazione a determinati ostacoli alla sua realizzazione – la detenzione dello straniero in un centro di identificazione ed espulsione. A differenza che nell'espulsione, tuttavia, in questo caso la

---

<sup>114</sup> Come si vedrà, il t.u. imm. prevede il divieto di espulsione e respingimento "verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione [...]"; art. 19 comma 1, in attuazione del principio internazionale di *non-refoulement*. Inoltre non può essere disposto il respingimento degli stranieri che chiedono asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato ovvero le misure di protezione per motivi umanitari, v. art. 10 comma 4. V. infra cap. 1.4.

<sup>115</sup> V. regolamenti CE 562/2006, art. 13, comma 2.

<sup>116</sup> Sia il t.u. imm. sia il codice frontiere Schengen stabiliscono infatti che se lo straniero è stato condotto alla frontiera da un vettore, questi è tenuto a riprendere in carico il soggetto respinto e trasferirlo immediatamente verso il paese terzo dal quale è giunto (o il Paese che ha rilasciato il documento che autorizza il transito, v. art. 3 All. V, Parte A, e art. 10 t.u. imm.).

<sup>117</sup> Art. 10 comma 2 t.u. imm.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

legge non richiede una convalida in sede giurisdizionale per il provvedimento di allontanamento in sé, bensì soltanto per l'eventuale provvedimento di trattenimento nel CIE (ritenendo anche in questo caso che l'allontanamento non realizzi una vera e propria limitazione della libertà personale dello straniero).

L'istituto del respingimento differito è oggetto di critica da parte della dottrina, non soltanto per la mancanza di passaggi giurisdizionali obbligati<sup>118</sup>, ma anche per la potenziale sovrapposizione con la fattispecie dell'espulsione<sup>119</sup>. Tale possibilità comporta infatti un rischio di elusione delle garanzie specifiche previste per il provvedimento di espulsione (tra cui quelle espressamente previste per la direttiva rimpatri, applicabile soltanto ai provvedimenti di espulsione e non a quelli di respingimento)<sup>120</sup>.

Alla distinzione tra le due fattispecie contribuisce quindi la giurisprudenza che ha precisato, tra le altre cose, che la legittimità del provvedimento di respingimento

---

<sup>118</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, in *Giurisprudenza di merito*, 5, 2012, pp. 1138 e ss.; F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009, p. 156 s.

<sup>119</sup> In particolare l'espulsione dello straniero "entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera" (art. 13). Ciò per la difficoltà di stabilire quali siano i termini spaziali e temporali entro i quali lo straniero possa ritenersi fermato "subito dopo" l'ingresso, giustificando l'adozione del provvedimento di respingimento al posto di quello di espulsione. V. in particolare P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, op. cit.; A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit. p. 500. Quello del rapporto con il provvedimento di espulsione sembra costituire peraltro un problema storico del nostro ordinamento. Il TULPS prevedeva la possibilità per la polizia di frontiera di respingere gli stranieri che non fossero in grado di dimostrare la propria identità o fossero privi di mezzi, o fossero indigenti o dediti a "mestieri dissimulanti l'ozio, il vagabondaggio o la questua", venendo a costituire una forma di espulsione semplificata. La legge Martelli ha provato ad operare un inquadramento più preciso dell'attività della polizia di frontiera, disciplinando con più dettaglio il potere di respingimento, stabilendo che non potesse essere esercitato che alla frontiera e dovesse costituire un provvedimento scritto e vincolato nei presupposti. La riforma successiva, invece, ha sdoppiato il provvedimento, affiancando all'ipotesi di respingimento disciplinata dalla legge Martelli un secondo tipo di respingimento, nei confronti dei soggetti fermati subito dopo l'ingresso del territorio, o fatti entrare per motivi di soccorso, adottato senza particolari formalità, e dunque piuttosto problematico (veniva meno, in particolare, la necessità di adottare un provvedimento motivato e scritto, sostituita dalla mera necessità di registrazione del provvedimento da parte dell'amministrazione). Su questi profili v. G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, p. 75. Lo stesso problema, peraltro, non è del tutto assente anche in altri ordinamenti. Ad esempio in Francia, come si vedrà, la recente disciplina delle c.d. *zones d'attente itinerantes* pone in teoria problemi analoghi (anche se la legittimità dell'istituto è stata confermata dalla Corte Costituzionale).

<sup>120</sup> F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'illegittimità del respingimento "differito" intempestivo tra tutela della libertà personale e legalità amministrativa*, cit.

## CAPITOLO PRIMO

“differito” è subordinata alla circostanza che la sua adozione sia intervenuta entro un termine ragionevolmente breve dal fermo dello straniero<sup>121</sup>.

L’istituto del respingimento in generale risulta problematico, come meglio si vedrà, anche sotto il profilo delle tutele giurisdizionali, che il legislatore non disciplina<sup>122</sup>.

Infine, tra le varie modalità in cui si realizza il potere di respingimento assume profili particolarmente problematici la prassi dei respingimenti realizzati in alto mare<sup>123</sup>, cui il governo italiano ha fatto ricorso, da ultimo, nell’ambito della cooperazione con il governo Libico per la lotta all’immigrazione clandestina nel Mediterraneo<sup>124</sup>.

Le condizioni di contesto e il modo in cui vengono attuate tali operazioni rendono molto concreta la possibilità che si realizzino violazioni dei diritti umani (come i diritti

---

<sup>121</sup> V. Decreto del Giudice di Pace di Agrigento n. 741 del 18 ottobre 2011.

<sup>122</sup> La lacuna è segnalata come problematica dalla dottrina in più occasioni, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2009, pp. 15-30; P. BONETTI, in B. NASCIMBENE, *Il diritto degli stranieri*, p. 287; A. PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, cit. p. 500; F.B. MORELLI, *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in O. GIOLO, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti contro, ...*, p. 159. La mancata indicazione della possibilità di ricorrere potrebbe infatti essere considerata una violazione dell’art. 113 Cost, oltre che del codice Schengen, che prevede espressamente la necessità di assicurare un ricorso contro i provvedimenti di respingimento. La questione è comunque approfondita al Cap. IV.

<sup>123</sup> Si tratta di uno strumento presente da tempo nel diritto dell’immigrazione, anche in altri Paesi, e noto in ambito internazionale come *push-back*. Esso consiste nell’intercettazione dei migranti clandestini in alto mare al fine di impedirne l’arrivo nel territorio, talvolta riconducendoli fisicamente verso il Paese d’origine. Nella storia del diritto dell’immigrazione episodi del genere si sono verificati più volte; uno degli esempi più noti è quello dei respingimenti di migranti haitiani da parte delle autorità americane (oggetto di una famosa e molto criticata sentenza assolutoria della Corte Suprema americana). Il governo italiano, invece, ha attuato prassi analoghe negli anni ‘90, rispetto al flusso di migranti provenienti dall’Albania. Per un’analisi di questi casi alla luce del diritto internazionale v. S. TREVISANUT, *Immigrazione irregolare via mare, diritto internazionale e diritto dell’Unione Europea*, p. 123 e ss.

<sup>124</sup> Si prevede una cooperazione tra i due Paesi nelle operazioni di pattugliamento delle coste libiche e dei mari territoriali di entrambi gli Stati, nel cui contesto sono stati attuati i respingimenti verso la Libia, che hanno realizzato un rimpatrio immediato di gruppi di migranti fermati in alto mare prima ancora che potessero giungere sulle coste Italiane. Il Trattato di Bengasi del 2008 (Trattato di Amicizia e Cooperazione) ha dato nuovo impulso alla cooperazione tra autorità di frontiera italiane e libiche per assicurare il controllo delle frontiere marittime Libiche al fine di prevenire gli sbarchi di migranti clandestini da quelle coste. Secondo il Dossier Caritas/Migrantes del 2011, a partire dall’entrata in vigore degli accordi con la Libia (il 5 maggio 2009) e fino all’inizio del 2011 si è registrato un calo piuttosto significativo degli sbarchi sulle coste italiane (nel 2010 sono approdate 4.406 persone, rispetto alle 36.951 del 2008 ed alle 9.573 del 2009). A partire dal 2011, tuttavia, i numeri hanno comunque subito un incremento in corrispondenza allo straordinario afflusso di migranti giunto dalle regioni del Nord-Africa (tale da determinare la dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Presidente del Consiglio). In tema v. V. DELICATO, *La cooperazione tra Italia e Libia per il contrasto dell’immigrazione irregolare*, in C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, pp. 279-288.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

dei richiedenti asilo e dei rifugiati, il diritto alla vita e a non subire trattamenti inumani e degradanti e il diritto ad un ricorso effettivo) e di altre norme del diritto internazionale (il principio di *non refoulement* ed il divieto di espulsioni collettive).

Alcuni di questi profili – da tempo messi in luce dalla dottrina e da vari osservatori internazionali, anche istituzionali<sup>125</sup> – sono stati rilevati in un'importante sentenza della Corte EDU del 2012 (*Hirsi Jamaa c. Italia*), che ha condannato l'Italia per i respingimenti verso la Libia e ha stabilito, come si vedrà, importanti principi in materia<sup>126</sup>.

#### 4. Il soggiorno nel territorio

Nella disciplina sul soggiorno si esprime la discrezionalità degli Stati nel regolare la permanenza degli stranieri sul proprio territorio, definendo le categorie dei soggetti ammessi, i relativi periodi di soggiorno, le attività che ciascuna categoria può svolgere, nonché i percorsi di integrazione e stabilizzazione delle presenze (di cui l'espressione massima è costituita dai percorsi di naturalizzazione e acquisto della cittadinanza, che tuttavia esulano dalla presente analisi).

Emergono in modo particolare gli obiettivi di programmazione economica relativi alle presenze per motivi di lavoro, che trovano espressione nella disciplina delle quote<sup>127</sup>.

Sotto il profilo delle fonti sovranazionali, i vincoli che riguardano specificamente la disciplina dei permessi e della permanenza sul territorio dello straniero sono complessivamente minori, in confronto a quelli che riguardano le altre fasi del percorso migratorio<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> VV. Risoluzione del Parlamento UE del 14 gennaio 2009, ---; Rapporto del Commissario per i diritti umani per il Consiglio d'Europa (Thomas Hammarberg) sulla sua visita in Italia 13-15 gennaio 2009; Lettera del Commissario Europeo sulla Giustizia (Jacques Barrot); Discorso dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani (Navi Pillay). Tutti citati in PUGIOTTO, *Purché se ne vadano*, p. 502.

<sup>126</sup> V. Cap. 2 e 4.

<sup>127</sup> V. *supra*.

<sup>128</sup> Come si è visto, infatti, sono previste varie categorie di diritti la cui necessità di tutela costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore in questa materia – i diritti dei lavoratori migranti, il diritto alla vita privata e familiare degli stranieri presenti sul territorio, che trova riconoscimento nella disciplina dei ricongiungimenti (variabile indipendente rispetto agli obiettivi di programmazione economica degli Stati), i diritti dei richiedenti asilo e dei rifugiati (altra variabile indipendente rispetto alle scelte di politica economica del Paese al quale chiedono protezione) – ma non risultano previste prescrizioni specifiche relative al permesso di soggiorno come provvedimento (a differenza di quanto avviene, ad esempio, per i provvedimenti di respingimento ed espulsione).

## CAPITOLO PRIMO

Per quanto riguarda il livello Europeo, invece, pur riconoscendosi l'autonomia degli Stati nelle scelte di programmazione economica relative agli ingressi per motivi di lavoro, si realizza un'integrazione sempre più significativa anche in questo settore, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedimentale: istituendo un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati ai cittadini di Paesi terzi<sup>129</sup>, favorendo l'integrazione degli stranieri nel territorio dell'Unione (con la disciplina del ricongiungimento familiare e dei permessi di lungo periodo<sup>130</sup>, nonché l'ingresso di certe categorie di stranieri, in linea con esigenze di politica economica ritenute comuni a tutta l'Unione<sup>131</sup>, realizzando obiettivi di lotta alla clandestinità e alla criminalità attraverso vari strumenti<sup>132</sup>, e intervenendo infine anche sul piano dei finanziamenti<sup>133</sup>.

Il quadro della disciplina è talvolta integrato, poi, dalla presenza di accordi bilaterali conclusi dallo Stato italiano, che incidono sulle condizioni del soggiorno<sup>134</sup>.

Come per i visti di ingresso, anche per i provvedimenti di soggiorno si distingue a seconda del motivo del soggiorno<sup>135</sup>, e della durata dello stesso<sup>136</sup>, mentre un terzo

---

<sup>129</sup> Regolamento CE 1030/2002 del 13 giugno 2002), aggiornato nel 2008 con una serie di requisiti ulteriori, come l'introduzione degli identificatori biometrici nel documento di soggiorno (regolamento CE n.380/2008).

<sup>130</sup> Rispettivamente direttiva 2003/86/CE del 22 settembre 2003 e direttiva sui soggiornanti di lungo periodo 2003/109/CE.

<sup>131</sup> Come l'ammissione per fini di ricerca scientifica (direttiva 2005/71/CE del 12 ottobre 2005) o l'ammissione di lavoratori altamente qualificati (c.d. Carta blu UE, direttiva 2009/50/CE del 25 maggio 2009). Da questo punto di vista, l'intervento più significativo, soprattutto per l'ampiezza del campo di applicazione, è l'approvazione di una procedura unica di rilascio di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro (direttiva 2011/98/UE del 13 dicembre 2011).

<sup>132</sup> Tra questi: l'introduzione di un permesso di soggiorno per le vittime della tratta di esseri umani (direttiva 2004/81/CE), e l'introduzione di sanzioni a carico dei datori di lavoro che non rispettano le norme sull'assunzione degli stranieri (2009/52/CE).

<sup>133</sup> Anche in questa fase, infatti, l'Unione Europea interviene con dei finanziamenti, realizzati principalmente attraverso il Fondo Europeo per l'Integrazione dei cittadini di Paesi terzi. Nel programma annuale 2013 elaborato dal Ministero dell'Interno si esprimono, in particolare, obiettivi di integrazione dello straniero, di sostegno all'occupazione come presupposto per l'inclusione sociale, di formazione linguistica e civica e di accesso ai servizi.

<sup>134</sup> E' infatti previsto che il rifiuto o la revoca del permesso possono essere anche adottati per la mancata soddisfazione di condizioni di soggiorno applicabili in un altro Stato, con cui l'Italia abbia concluso convenzioni o accordi internazionali, v. art. 5 t.u.imm..

<sup>135</sup> Quanto ai motivi del soggiorno è possibile distinguere fra i permessi per lavoro subordinato ed autonomo, soggetti al limite delle quote annuali definite dall'esecutivo, ed i permessi che per loro natura si sottraggono a tale tipo di pianificazione, come i permessi per motivi familiari. Vi sono poi vari tipi di permesso di lavoro in deroga alla disciplina delle quote. Tra i permessi per motivi familiari si distingue in relazione alle varie circostanze in cui esso può essere rilasciato. Una di queste è il ricongiungimento

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

criterio di distinzione è quello della posizione soggettiva dello straniero rispetto al rilascio del titolo stesso, che di regola consiste in un mero interesse legittimo, mentre in casi speciali costituisce un vero e proprio diritto soggettivo (tra questi vi sono il permesso di soggiorno per diritto d'asilo, il permesso di soggiorno per motivi familiari e i titoli di soggiorno previsti per i cittadini dell'Unione Europea e i loro familiari).

La procedura di rilascio e rinnovo dei permessi vede come amministrazioni competenti principalmente la Questura e lo sportello unico dell'immigrazione<sup>137</sup>.

Per quanto riguarda i criteri per il rilascio, invece, essi comprendono una varietà di requisiti di ordine morale ed economico, che sono in parte i medesimi che sono richiesti per il rilascio dei visti di ingresso; questi ultimi, infatti, devono essere presenti in tutte le fasi della presenza sul territorio dello straniero, compreso il momento della richiesta del permesso di soggiorno.

---

familiare. Un'altra è quella dello straniero minore, che è iscritto nel permesso di soggiorno dei genitori fino ai 14 anni, mentre dai 14 ai 18 riceve un permesso di soggiorno per motivi familiari. Art. 29 t.u.imm. Vi sono vari tipi di permesso per ragioni protezione internazionale, ossia: il diritto d'asilo (permesso per motivi di asilo e permesso per richiesta di asilo), la protezione internazionale sussidiaria, il permesso per le vittime di condizioni di sfruttamento (per permettergli di partecipare a programmi di inserimento sociale, v. art. 18 t.u.imm.) o per le vittime della tratta.

<sup>136</sup> Questo criterio ha assunto un'importanza sempre maggiore in relazione all'introduzione di nuovi titoli di soggiorno volti a favorire la stabilizzazione della presenza dello straniero nel territorio. Già il legislatore del 1998 aveva differenziato due figure di stranieri regolarmente soggiornanti, ossia quello titolare del permesso di soggiorno avente validità temporale limitata e quello titolare della carta di soggiorno, che riconosceva un pieno insediamento nel territorio. La diversificazione si è tuttavia accentuata negli ultimi anni, soprattutto sotto la spinta del diritto comunitario. V. S. CASTELLAZZI, *Permesso di soggiorno*, in V. GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione*, cit. p. 361. In base a questo criterio si può quindi distinguere tra il permesso di soggiorno tradizionale, che autorizza il soggiorno per periodi di tempo limitati (in genere un anno), e il permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo (che ha validità temporale indeterminata e viene rilasciato a chi possiede un permesso di soggiorno da almeno 5 anni).

<sup>137</sup> Il cittadino di Paese terzo deve richiedere il rilascio del permesso di soggiorno entro otto giorni dall'ingresso e, di norma, per le stesse ragioni indicate nel visto di ingresso, fatta eccezione per gli ingressi per visite, affari, turismo e studio inferiori a tre mesi, per i quali lo straniero dovrà soltanto dichiarare la sua presenza in Italia all'autorità di frontiera o al Questore della provincia in cui si trova, sempre entro otto giorni dall'ingresso. La procedura è stata recentemente oggetto di una significativa riforma volta a facilitare la presentazione per i richiedenti e, soprattutto, a ridurre il carico di lavoro per le amministrazioni, realizzando una vera e propria esternalizzazione di alcune funzioni istruttorie, sulla base di una convenzione tra il Ministero dell'Interno e la società Poste Italiane s.p.a. Il rinnovo del permesso, che deve essere richiesto almeno sessanta giorni prima della scadenza, segue lo stesso procedimento della prima richiesta.

Tra i principali adempimenti procedurali si ha poi lo svolgimento di un colloquio con lo straniero, volto anche a sottoporlo a rilievi fottodattiloscopici.

In questa fase, tuttavia, il potere di rifiutare il permesso o il suo rinnovo per mancanza di alcuni requisiti subisce alcune mitigazioni in senso favorevole al richiedente<sup>138</sup>.

Risulta infine previsto un raccordo con la disciplina dell'espulsione in caso di provvedimento negativo. Infatti, salvo che debba disporsi il respingimento o l'espulsione immediata con accompagnamento alla frontiera, il diniego di permesso di soggiorno viene comunicato all'interessato con l'invito a lasciare volontariamente il territorio dello Stato entro quindici giorni (e con l'avvertenza che, in mancanza, si procederà all'espulsione)<sup>139</sup>.

### 5. *L'espulsione*

L'espulsione rappresenta il provvedimento amministrativo con cui si realizza l'allontanamento dal territorio dello straniero che non presenta i requisiti per restarvi<sup>140</sup>.

Di tutte le fasi del percorso migratorio, quella dell'allontanamento è particolarmente delicata per il bilanciamento tra esigenze di efficacia della misura stessa, che nel quadro generale della materia ha la funzione di garanzia ultima dell'effettività

---

<sup>138</sup> In primo luogo si prevedono a livello normativo elementi di flessibilità nella valutazione amministrativa, in relazione alla possibilità di valutare elementi sopraggiunti ai fini del rilascio dell'autorizzazione, di ritenere sanate eventuali irregolarità amministrative, o di rilasciare un permesso diverso da quello richiesto ove se ne accertino i requisiti. Art. 5 comma 9. Per i permessi per ricongiungimento familiare, inoltre, risulta espressamente previsto che l'amministrazione, prima di rifiutare il provvedimento richiesto, debba tenere conto di una serie di circostanze – quali la natura e l'effettività dei vincoli familiari dell'interessato, l'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine e la durata del suo soggiorno nel territorio nazionale – che implicano la necessaria discrezionalità del provvedimento amministrativo di rifiuto, limitando l'operatività delle preclusioni automatiche previste dal legislatore, anche in relazione alla commissione di certi reati. Art. 5 comma 5 t.u.imm. Tale regola, come si vedrà, è stata poi interpretata in senso estensivo dalla giurisprudenza alla luce dell'art. 8 CEDU sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, ritenendola applicabile anche nei confronti dello straniero che, pur non avendo richiesto il ricongiungimento familiare, dia comunque prova della presenza di legami familiari nel territorio. Tale orientamento, inizialmente affermato dalla giurisprudenza amministrativa in via di interpretazione conforme all'art. 8 CEDU, è stato recentemente fatto proprio dalla Corte Costituzionale, che ha affermato la vera e propria incostituzionalità dell'art. 5 “nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi soltanto allo straniero che ‘ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare’ o al ‘familiare ricongiunto’, e non anche allo straniero ‘che abbia legami familiari nel territorio dello Stato’”, C. Cost. 3 luglio 2013, n. 202.

<sup>139</sup> L'articolo 12, comma 2, del d.P.R. 394/1999.

<sup>140</sup> L'ordinamento italiano conosce una varietà di provvedimenti espulsivi tra cui si possono distinguere, da un lato, quelli disposti dall'autorità giudiziaria a titolo di misura di sicurezza, sanzione sostitutiva della pena o misura alternativa alla detenzione e, dall'altro lato, quelli disposti dall'autorità amministrativa, che sono oggetto di approfondimento in questa sede. Sull'espulsione disposta dall'autorità giudiziale v. in particolare L. CORDI, *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano 2011. Sull'espulsione in generale v. invece S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, Padova 2006.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

della disciplina sull'immigrazione, ed obblighi di tutela dei diritti della persona, che risultano incisi in modo particolarmente diretto e potenzialmente irreversibile dai provvedimenti di espulsione<sup>141</sup>.

Anche per questo motivo a livello internazionale l'espulsione è oggetto di diverse previsioni specifiche, tra cui veri e propri divieti di espulsione (verso Paesi in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione, o il divieto di espulsioni collettive), e varie garanzie procedurali (il necessario rispetto del principio di legalità o il diritto dello straniero a far valere le proprie ragioni)<sup>142</sup>.

Anche la disciplina Europea interviene su più livelli: con diritti di rilievo costituzionale fissati dalla Carta di Nizza<sup>143</sup>, promuovendo la cooperazione tra Stati membri nell'ottica di assicurare l'efficacia delle misure espulsive<sup>144</sup>, introducendo una disciplina generale sul riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di Paesi terzi<sup>145</sup>, finanziando i sistemi nazionali di gestione dei rimpatri<sup>146</sup>, e da

---

<sup>141</sup> In Italia, secondo un rapporto del 2012, nel 2010, su 50.717 persone in posizione irregolare individuate dalle forze dell'ordine, solo il 40,0% (20.287) è stato effettivamente rimpatriato (cifra di poco superiore a quella registrata nel 2009). European Migration network, EMN, Rapporto annuale sulle statistiche in materia di asilo e immigrazione, 2012. La possibilità di concludere in modo fruttuoso il procedimento di espulsione si scontra nella prassi con diversi ostacoli, tra cui difficoltà logistiche (come il reperimento di un vettore aereo verso il Paese di rientro), difficoltà nell'identificazione dello straniero (talvolta per la scarsa cooperazione dello stesso, o delle autorità del Paese di provenienza), ragioni politiche (la scarsa cooperazione da parte dei Paesi di provenienza nell'accoglimento degli stranieri espulsi). Ragioni di tutela dei diritti della persona, inoltre, escludono comunque la possibilità di rinviare lo straniero verso Paesi ritenuti a rischio.

<sup>142</sup> I limiti all'espulsione costituiscono oggetto di approfondimento specifico al cap. 2. In materia v. A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008.

<sup>143</sup> Che prevede misure di protezione "in caso di allontanamento, di espulsione e di estradizione", che riprendono i limiti procedurali (divieto di espulsioni collettive) e sostanziali (divieto di espulsione verso Paesi a rischio) già previsti da varie fonti a livello internazionale. Art. 19.

<sup>144</sup> Favorendo l'assistenza reciproca nell'esecuzione delle espulsioni (direttiva 2003/110/CE sulle espulsioni per via aerea). Recepita con D. Lgs. 24/2007. La direttiva prende atto dell'importanza che assume, nell'ottica di porre fine al soggiorno illegale dei cittadini di paesi terzi, l'allontanamento dal territorio realizzato per via aerea. A fronte delle difficoltà logistiche che gli Stati membri possono incontrare in questo caso, essa prevede dei meccanismi di cooperazione tra Stati per la realizzazione delle operazioni di scalo e transito.

<sup>145</sup> Direttiva 2001/40/CE. Recepita con D. Lgs. 12/2005. La direttiva disciplina le modalità con cui gli Stati membri dell'Unione possono dare esecuzione ai provvedimenti di allontanamento adottati da altri Stati, istituendo meccanismi di scambio di informazioni e di coordinamento tra amministrazioni, anche al fine di evitare conflitti tra le rispettive decisioni (risulta previsto, ad esempio, un meccanismo di consultazione tra Stati per i casi in cui il cittadino di Paese terzo oggetto di allontanamento da parte di uno Stato sia in possesso di un titolo di soggiorno emesso da parte di un altro Stato).

ultimo con l'adozione di una direttiva specifica sul procedimento di rimpatrio degli stranieri<sup>147</sup>.

Una politica importante per l'obiettivo di assicurare l'efficacia dei rimpatri è quella dei ritorni volontari assistiti, che prevede lo svolgimento di una serie di attività volte al reinserimento dello straniero nel Paese d'origine, oltre alla corresponsione di un contributo economico<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Attualmente attraverso il Fondo Europeo per i Rimpatri, la cui gestione è affidata alle autorità nazionali sulla base di programmi pluriennali sottoposti all'approvazione della Commissione Europea Art. 14-bis, t.u.imm. Il Fondo Europeo per i Rimpatri - previsto per il periodo 2008/2013 - è stato istituito con decisione n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 maggio 2007, all'interno del programma "Solidarity and Management of Migration Flows".

<sup>147</sup> La dir. 2008/115/CE (nota come direttiva rimpatri), che disciplina per la prima volta in modo organico i diversi aspetti della disciplina dell'espulsione; recepita con L. 129/2011. Questa direttiva afferma espressamente, oltre all'obiettivo di assicurare l'efficacia delle misure espulsive, quello di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona come principi generali dell'ordinamento, prevedendo norme procedurali e garanzie comuni relative a tutte le fasi dell'espulsione, dall'adozione del provvedimento alla sua esecuzione, in particolare esprimendo un criterio di preferenza per l'esecuzione mediante partenza volontaria, anziché accompagnamento coattivo. Al contempo, tuttavia, essa è stata criticata da alcuni per aver realizzato un grado di armonizzazione ridotto e per aver previsto alcune disposizioni particolarmente problematiche, in particolare in tema di detenzione amministrativa, per la quale sono previsti termini temporali piuttosto ampi. A commento v. C. FAVILLI, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), e M. BORRACETTI, *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 34 G. SAVIO, *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2011, p. 30 e ss. J.-Y. CARLIER, *La "directive retour" et le respect des droits fondamentaux. L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 8e année, n° 26, mai 2008, p. 13-21. Uno dei profili su cui la disciplina europea ha maggiormente inciso a livello nazionale è quello dei rapporti tra procedimento espulsivo e disciplina penale. Sebbene la direttiva non metta in dubbio la facoltà degli Stati membri di rendere penalmente rilevante l'ingresso clandestino o la presenza non autorizzata sul territorio, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le scelte di criminalizzazione operate a livello nazionale debbano rispettare i principi di proporzionalità ed efficacia delle misure coercitive e non possano ostare all'effetto utile della direttiva stessa. In generale v. P. PISA, *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2011, 4, 393 e C. FAVILLI, *Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 3, 334.

<sup>148</sup> Linee guida precisate dal Decreto del Ministro dell'Interno 27 ottobre 2011. Essi sono promossi attraverso la divulgazione di informazioni in proposito e la cooperazione con le autorità consolari nei paesi di destinazione. Introdotta dalla l. Turco-Napolitano per una ristretta categoria di stranieri (vittime della tratta), la prassi è stata gradualmente estesa ad altre categorie, anche su impulso dell'Unione Europea, e viene considerata più efficace ed economicamente vantaggiosa del rimpatrio forzato. V. European Migration Network, EMN, Rapporto annuale sulle statistiche in materia di asilo e immigrazione, 2012, p. 52.

Si inseriscono in questo quadro gli accordi di riammissione conclusi con i Paesi di origine dei migranti, al fine di assicurare il loro impegno ai fini della riammissione degli stranieri espulsi<sup>149</sup>.

Rispetto al respingimento, l'espulsione presenta una disciplina più articolata, sia dal punto di vista dei limiti e delle garanzie procedurali, sia dal punto di vista degli effetti per lo straniero (tendenzialmente più afflittivi, poiché i comportamenti che il provvedimento colpisce sono considerati più gravi). L'espulsione comporta infatti, a differenza del mero respingimento, un divieto di reingresso – della durata stabilita dall'amministrazione stessa, a seconda delle circostanze del caso, tra un minimo di tre ad un massimo di cinque anni<sup>150</sup> – la cui violazione integra un reato punito con una pena detentiva seguita da un altro provvedimento di espulsione<sup>151</sup>.

Il nostro ordinamento prevede due tipi principali di espulsione amministrativa: quella disposta dal Prefetto, nei casi previsti dalla disciplina dell'immigrazione, e quella disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato.

La prima costituisce il provvedimento più diffuso, adottabile in presenza di presupposti specificamente previsti dal legislatore del t.u.imm., quali: l'irregolarità dell'ingresso (ossia l'essere entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera), l'irregolarità del soggiorno (ossia l'essersi trattenuto nel territorio nazionale in violazione delle norme sul soggiorno), la pericolosità sociale dello straniero (desunta

---

<sup>149</sup> Gli accordi prevedono una collaborazione bilaterale per contrastare i flussi irregolari e, in favore del Paese terzo, un trattamento privilegiato per i propri cittadini con una riserva di quote preferenziali nei decreti di programmazione dei flussi. La conclusione di accordi di riammissione è di solito portata avanti su base bilaterale, talvolta sotto l'egida dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, che in certi casi interviene per cooperare nella loro realizzazione. V. *supra*. Ne costituisce un esempio la Convenzione per il rimpatrio degli stranieri provenienti dal Nord Africa stipulata tra il Commissario delegato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Protezione Civile, e l'OIM, che prevede che l'organizzazione fornisca assistenza logistica nella gestione dei viaggi di ritorno. Negli anni la prassi è stata però favorita anche dall'Unione Europea, che può essa stessa, per espressa previsione nei trattati (art. 79 TFUE), concludere accordi di riammissione con Paesi terzi, la cui attuazione costituisce uno degli obiettivi istituzionali specifici dell'Agenzia Frontex.

<sup>150</sup> Su questo dato ha inciso in senso favorevole allo straniero la discipline Europea sui rimpatri, in quanto il limite massimo precedentemente previsto dalla normativa italiana era pari a dieci anni.

<sup>151</sup> Secondo quanto prescritto dall'art. 13 commi 13, 13-bis, 13-ter. Interessante la precisazione, introdotta nel 2011, per cui essa “non è disposta, né eseguita coattivamente qualora il provvedimento sia stato già adottato, nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia alle frontiere esterne” (art. 13), evitandosi così l'effetto di sfavore nei confronti di chi dimostra la volontà di adempiere all'obbligo di allontanarsi.

dagli stessi indici previsti nella disciplina sulle misure di prevenzione, di cui all'art. 1, L. 1423/1956 e art. 1, L. 575/1965), ed altri casi specifici previsti dalla legge<sup>152</sup>.

L'espulsione ministeriale, invece, si differenzia da quella prefettizia in quanto persegue fini diversi, che in qualche modo trascendono la disciplina della regolazione degli ingressi, ma riguardano piuttosto la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza dello Stato, la cui definizione risulta affidata quasi interamente alla discrezionalità dell'amministrazione. La particolarità dell'atto è confermata sia dalla sua disciplina procedurale (che ne prevede la comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Ministro degli esteri), sia dal particolare regime di impugnativa giurisdizionale, la cui cognizione è assegnata al giudice amministrativo anziché, come invece avviene per le espulsioni prefettizie, al giudice di pace<sup>153</sup>.

Un caso particolare di espulsione ministeriale è poi quella prevista a carico dello straniero sospetto di terrorismo, introdotta dalla legislazione del 2005, recante misure di contrasto al terrorismo anche internazionale<sup>154</sup>. Questa prevede per il Ministro dell'Interno (o su sua delega il prefetto), la possibilità di disporre l'espulsione dello straniero nei cui confronti vi siano "fondati motivi" di ritenere che la sua permanenza nel territorio possa "in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali". Anche in questo caso i presupposti applicativi riconoscono un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione e la tutela giurisdizionale è assegnata al giudice amministrativo anziché al giudice ordinario. La disciplina si distingue, inoltre, per aver introdotto alcune eccezioni particolarmente rilevanti alle tutele procedurali dello straniero, nell'ottica di assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa di contrasto al fenomeno del terrorismo e di allontanamento dei soggetti pericolosi; molte di esse, tuttavia, sono rimaste in vigore per un periodo di tempo limitato e risultano attualmente abrogate<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> Come l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma 5 bis t.u. imm.) o la necessità di eseguire un provvedimento di allontanamento adottato da un altro Stato membro (art. 2, d. lgs. 12/2005).

<sup>153</sup> V. par. 1.6.

<sup>154</sup> A commento v. M. VIZZARDI, Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali, in *Corriere Merito*, 2005, 12, 1305.

<sup>155</sup> L'introduzione di questo istituto si inserisce nella situazione di emergenza venutasi a determinare a seguito degli attacchi terroristici di Londra del 2005, cui ha fatto seguito l'approvazione di misure anti-terrorismo da parte di diversi Paesi dell'Unione. Il caso più significativo è senza dubbio quello del Regno Unito, dove la maggior parte delle disposizioni eccezionali approvate in quegli anni risulta tutt'ora in vigore (come si vedrà al cap. 1.6). Per quanto riguarda il sistema italiano, oltre alla particolare ampiezza dei

Rispetto all'espulsione operano poi una serie di divieti, previsti anzitutto in relazione alla posizione soggettiva del ricorrente.

Il limite principale è il divieto di espulsione verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione, in attuazione del principio internazionale del *non refoulement* e nel rispetto dei diritti costituzionalmente ed internazionalmente tutelati dello straniero<sup>156</sup>. Tale divieto ha carattere assoluto, nel senso che non ammette violazioni o bilanciamenti con altri interessi ed esigenze dello Stato, ed opera per tutti i tipi di espulsione.

Un secondo limite importante è posto all'espulsione del minore, che di fatto risulta soggetta ad una vera e propria riserva di giurisdizione, a favore del Tribunale dei Minori<sup>157</sup>.

Per le espulsioni prefettizie sono poi previsti alcuni limiti ulteriori, per quanto riguarda i presupposti del provvedimento e le sue modalità di esecuzione.

In particolare, nel caso dello straniero che abbia esercitato il diritto all'unità familiare, l'autorità deve operare un bilanciamento di interessi, tenendo conto della natura ed effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno, nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese di origine<sup>158</sup>. Nel caso in cui lo straniero appartenga ad una categoria vulnerabile, invece, le modalità dell'espulsione devono essere compatibili con la sua situazione personale<sup>159</sup>.

Infine, nel caso dello straniero titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, rilasciato dallo Stato italiano o da altri Stati membri dell'Unione, l'espulsione può essere disposta soltanto per alcuni motivi di una certa gravità e comunque tenendo conto della sua situazione personale<sup>160</sup>.

---

presupposti applicativi (che lasciano ampio spazio alla discrezionalità istruttoria dell'amministrazione), la maggior parte delle particolarità riguarda la fase della tutela giurisdizionale ed è perciò analizzata al par. 1.6. A commento v. M. VIZZARDI, *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, in *Corriere Merito*, 2005, 12, 1305.

<sup>156</sup> In questo senso l'art. 19, co. 1 t.u.imm. riflette il diritto di cui all'art. 3 CEDU e 2 Cost.

<sup>157</sup> Qualora debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero il provvedimento è adottato, su richiesta del questore, dal Tribunale per i minorenni, art. 31 comma 4.

<sup>158</sup> Art. 13 comma 2 bis.

<sup>159</sup> Art. 19 comma 2 bis. Con ciò intendendosi disabili, anziani, minori, vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali ed altre categorie particolari.

<sup>160</sup> Lo straniero titolare di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo può essere espulso soltanto per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato, per motivi di prevenzione del

## CAPITOLO PRIMO

Per quanto riguarda le caratteristiche del provvedimento, alla pari dei provvedimenti di respingimento l'espulsione ha la forma del decreto motivato in fatto ed in diritto ed ha carattere recettizio; inoltre, al pari di ogni altro atto concernente l'ingresso o il soggiorno esso è comunicato all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione in lingua conosciuta allo straniero<sup>161</sup>.

Il provvedimento di esecuzione ha natura immediatamente esecutiva anche se sottoposta a gravame o impugnativa e può essere eseguito in due modi alternativi: la partenza volontaria e l'allontanamento coattivo. A questo proposito il legislatore europeo esprime un *favor* per l'esecuzione volontaria rispetto a quella coattiva, che però non sembra presente nella disciplina nazionale italiana.

La legge indica infatti un elenco tassativo di ipotesi in cui l'espulsione è eseguita in modo coattivo, prevedendo come regola residuale, valida in tutti gli altri casi, la partenza volontaria; ma i casi di esecuzione mediante accompagnamento risultano così ampi e numerosi da far sì che essa costituisca la modalità principale di esecuzione dell'espulsione<sup>162</sup>, mentre la partenza volontaria finisce per costituire un'ipotesi secondaria, soggetta tra l'altro ad una serie di limitazioni.

Dal punto di vista del procedimento, l'accompagnamento alla frontiera è disposto dal questore ed è eseguito tramite la forza pubblica a seguito di convalida da parte del

---

terrorismo o per motivi di pericolosità sociale. In ogni caso si tiene conto dell'età della persona, della durata del suo soggiorno, delle possibili conseguenze dell'espulsione per l'interessato ed i suoi familiari, nonché dei legami familiari e sociali presenti nel territorio nazionale e dell'eventuale assenza di tali legami nel Paese di origine (art. 9, co. 10,11, T.U.). Lo straniero titolare dello stesso permesso rilasciato da altro Stato membro può essere espulso soltanto per irregolarità del soggiorno, qualora il permesso di soggiorno sia rifiutato o revocato per ragioni di ordine pubblico o sicurezza nazionale (e in quel caso l'allontanamento avviene verso lo Stato membro che lo aveva rilasciato), oppure ove sussistano i presupposti per l'espulsione ministeriale, dopo aver sentito lo Stato membro che aveva rilasciato il permesso.

<sup>161</sup> Ovvero, ove ciò non sia possibile, in lingua inglese, francese o spagnola, secondo la preferenza indicata dall'espellendo. art. 3, co. 3,4, D.P.R. 394/1999)

<sup>162</sup> Si tratta di tutti i casi di espulsione ministeriale e di una varietà di casi di espulsione prefettizia (elencati all'art. 13 comma 4, tra cui quelli in cui lo straniero sia stato espulso per essere socialmente pericoloso, abbia presentato una domanda di soggiorno manifestamente infondata o fraudolenta, oppure presenti un rischio di fuga, una nozione sempre discrezionale che recentemente il legislatore ha però codificato, includendo voci come: il mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità, la mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato, o l'aver in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità (art. 13 comma 4-bis). L'espulsione ministeriale (sia per ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale, sia per lotta al terrorismo) è sempre eseguita con accompagnamento alla frontiera (Art. 3 comma 2 d.l. 144/2005).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

giudice di pace, che costituisce un passaggio costituzionalmente necessario trattandosi di un provvedimento restrittivo della libertà personale<sup>163</sup>.

Tuttavia, la materiale esecuzione dell'accompagnamento alla frontiera può risultare difficoltosa in relazione ad una serie di necessità che possono sorgere nell'arco del procedimento, rallentandone ed ostacolandone la realizzazione, ad esempio in relazione alle esigenze di soccorso dello straniero, all'accertamento della sua identità e della nazionalità della persona, all'acquisto dei documenti per il viaggio ed al reperimento di idoneo vettore.

Il legislatore prevede pertanto la possibilità per l'amministrazione di ricorrere a provvedimenti ulteriori (applicabili sia nel caso dell'espulsione, sia al respingimento differito) in relazione al sorgere di tali circostanze.

Il principale di questi interventi è rappresentato dalla detenzione amministrativa, o trattenimento, presso un Centro di identificazione ed espulsione, disposto dal Questore e sottoposto a convalida da parte del giudice di pace<sup>164</sup>.

La durata complessiva della detenzione, inizialmente prevista per periodi relativamente brevi, è stata gradualmente estesa dal legislatore attraverso l'introduzione di varie possibilità di proroga consecutive, fino a giungere alla disciplina attuale che prevede una durata iniziale di 30 giorni, prorogabili dal giudice di pace su richiesta del

---

<sup>163</sup> In linea con quanto disposto dall'art. 13 cost., il questore deve comunicare l'adozione del provvedimento entro 48 ore al giudice di pace, il quale deve convalidarlo entro le successive 48. La disciplina originariamente introdotta dalla l. Bossi-Fini prevedeva tuttavia la possibilità di dare esecuzione all'allontanamento anche prima che fosse intervenuta la convalida. Tale circostanza è stata tuttavia dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale, che ha ribadito la necessità che la convalida giurisdizionale dei provvedimenti di accompagnamento intervenga comunque prima che esso sia eseguito (sent. n. 222/2004).

<sup>164</sup> Il trattenimento è disposto con decreto scritto, motivato e tradotto in una lingua comprensibile allo straniero nei casi previsti, in termini relativamente ampi, dal legislatore, ossia: in generale quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento o il respingimento (art. 13, co. 4 e art. 10, comma 2, t.u.imm.), a causa di "situazioni transitorie" che ostacolano "la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento", tra cui le ipotesi di pericolo di fuga indicate (art. 13, comma 4-bis), quando sia presente la necessità di prestare soccorso dello straniero, di effettuare accertamenti supplementari sulla sua identità o nazionalità, di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo (art. 14, co. 1), in attesa di ricevere il nulla osta dell'autorità giudiziaria all'espulsione, nei casi in cui esso è previsto dalla legge (ad esempio perché lo straniero è sottoposto a procedimento penale, art. 13 comma 5 bis), o di ricevere la convalida all'accompagnamento stesso.

## CAPITOLO PRIMO

questore per altri 30, e poi per successivi periodi di 60 giorni, fino ad un massimo complessivo di 18 mesi<sup>165</sup>.

Essa costituisce attualmente uno dei profili più problematici del procedimento espulsivo. In primo luogo vari osservatori sottolineano le criticità dell'istituto sotto il profilo della tutela dei diritti e della dignità dello straniero all'interno di tali centri<sup>166</sup>.

Difficoltà ulteriori, che presentano un particolare interesse dal punto di vista amministrativo, sono quelle collegate alla gestione privatistica dei servizi all'interno di questi centri, che presenta livelli qualitativi disomogenei nel territorio<sup>167</sup>.

In secondo luogo si mette in dubbio l'efficacia stessa dello strumento del trattenimento ai fini della realizzazione dell'allontanamento dal territorio<sup>168</sup>. Nella prassi,

---

<sup>165</sup> Le possibili ragioni che il legislatore prevede per l'adozione dei vari provvedimenti di proroga sono disciplinate anch'esse in termini relativamente ampi. La prima proroga di trenta giorni è disposta in presenza di "gravi difficoltà" per l'identificazione dello straniero o l'acquisizione dei documenti per il viaggio, mentre la seconda e la terza, di ulteriori sessanta giorni ciascuna, quando tali gravi difficoltà "permangono". Il periodo massimo complessivo per tali motivi non può superare i 180 giorni, ma il giudice di pace su richiesta del questore può prorogare il trattenimento per ulteriori due periodi di sessanta giorni ciascuno, fino ad un massimo di altri 12 mesi, quando non sia stato possibile realizzare l'allontanamento per la mancata cooperazione dello straniero o per il ritardo nell'ottenimento della necessaria documentazione dai Paesi terzi.

<sup>166</sup> v. art. 21 d.p.r. attuativo del t.u.imm.). Infatti, nonostante a livello normativo risultino tutelati espressamente una serie di diritti – relativi alla vita in comune, all'esercizio delle libertà (di colloquio, di religione, di corrispondenza), all'accesso a servizi medici ed all'assistenza legale – nella realtà si rilevano delle difficoltà ad assicurare effettivamente questi standard. Uno dei profili di critica, ad esempio, è la presenza di persone con status giuridici e condizioni personali estremamente eterogenee, che richiederebbero approcci diversificati. "Negli stessi ambienti si trovano vittime di tratta, di sfruttamento, di tortura, di persecuzioni, così come individui in fuga da conflitti e condizioni degradanti, altri affetti da tossicodipendenze, da patologie croniche, infettive o della sfera mentale, oppure stranieri che vantano anni di soggiorno in Italia, con un lavoro, non regolare, una casa e la famiglia o sono appena arrivati" v. Rapporto di Medici senza frontiere sui centri per migranti: CIE, CARA e CDA, 2010.

<sup>167</sup> Essa si basa su di un capitolato di appalto uniforme per la gestione dei centri per immigrati, che indica puntualmente i singoli servizi che l'ente gestore deve impegnarsi a fornire (d.m. del 21.11.2008), ma di fatto è stato osservato che "la qualità dei servizi offerti all'interno dei centri dipende nel dettaglio dal tipo di convenzione stipulata tra le singole Prefetture e gli enti gestori del servizio, sulla base delle risorse disponibili e della capienza del centro, ed esistono significative differenze negli standard di qualità riscontrabili nelle varie strutture" Senato della repubblica, XVI Legislatura, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, p. 129.

<sup>168</sup> E' stato infatti osservato che, se "l'istituzione dei centri si giustifica nella necessità di disporre di mezzi per il rimpatrio degli stranieri", "l'allungamento dei tempi di permanenza determina un cambio di prospettiva non trattandosi più di misura straordinaria e temporanea di limitazione della libertà per attuare l'allontanamento, ma, vista l'incertezza dei tempi per l'accertamento delle generalità e dell'espulsione, di una detenzione amministrativa cui manca un adeguato sistema di garanzie di rispetto dei diritti dei soggetti trattenuti e adeguate condizioni di trattenimento per quanto riguarda strutture e servizi", Senato della Repubblica, XVI Legislatura, Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani,

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

del resto, si riscontra che la collaborazione dei consolati dei paesi di provenienza nell'identificazione dello straniero trattenuto "è strettamente connessa all'esistenza o meno degli accordi di riammissione" e "se opera, opera nella prima fase del trattenimento dello straniero, trascorsa la quale si rivela di fatto un'inerzia dell'autorità consolare che nasconde la volontà di non cooperare all'espulsione"<sup>169</sup>.

Infine, la graduale espansione e normalizzazione dell'istituto determina una potenziale contrarietà, non soltanto, rispetto ai parametri costituzionali che prescrivono la natura eccezionale di ogni forma di limitazione della libertà personale in via amministrativa<sup>170</sup>, ma anche rispetto alla disciplina Europea che, pur prevedendo limiti temporali piuttosto ampi (18 mesi) impone comunque limiti soggettivi e finalistici più specifici di quelli previsti a livello nazionale<sup>171</sup>.

---

*Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, p. 130. In particolare si osserva che "i rimpatri degli stranieri trattenuti nei CIE hanno un peso irrisorio sul totale della popolazione in condizione d'irregolarità", "i 7.039 immigrati transitati nel 2010 attraverso uno dei 13 centri sparsi sul territorio nazionale incidono per appena l'1,2% sul totale dei circa 544mila stranieri irregolari stimati dall'ISMU (Iniziativa e studi sulla multietnicità) all'inizio del 2010, percentuale che scende addirittura allo 0,6% se, in modo più corretto, si considerano soltanto i 3.399 immigrati effettivamente rimpatriati dopo essere stati 'ospitati' in un CIE". in Senato della repubblica, cit. p. 130, (i dati cui si fa riferimento sono tratti dal Dossier statistico immigrazione 2011 Caritas/Migrantes). Secondo alcuni osservatori i dati sulle espulsioni degli ultimi anni rilevano un calo nel numero di quelle effettivamente eseguite, come ad indicare una sostanziale inefficacia delle politiche incentrate sulla detenzione amministrativa promosse negli ultimi anni, in particolare con la l. Bossi-Fini del 2002 ed il c.d. pacchetto sicurezza del 2009. In particolare: "nel 2001 [...] nel pieno della applicazione della legge Turco-Napolitano, le espulsioni erano state 58 mila quelle intimate e 34 mila quelle effettivamente eseguite" e "nel 2002, con la introduzione della legge Bossi-Fini, erano state disposte 88.501 espulsioni, ma la percentuale tra le persone espulse e quelle effettivamente allontanate era rimasta sempre intorno al 50-60%", "per il ministero dell'interno le persone effettivamente espulse o rimpatriate sarebbero state 37.756 [...] nel 2003, 35.437 nel 2004 e 26.985 [...] 2005, e soltanto 24.902 nel 2006", mentre "sono state appena 6.553 le espulsioni di immigrati irregolari 'effettivamente eseguite' nel 2008, e attorno alle 9.000 quelle eseguite nel 2009", in F. VASSALLO PALEOLOGO, *I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei Centri di identificazione ed espulsione*, in Studi ASGI, p. 12.

<sup>169</sup> R. FINOCCHI, *La nuova disciplina dell'immigrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 1, 5, (che esprimeva tali riflessioni in relazione all'allungamento a sessanta giorni del trattenimento, operato dalla legge Bossi-Fini rispetto ai trenta della legge Turco-Napolitano, ancora distante, pertanto, dai termini ben più lunghi cui si è giunti con la disciplina attuale).

<sup>170</sup> Art. 13 Cost. sotto il profilo della riserva di legge di cui all'art. 13 (per i termini piuttosto ampi in cui sarebbero previste le possibilità di trattenimento) e sotto il profilo della riserva di giurisdizione di cui allo stesso articolo (perché il trattenimento in via amministrativa non sarebbe previsto come misura "eccezionale" bensì ordinaria). Per queste osservazioni v. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, in B. NASCIBENE, *Il diritto degli stranieri ...*; G. SAVIO, P. BONETTI, *L'allontanamento dal territorio dello stato dello straniero extracomunitario in generale*, Scheda pratica ASGI, 28 febbraio 2012.

<sup>171</sup> Sotto il profilo del diritto Europeo si sottolinea che l'art. 15 co. 1 della direttiva rimpatri prevede che il trattenimento possa essere disposto soltanto in presenza di indizi di una possibile inaffidabilità dello

## CAPITOLO PRIMO

Il problema dell'inefficacia del trattenimento, soprattutto ove prolungato, è comunque sentito anche in altri Paesi, sia Europei sia extra-Europei come si vedrà.

Oltre al trattenimento nei CIE, altri interventi incidentali sono costituiti dalla predisposizione di misure alternative al trattenimento, applicabili nei casi in cui si debba dare esecuzione ad un'espulsione prefettizia disposta per ragioni diverse dalla pericolosità sociale. Si tratta della consegna del passaporto o di altro documento equipollente, dell'obbligo di dimora in luogo stabilito o dell'obbligo di presentazione ad un ufficio della forza pubblica in dati giorni e ore, disposte dal Questore e sottoposte comunque a convalida da parte del giudice di pace.

Infine, ove non sia stato possibile disporre il trattenimento (ad esempio per indisponibilità di posti o per la particolarità delle condizioni personali dello straniero) o non siano comunque cessati gli impedimenti all'accompagnamento, neanche durante il periodo di trattenimento eventualmente disposto, il questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro 7 giorni (provvedimento con cui si conclude la procedura di allontanamento forzato rivelatasi infruttuosa).

Come alternativa all'allontanamento forzato, invece, il nostro sistema prevede la partenza volontaria, disposta qualora lo straniero non ricada nelle ipotesi che richiedono l'allontanamento coattivo. In tali casi egli deve essere avvisato dal questore della possibilità di chiedere la concessione di un termine per la partenza volontaria. Questa modalità di esecuzione, pertanto, risulta attivabile soltanto su richiesta dell'interessato<sup>172</sup>.

---

straniero, mentre non si prevede il trattenimento anche in presenza di situazioni che non dipendono dal comportamento dello straniero, come invece avviene nella normativa italiana. Problematico sarebbe altresì il sistema delle proroghe, in quanto la direttiva prevede che “quando risulta che non esiste più alcuna prospettiva ragionevole di allontanamento [...] il trattenimento non è più giustificato e la persona interessata è immediatamente rilasciata” (art.15), mentre tale criterio non risulta trasposto dal legislatore italiano.

<sup>172</sup> Il D.L. 23 giugno 2011, n. 89 ha precisato infatti che la mancata richiesta del termine comporta automaticamente che l'espulsione sia eseguita in modo coattivo (non risultando possibile una diversa valutazione da parte dall'amministrazione *ex officio*). Il legislatore ha comunque inteso facilitare questa possibilità, stabilendo che la questura deve provvedere a dare “adeguata informazione allo straniero della facoltà di richiedere un termine per la partenza volontaria, mediante schede informative plurilingue” (art. 13 commi 5, 5.1 e 5.2). Nel caso di proposizione della richiesta, il prefetto intima allo straniero, con lo stesso provvedimento di espulsione, di lasciare il territorio entro un termine tra i 7 e 30 giorni ed il questore, nelle more della partenza, sottopone lo straniero ad una o più restrizioni – consegna del passaporto fino al momento della partenza, obbligo di dimora in luogo individuato o di presentazione ad un ufficio di polizia in giorni e ore stabiliti – che richiedono anch'esse la comunicazione all'autorità giudiziaria per la convalida nei tempi previsti dall'art. 13 cost., trattandosi pur sempre di limitazioni della libertà personale.

L'ottemperanza volontaria all'ordine del questore è premiata con una disciplina di favore, che prevede la revocabilità del divieto di rientro ove lo straniero dimostri di aver lasciato il territorio nazionale entro il termine richiesto (art. 13 comma 4).

#### 6. *La diversificazione dello statuto amministrativo dello straniero*

Uno dei caratteri più spiccati della disciplina amministrativa dell'immigrazione è costituito dalla diversificazione dello statuto amministrativo dello straniero che, per quanto riguarda l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dal territorio, prevede regole diverse, sia dal punto di vista sostanziale sia da quello procedurale, per diverse categorie di persone.

Da un certo punto di vista, la disciplina speciale per eccellenza in questo settore è quella del richiedente asilo, per il quale l'ingresso ed il soggiorno nel territorio costituiscono un vero e proprio diritto, in quanto persona riconosciuta come bisognosa e degna di protezione da parte dello Stato<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup> La disciplina della protezione internazionale è piuttosto stratificata ed articolata e viene richiamata in questa sede soltanto per cenni. A livello internazionale la disciplina principale è quella in materia di rifugiati, stabilita dalla Convenzione di Ginevra del 1951. A livello Europeo, invece, il diritto d'asilo è espressamente riconosciuto dalla Carta di Nizza (art. 19) e costituisce oggetto di un processo di armonizzazione tra le varie discipline nazionali. Dopo la Convenzione di Dublino del 1990, volta a determinare un sistema di criteri comuni per la definizione dello Stato competente in materia d'asilo, poi ripresi nel regolamento Dublino CE n. 343/2003, sono state infatti approvate specifiche discipline: sulla protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di immigrati (direttiva 2001/55/CE), sulle condizioni minime di accoglienza (direttiva 2003/9/CE), sulle qualifiche relative alla protezione internazionale (direttiva 2005/85/CE) e sulle relative procedure di riconoscimento (2005/85/CE). A livello nazionale, invece, il diritto d'asilo è riconosciuto espressamente ed in termini piuttosto ampi dalla Costituzione (art. 16, che lo riconosce allo straniero al quale "sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana"), ma è rimasto a lungo inattuato. Anche da questo punto di vista, infatti, l'Italia presenta un ritardo rispetto agli altri paesi Europei, essendo divenuto meta di questo tipo di immigrazione (c.d. immigrazione forzata) in tempi relativamente recenti. La disciplina italiana del diritto di asilo si è quindi sviluppata non in senso autonomo, ma sempre come recezione di una disciplina prevista a livello sovranazionale, prima in relazione alla Convenzione di Ginevra (cui è stata data attuazione organica con il D.L. 416/1989) e poi in relazione alla disciplina europea (attuata, prima con la l. 23 dicembre 1992, n. 523, di esecuzione della Convenzione Dublino del 1990, e poi con i d. lgs. 251/2007 e 25/2008, attuativi delle direttive in tema di qualifiche e procedure). Tra i testi in materia v. C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2012; F. RESCIGNO, *Il diritto di asilo*, Roma, 2011. Sebbene la materia non possa essere oggetto di approfondimento in questa sede, è comunque possibile osservare che il riconoscimento di diritti di protezione impone vincoli speciali, tanto al legislatore, quanto all'amministrazione, nel definire ed applicare gli istituti relativi all'ingresso, al soggiorno ed all'espulsione. In relazione ai primi due, infatti, lo straniero ha diritto ad accedere ad una procedura amministrativa speciale volta ad accertare la sussistenza del diritto alla protezione. La procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, dopo una prima fase seguita dalla polizia di frontiera e dalla Questura, volta a consolidare la domanda d'asilo, si svolge davanti alle commissioni territoriali, organi amministrativi specializzati, nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e composti in modo misto (un

## CAPITOLO PRIMO

Al di là di questa ipotesi del tutto particolare, l'esistenza di statuti amministrativi speciali costituisce, più spesso, la conseguenza diretta della prassi statale di concludere accordi internazionali di cooperazione in materia di immigrazione e circolazione delle persone, che prevedono il riconoscimento di particolari privilegi per i rispettivi cittadini. Il criterio di diversificazione, in questi casi, non è quindi determinato dalle qualità personali o morali dello straniero, bensì dal suo Paese d'origine, a seconda che esso intrattenga o meno rapporti di cooperazione con quello di ingresso.

Si possono richiamare i numerosi accordi bilaterali conclusi con Paesi terzi da parte dell'Unione Europea o di singoli Stati, che danno vita “ad una pluralità di statuti di vantaggio, a beneficio dei cittadini delle rispettive parti contraenti”, con la conseguenza che “nella valutazione delle fattispecie concrete, l'interprete dovrà eventualmente tener conto, oltreché delle disposizioni generali applicabili in materia d'immigrazione, [anche] di tali statuti particolari”<sup>174</sup>.

---

funzionario della carriera prefettizia, un funzionario della Polizia di Stato, un rappresentante dell'UNHCR ed un rappresentante designato dall'ANCI). Il provvedimento negativo può poi essere impugnato davanti al giudice ordinario, con devoluzione piena dell'intera questione al giudice ordinario, come previsto dal d.lgs. 25/2008. In caso di esito positivo, il diritto di asilo sarà riconosciuto direttamente in sede giurisdizionale. In relazione al provvedimento di espulsione, invece, lo straniero gode di alcune protezioni aggiuntive, ad esempio in relazione all'effetto sospensivo automatico del ricorso giurisdizionale contro i provvedimenti negativi in materia di riconoscimento della protezione internazionale. Il ricorso contro il provvedimento negativo in tema di riconoscimento della protezione internazionale ha effetto automaticamente sospensivo, conferendo il diritto a restare nel territorio per tutta la durata del giudizio, ottenendo il rilascio di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo, di durata trimestrale e rinnovabile. V. D. CONSOLI, *Il riconoscimento in via giurisdizionale del diritto di asilo*, in C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, cit., p. 212. Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, infine, trattandosi di una materia che incide sui diritti soggettivi dello straniero, la relativa giurisdizione è stata gradualmente trasferita al giudice ordinario.

<sup>174</sup> M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 49. Come esempi si possono citare: l'accordo di associazione con la Turchia (Ankara del 1963), gli accordi di associazione e stabilizzazione stipulati con la Croazia e la ex Repubblica di Macedonia nel 2004, o quelli con l'Albania e con la Bosnia Erzegovina conclusi tra 2008 e 2009 (per un elenco più completo, con i riferimenti della relativa pubblicazione, si rinvia allo studio citato in questa nota). Il più significativo è forse il caso degli accordi tra Unione Europea e Turchia, inizialmente volti a creare un'unione doganale comune e successivamente arricchiti con disposizioni di favore rivolte ai cittadini turchi, in relazione alla circolazione per motivi di lavoro e per motivi familiari. Si prevedono infatti una serie di privilegi nell'accesso a servizi sociali ed al mercato del lavoro nei Paesi membri e una disciplina di favore per la circolazione dei loro familiari. Per il futuro, inoltre, tali accordi sembrano aprire la possibilità di riconoscere ai cittadini Turchi un vero e proprio diritto alla libera circolazione nello spazio Schengen, alla pari dei cittadini Europei. V. Accordo di associazione CEE-Turchia (1963), GU n. 217 del 29 dicembre 1964 (c.d. accordo di Ankara), integrato dal Protocollo addizionale del novembre 1970, GU L 293 del 29.12.1972. Un altro esempio significativo sono gli accordi che già estendono la disciplina europea della libera circolazione ai cittadini di alcuni stati non membri dell'Unione, come l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia (che fanno parte dello Spazio economico europeo, SEE, istituito nel 1994) nonché ai cittadini della Svizzera. V. l'accordo sullo Spazio economico europeo, 2 maggio 1992, parte III, Libera circolazione di persone, servizi e capitali, GU

Il caso più significativo di tutti è comunque lo statuto privilegiato di cui godono i cittadini Europei e i loro familiari, in virtù del diritto di circolazione espressamente riconosciuto dal diritto comunitario, sia per l'ampiezza del campo di applicazione, sia per il tipo di privilegi previsti<sup>175</sup>.

Al cittadino europeo e al suo familiare si riconosce un vero e proprio diritto soggettivo a circolare liberamente nel territorio dell'Unione Europea, che si traduce anzitutto nel diritto di lasciare il proprio Paese e nel diritto di entrare in un altro senza obbligo di visto o di altro adempimento amministrativo specifico<sup>176</sup>.

I poteri di controllo delle autorità di frontiera risultano inoltre limitati, in quanto i controlli documentali sono qualificati come "minimi" (in contrasto con quelli

---

L 1 del 3.1.1994. V. l'accordo tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da un lato, e la Confederazione svizzera, dall'altro lato, sulla libera circolazione di persone, firmato in Lussemburgo il 21 giugno 1999 ed entrato in vigore il 1° giugno 2001, GU L 114 del 30.4.2002. Essi risultano significativi non soltanto sul piano normativo ma anche su quello organizzativo, poiché gli Stati dell'UE e del SEE costituiscono, assieme alla Svizzera, l'Associazione europea di libero scambio (EFTA), organizzazione dotata di proprie istituzioni, tra cui un organo giurisdizionale, la Corte dell'EFTA (competente, ad esempio, a pronunciarsi sull'interpretazione dell'accordo SEE relativamente all'Islanda, al Liechtenstein e alla Norvegia) che risulta "ispirata alla CGUE" e "tende a seguirne la giurisprudenza" AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Giugno 2013, p. 18. Al di là di queste ipotesi speciali, nella maggior parte dei casi gli accordi bilaterali danno origine a statuti comunque meno favorevoli rispetto a quelli del cittadino comunitario, definibili pertanto come "intermedi". M. GESTRI, *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 48. L'autore osserva tuttavia che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'interpretazione di alcuni di questi accordi si rileva una tendenza a "ridurre il fossato che generalmente separa la situazione dei lavoratori comunitari rispetto a quella dei lavoratori cittadini di stati terzi", ciò "da un lato, interpretando le norme contenute in alcuni accordi in termini talora non molto diversi da quelle del trattato istitutivo della Comunità europea" e "dall'altro, riconoscendo sovente alle stesse le capacità ad avere effetto diretto negli ordinamenti interni degli stati membri"; si cita in proposito lo studio di STANGOS, *La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes concernant les travailleurs migrants, ressortissant de pays tiers*, in *Revue des affaires Européennes*, 2000, p. 107.

<sup>175</sup> Disciplinato attualmente dalla direttiva 2004/38/CE, attuata in Italia con d.lgs. 30/2007.

<sup>176</sup> Salvo il possesso di un documento valido e idoneo. L'art. 4 d. lgs. 30/1007 prevede infatti il "diritto di lasciare il territorio nazionale per recarsi in un altro Stato dell'Unione". La categoria dei soggetti che si considerano "familiari" è tassativamente descritta dal decreto, ma viene comunque previsto che in ogni caso "si agevola" l'ingresso di ogni altro familiare a carico, nonché del "partner" (art. 3). L'art. 4 della direttiva 2004/38/CE prevede che gli Stati non possono imporre un visto d'uscita ai propri cittadini verso altri Stati membri. La Corte di Giustizia ha precisato che il diritto di uscita non può comunque essere limitato se non ove il comportamento della persona costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società ed il provvedimento adottato risulti proporzionato (caso *Jipa* C-33/07).

## CAPITOLO PRIMO

“approfonditi” cui sono soggetti i cittadini di Paesi terzi)<sup>177</sup>, e i poteri di respingimento sono soggetti ad alcuni limiti procedurali aggiuntivi<sup>178</sup>.

Oltre all’ingresso, anche il soggiorno costituisce oggetto, per i cittadini UE e i loro familiari, di un vero e proprio diritto soggettivo<sup>179</sup>.

Il passare del tempo conferisce inoltre maggiore stabilità al diritto stesso, poiché il soggiorno nel territorio protratto per cinque anni (o in certi casi anche meno), permette di esercitare un diritto di soggiorno permanente e incondizionato<sup>180</sup>. La posizione del familiare extracomunitario acquista inoltre un certo grado di stabilità anche indipendentemente dalle vicende che interessano il cittadino comunitario<sup>181</sup>.

Il diritto di circolazione e soggiorno non presenta comunque carattere assoluto ma può essere limitato nelle varie fasi del percorso migratorio, in particolare prevedendo limiti all’ingresso e ipotesi di allontanamento dal territorio, se pur alle strette condizioni previste dalla disciplina europea.

In generale la normativa europea stabilisce che tali diritti possono essere limitati soltanto per motivi di ordine pubblico, pubblica sanità e pubblica sicurezza.

---

<sup>177</sup> Art. 7 Reg. CE 562/2006.

<sup>178</sup> Il respingimento, infatti, non è disposto se l’interessato, entro ventiquattro ore dalla richiesta, dimostra la propria qualifica di titolare del diritto di libera circolazione (art. 5).

<sup>179</sup> Che può essere esercitato liberamente per un periodo inferiore a tre mesi “salvo il possesso di un documento d’identità valido per l’espatrio secondo la legislazione dello Stato di cui hanno la cittadinanza” Art. 6. D.Lgs. 6-2-2007 n. 30. Mentre per soggiorni più lunghi è richiesto il possesso di alcuni requisiti economici e lo svolgimento di alcuni adempimenti amministrativi. In particolare, il cittadino dell’Unione dev’essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato, oppure disporre comunque di risorse economiche sufficienti per sé stesso e per i propri familiari, per non diventare un onere a carico dell’assistenza sociale dello Stato (art. 7, d.lgs. 30/2007). Per la determinazione dei requisiti economici si adottano gli stessi criteri previsti in materia di ricongiungimento familiare del cittadino terzo, che a loro volta prevedono il possesso di un reddito minimo annuo parametrato sull’importo dell’assegno sociale e di un’assicurazione sanitaria. Al cittadino è richiesta l’attestazione di soggiorno rilasciata dal Comune, mentre ai familiari extracomunitari dei cittadini dell’Unione è richiesta la carta di soggiorno rilasciata dalla Questura. Tali adempimenti hanno comunque natura dichiarativa, non costitutiva, e la loro violazione non costituisce quindi motivo di espulsione, come invece avviene per il cittadino di Paese terzo che violi le norme sul soggiorno. Per il diritto Europeo tale violazione può essere sanzionata soltanto con misure proporzionate alla gravità dell’infrazione e comunque diverse dall’allontanamento.

<sup>180</sup> Esso non risulta subordinato a tali requisiti economici, ma si perde in caso di assenze dal territorio nazionale superiori a due anni consecutivi.

<sup>181</sup> Il diritto di soggiorno infatti non decade automaticamente con il divorzio dal cittadino dell’Unione, né con il suo decesso o la sua partenza, ma a certe condizioni può essere conservato (in particolare se il cittadino extracomunitario sia in possesso dei requisiti economici richiesti per il soggiorno di lungo periodo o abbia acquistato il diritto di soggiorno permanente).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Per quanto analoghe a certe clausole generali previste nella disciplina dei cittadini di Paesi terzi, nella materia della libera circolazione tali clausole sono state interpretate in senso restrittivo dalla Corte di Giustizia e sono comunque oggetto di limitazioni specifiche, come ad esempio il necessario rispetto del principio di proporzionalità<sup>182</sup>.

Risultano quindi maggiormente limitati, tanto il margine di apprezzamento del legislatore nazionale nel definire la relativa disciplina, quanto la discrezionalità dell'amministrazione nell'applicare i relativi istituti<sup>183</sup>.

Vincoli specifici sono poi previsti per il più significativo tra i provvedimenti limitativi della libertà di circolazione, che è l'allontanamento dal territorio.

La normativa italiana ne prevede due tipi, in analogia con la disciplina dell'espulsione: l'allontanamento prefettizio motivato da ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza, o dal fatto che siano venute a mancare le condizioni che determinano il diritto di soggiorno, e l'allontanamento disposto dal Ministro dell'Interno quando sussistano motivi di sicurezza dello Stato.

Anche in questo caso sono previste delle precisazioni in relazione alle nozioni di "ordine pubblico" e "pubblica sicurezza"<sup>184</sup>, e risulta espressamente prescritto il necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'adozione del provvedimento di allontanamento (mentre, in relazione ai cittadini extracomunitari, la direttiva rimpatri

---

<sup>182</sup> La direttiva 2004/83/CE stabilisce infatti che i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza rispettano il principio di proporzionalità (art. 27). La Corte di Giustizia ha inoltre precisato che nel contesto comunitario la portata di tali clausole "non può essere determinata autonomamente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'[Unione]" e che la nozione di ordine pubblico in particolare presuppone "oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società", Sentenza 10/7/2008, *Jipa*. In relazione ai motivi di sanità, invece, l'art. 29 specifica quali sono il tipo di malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione. Per un'analisi di tali limiti v. in particolare B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 118.

<sup>183</sup> In relazione a questo fenomeno si è parlato di una "de-nazionalizzazione del diritto amministrativo" dell'immigrazione (con il quale, come si vedrà, il fenomeno CEDU presenta molte analogie), v. M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, p. 138.

<sup>184</sup> Per quanto riguarda i motivi di sicurezza dello Stato, la legge precisa che essi sussistono soltanto quando la persona da allontanare è sospetta di terrorismo (in particolare, appartiene ad una delle categorie di cui all'articolo 18 della legge 22 maggio 1975, n. 152, c.d. legge Reale, ovvero vi sono fondati motivi di ritenere che la sua permanenza nel territorio dello Stato possa agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali), art. 20 d. lgs. 30/2007. Invece, i motivi imperativi di pubblica sicurezza sussistono quando la persona da allontanare abbia tenuto comportamenti che costituiscono "una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave ai diritti fondamentali della persona ovvero all'incolumità pubblica". Non è tali, ad esempio, la situazione di un soggetto con precedenti penali per reati contro il patrimonio (Trib. Novara, 28.9.2011, Giud. Filice).

## CAPITOLO PRIMO

impone il rispetto di tale principio soltanto per le misure coercitive eventualmente adottate in esecuzione dell'espulsione, ma non in relazione al provvedimento stesso).

Si prevede inoltre che il provvedimento di allontanamento non possa essere motivato da ragioni di ordine economico, né da ragioni estranee ai comportamenti individuali dell'interessato che rappresentino “una minaccia concreta, effettiva e sufficientemente grave all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza”. I titolari del diritto di soggiorno permanente e i minori di età, poi, possono essere espulsi soltanto per motivi gravi<sup>185</sup>.

A differenza che nella disciplina dell'espulsione, inoltre, risultano espressamente esclusi alcuni automatismi espulsivi, precisandosi che “l'esistenza di condanne penali non giustifica di per sé l'adozione di tali provvedimenti”<sup>186</sup>, e che nemmeno l'eventuale ricorso al sistema di assistenza sociale costituisce automaticamente causa di allontanamento “ma deve essere valutato caso per caso”<sup>187</sup>.

Dal punto di vista procedurale, sono previste modalità di notificazione e traduzione dell'atto analoghe a quelle in materia di espulsione<sup>188</sup>.

Per quanto riguarda l'esecuzione del provvedimento, anche in questo caso è prevista l'ipotesi dell'esecuzione forzata, con convalida da parte dell'autorità giudiziaria, tuttavia, a differenza che per le espulsioni, la competenza per la convalida spetta al

---

<sup>185</sup> Più precisamente, i titolari del diritto di soggiorno permanente possono essere allontanati soltanto per motivi “di sicurezza dello Stato, per motivi imperativi di pubblica sicurezza o per altri gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”, mentre i beneficiari del diritto di soggiorno che hanno soggiornato nel territorio nazionale nei precedenti dieci anni o che siano minorenni possono essere allontanati soltanto per motivi “di sicurezza dello Stato o per motivi imperativi di pubblica sicurezza” (art. 20 comma 6 e 7).

<sup>186</sup> V. art. 20 del D.Lgs. n. 30 del 2007. Ad esempio, la Corte di Giustizia ha stabilito l'illegittimità di una normativa spagnola che precludeva automaticamente allo straniero l'ingresso sulla sola base della segnalazione Schengen, senza alcuna verifica della pericolosità per l'ordine pubblico (CGE 31 gennaio 2006, C-503/2003).

<sup>187</sup> Art. 21, d.lgs. 30/2007.

<sup>188</sup> Appare curiosa, invece, la previsione di eccezioni al dovere di motivazione ove vi ostino ragioni di sicurezza dello Stato (in quanto non risulta presente nella disciplina, per il resto meno garantista, delle espulsioni). Si prevede infatti che “i provvedimenti di allontanamento [adottati dal Ministro dell'Interno] sono motivati, salvo che vi ostino motivi attinenti alla sicurezza dello Stato” art. 20 comma 10 d.lgs. 30/2007. La precisazione sembra esprimere la volontà del legislatore italiano di avvalersi di una possibilità comunque prevista dalla direttiva 2004/38/CE, che stabilisce che in tutti i provvedimenti limitativi del diritto di circolazione i motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica sono comunicati all'interessato “salvo che vi ostino motivi attinenti alla sicurezza dello Stato” (art. 30).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU tribunale ordinario in composizione monocratica anziché al giudice di pace e il principio di preferenza per l'allontanamento volontario sembra maggiormente rispettato<sup>189</sup>.

Inoltre, risulta prevista per l'interessato la possibilità di richiedere una vera e propria revoca del divieto di reingresso per "oggettivo mutamento delle circostanze" che avevano giustificato l'adozione del divieto<sup>190</sup>.

La natura di diritto soggettivo fa sì che la cognizione dei provvedimenti di rifiuto e revoca del diritto soggiorno siano devoluti all'autorità giudiziaria ordinaria<sup>191</sup>. Per i provvedimenti di allontanamento, invece, la giurisdizione risulta suddivisa tra il giudice amministrativo per i provvedimenti ministeriali, di competenza del TAR Lazio, e il giudice ordinario per i provvedimenti prefettizi.

La disciplina di favore prevista per i cittadini comunitari ed i loro familiari è suscettibile poi di un'applicazione estensiva anche a soggetti diversi. Il legislatore italiano prevede infatti che le tali disposizioni si applicano anche, ove più favorevoli, ai familiari di cittadini italiani non aventi la cittadinanza italiana. A livello europeo, invece, le stesse disposizioni sono estese, in virtù di specifici accordi, anche ai cittadini di Stati non membri (v. *supra*).

## 7. La tutela giurisdizionale

### 7.1 Quadro normativo e organizzazione delle funzioni giurisdizionali

E' quindi possibile compiere un'analisi più mirata delle tutele giurisdizionali dello straniero avverso i provvedimenti in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione, a partire dall'analisi del relativo quadro normativo<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> I casi di allontanamento forzato sono due: quando lo straniero si trattiene oltre il termine concesso per la partenza volontaria, oppure quando il provvedimento sia motivato da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sicurezza dello Stato.

<sup>190</sup> Art. 20 comma 13.

<sup>191</sup> Art. 8 d.lgs. 30/2007. A commento v. M. GOZZI, *Circolazione e soggiorno nell'Unione Europea (D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e successive modificazioni): la tutela giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 1, 175.

<sup>192</sup> Il tema della tutela giurisdizionale dello straniero costituisce già oggetto di alcuni approfondimenti specifici in dottrina. Per quanto riguarda il quadro nazionale, invece, si segnalano G. SIRIANNI, *Il diritto alla difesa degli stranieri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 2890 ss.; Idem., *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 889 e ss.; M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it*, 2000, I, p. 3346; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 817-819; G. CORSI, *Diritti fondamentali e cittadinanza*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 797 ss.; M. MARINELLI, *Immigrazione e processo tra efficienza e garanzia per tutti*, in *Il corriere giuridico*, n. 8, 2001, pp.1023 e ss.; R. ROLLI,

## CAPITOLO PRIMO

Per quanto riguarda il piano Europeo, oltre alle disposizioni costituzionali di cui già si è detto (facedo riferimento alla Carta di Nizza), è possibile rintracciare diverse disposizioni più specifiche nelle varie direttive intervenute in materia di visti, permessi di soggiorno e rimpatri.

Nella maggior parte dei casi il legislatore Europeo, nel disciplinare questi profili processuali delle singole fattispecie, lascia un margine di apprezzamento piuttosto ampio agli Stati membri.

Generalmente, infatti, si prevedono disposizioni di tipo procedurale (sul carattere scritto e motivato del provvedimento e sulla sua necessaria notificazione all'interessato, in genere nei modi previsti dal legislatore nazionale, ma comunque in una lingua a lui comprensibile e con necessaria indicazione dei relativi mezzi di impugnazione). Mentre in materia processuale ci si limita a prevedere la semplice "impugnabilità" dei provvedimenti di volta in volta disciplinati, secondo le norme previste a livello nazionale, senza precisare quali debbano essere le caratteristiche dell'organo adito o i suoi poteri rispetto al provvedimento in questione<sup>193</sup>.

---

*Immigrazione e giurisdizione*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 553-568; G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Atti del convegno di Copanello, 2-4 luglio 2008, Soveria Mannelli, 2009, pp. 163-218; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4, 2006, p. 27 e ss.; N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* X, 1-2008, pp. 54 e ss.; N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2002, pp. 681 e ss. Per quanto riguarda il quadro normativo europeo e sovranazionale si segnalano in modo particolare P. BOELES, *Fair Immigration Proceedings in Europe*, The Hague, Boston, London, 1997, E. BROUWER, *Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All?*, in *European Journal of Migration and Law*, 7, 2005, pp. 219-236; F. LENZERINI, R. MORI, *Accesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti umani*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 149-174; A. LIGUORI, *Le garanzie processuali degli immigrati extracomunitari nell'Unione Europea*, in U. LEANZA, *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno*, IX Convegno, Roma 17-18 giugno 2004, SIDI, Società italiana di diritto internazionale, Napoli, 2005.

<sup>193</sup> Prevedono disposizioni minime di questo tipo le direttive in materia di circolazione dei cittadini comunitari (art. 31 comma 2 direttiva 83/2004/CE), rilascio dei permessi di soggiorno (art. 8, 2011/98/UE), soggiornanti di lungo periodo (art. 10, dir. 2003/109/CE), ingresso a fini di ricerca scientifica (art. 15, dir. 2005/71/CE), ricongiungimento familiare (art. 18, 2003/86/CE) e ingresso di lavoratori altamente qualificati (art. 11, 2009/50/CE).

Fanno eccezione a questa tendenza le disposizioni in materia di espulsione dei cittadini di Paesi terzi e di allontanamento dei cittadini comunitari, che risultano oggetto di una disciplina processuale più articolata, evidentemente in considerazione della natura particolare del provvedimento in questione, per la sua diretta incidenza sui diritti della persona. L'attenzione del legislatore europeo si concentra soprattutto sui poteri dell'organo adito, sul tipo di sindacato esercitato e sul regime delle tutele cautelari (secondo una logica che non sembra dissimile, se pur molto meno sviluppata, da quella adottata in altri settori del diritto amministrativo europeo, come quello degli appalti pubblici)<sup>194</sup>. La disciplina processuale, in questo caso, risulta però differenziata, poiché le tutele avverso l'allontanamento del cittadino dell'Unione sono più sviluppate rispetto a quelle previste per l'espulsione del cittadino di Paese terzo.

Nel primo caso, infatti, si richiede che siano predisposti “mezzi di impugnazione giurisdizionali”, mentre nel secondo si parla di “mezzi di ricorso effettivo” dinanzi ad un'autorità non necessariamente giurisdizionale<sup>195</sup>.

Inoltre, mentre in entrambi i casi si precisa che l'organo adito debba godere del potere di “revisione” dell'atto (precisazione non prevista nelle altre direttive), soltanto per il cittadino comunitario è previsto che il sindacato del giudice debba assicurare, oltre al “controllo della legittimità del provvedimento”, anche il controllo sui “fatti e le circostanze che ne giustificano l'adozione”, nonché la verifica del rispetto del principio di proporzionalità, che costituisce un principio cardine della materia, operando come vincolo generale per i provvedimenti limitativi della libera circolazione del cittadino Europeo<sup>196</sup>.

In materia di tutela cautelare, invece, per l'espulsione del cittadino extracomunitario è previsto soltanto che l'autorità adita debba avere “la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione”<sup>197</sup>, mentre per l'allontanamento del

---

<sup>194</sup> Da un certo punto di vista, infatti, anche il regime processuale in materia di appalti (definito nella direttiva 2007/66/CE, c.d. direttiva ricorsi), che risulta strumentale ad assicurare l'effetto utile della disciplina Europea in questa materia, trova una delle sue espressioni più significative proprio nella definizione dei poteri, anche cautelari, del giudice adito. In tema v. R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>195</sup> Rispettivamente art. 31 direttiva 2004/38/CE e art. 13 direttiva 115/2008/CE, c.d. direttiva rimpatri, che prevede come necessario il ricorso ad un'autorità “giudiziaria o amministrativa” o a un organo “composto da membri imparziali che offrono garanzie di indipendenza”.

<sup>196</sup> Art. 31 direttiva 2004/38/CE.

<sup>197</sup> “A meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno” (art. 13).

## CAPITOLO PRIMO

cittadino comunitario viene ulteriormente precisato che l'esecuzione dell'allontanamento debba essere di regola sospesa, salvo casi particolari, fino alla decisione sull'ordinanza cautelare<sup>198</sup>.

In compenso, per l'espulsione del cittadino di Paese terzo è previsto che lo straniero debba avere “la facoltà di farsi consigliare e rappresentare da un legale e, ove necessario, di avvalersi di un'assistenza linguistica” e che gli Stati membri provvedono “a che sia garantita, su richiesta, la necessaria assistenza e/o rappresentanza legale gratuita”<sup>199</sup>.

Per quanto riguarda il quadro nazionale, invece, opera pienamente anche qui, come a livello europeo, la regola dell'applicabilità alla materia dell'immigrazione dei principi costituzionali in materia di diritto di difesa.

Il dato più rilevante che emerge dal quadro italiano – e che, come si vedrà, tende anche a distinguerlo dagli altri ordinamenti europei – è quello della graduale erosione della giurisdizione dal giudice amministrativo a favore del giudice ordinario, con un capovolgimento del modello di tutela originariamente previsto dalla l. Martelli del 1990, che assegnava, invece, proprio al giudice amministrativo la maggior parte delle competenze in materia di immigrazione (incluse quelle in materia di rifugiati e sui provvedimenti di espulsione).

Nella maggior parte dei casi questo trasferimento – realizzato in parte dal legislatore e in parte dalla giurisprudenza – ha costituito l'effetto della qualificazione in termini di diritto soggettivo di una serie di posizioni di vantaggio gradualmente riconosciute e consolidate in capo allo straniero (come per i provvedimenti in tema di protezione internazionale, di diritto alla vita familiare, e di diritto alla libera circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari).

In altri casi, invece, il trasferimento al giudice ordinario è apparso giustificato anche (o soprattutto) da ragioni di opportunità, trattandosi di un organo che “per struttura

---

<sup>198</sup> Secondo la direttiva 2004/38/CE, il provvedimento di allontanamento può essere eseguito durante la pendenza della richiesta cautelare soltanto in tre casi: ove si basi su una precedente decisione giudiziale, se le persone interessate hanno precedentemente fruito di una revisione, o il provvedimento sia fondato su motivi imperativi di pubblica sicurezza. E' inoltre previsto che, sebbene gli Stati possano vietare la presenza dell'interessato nel loro territorio per tutta la durata della procedura di ricorso, essi “non possono vietare che presenti di persona la sua difesa”, tranne qualora la sua presenza possa provocare “gravi turbative dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza” o quando il ricorso o la revisione riguardano proprio il divieto d'ingresso nel territorio.

<sup>199</sup> Art. 13 direttiva 115/2008/CE.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

ed organizzazione diffuse sul territorio, appare in grado di operare entro i termini brevi previsti dalla legge<sup>200</sup>. E' questo il caso dei provvedimenti di espulsione prefettizia<sup>201</sup>.

Il passaggio successivo di questa evoluzione è stato il trasferimento di alcune competenze del giudice ordinario al giudice di pace, in particolare in tema di espulsioni, sia per quanto riguarda i giudizi di convalida sui provvedimenti restrittivi della libertà personale previsti dal procedimento di esecuzione, sia per quanto riguarda l'impugnazione stessa del provvedimento<sup>202</sup>.

La scelta del legislatore è parallela a quella operata in campo penale, di affidare al giudice di pace la cognizione dei reati connessi alla irregolare presenza dello straniero sul territorio, ed appare funzionale all'esigenza di assicurare la celerità dei relativi giudizi. Essa, tuttavia, è risultata controversa in quanto da più parti, anche a livello istituzionale, sono state sollevate perplessità in ordine all'opportunità di affidare alla cognizione di un giudice non togato provvedimenti tanto delicati ed incidenti sulla libertà personale dello straniero<sup>203</sup>.

Per quanto riguarda il rito applicabile e la disciplina processuale, se tradizionalmente essa è apparsa relativamente scarna, nel tempo è divenuta oggetto di disposizioni via via più dettagliate, in parte su impulso della normativa comunitaria, in parte per effetto di recenti riforme del processo civile che hanno interessato anche questa

---

<sup>200</sup> Queste le considerazioni espresse dalla Relazione del Governo al d.l. 3240, che ha poi portato all'approvazione della l. Turco-Napolitano.

<sup>201</sup> Sul punto si ritornerà al Cap. IV.

<sup>202</sup> Il trasferimento è stato operato dal d.l. 14 settembre 2004, n. 241 convertito dalla l. 12 novembre 2004, n.271, intervenuto anzitutto per colmare il vuoto normativo determinato dalla sentenza della Corte costituzionale 222/2004 (che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 13 comma 5 bis t.u.imm., nella parte in cui non prevedeva che il giudizio di convalida del provvedimento di accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero irregolarmente soggiornante in Italia debba svolgersi in contraddittorio, prima dell'esecuzione del provvedimento stesso e con le garanzie della difesa).

<sup>203</sup> Si segnala il parere contrario reso dalla Commissione Giustizia della Camera in sede di conversione del d.l. in legge (secondo il quale "una sola categoria di persone, gli stranieri extracomunitari, vede ricadere sotto la giurisdizione del giudice di pace pronunce che incidono sul loro *status libertatis*, in evidente contraddizione con il principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3, primo comma, della Costituzione e senza che, per i tempi e per i modi previsti, sia effettivamente garantito quel nucleo incompressibile del diritto di difesa sancito dall'articolo 24 della Costituzione e richiamato dalla [...] Corte costituzionale", in [www.senato.it](http://www.senato.it)). Si segnala altresì il tentativo di ripristinare la giurisdizione del giudice ordinario operato dal governo successivo, di centro-sinistra, attraverso alcuni decreti legge non convertiti tra il 2007 e il 2008. L'iniziativa politica in questo senso, tuttavia, è poi venuta meno con il ritorno al governo nel 2008 del centro-destra, che della riforma del 2004 si era fatto promotore. Per una ricostruzione della vicenda v. M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione*, in Quaderni del Giudice di pace, 12, 2008, pp. 39 e ss.

materia. La riforma introdotta dal d.lgs. 150/2011, di c.d. semplificazione del processo civile, ha infatti costituito l'occasione per l'approvazione di disposizioni nuove ed in parte più dettagliate anche in materia di contenzioso degli stranieri.

Ciononostante sono tuttora rilevabili alcune ambiguità e potenziali lacune nella disciplina, in relazione alla mancata individuazione del giudice competente per l'impugnazione di certi provvedimenti (il respingimento, ma anche certi tipi di visto d'ingresso e permesso di soggiorno), o per la mancata definizione del tipo di poteri esercitabili dal giudice rispetto al provvedimento di volta in volta impugnato.

Come si vedrà, tali questioni vengono risolte in via giurisprudenziale, dando però origine a qualche incertezza applicativa e risultando talvolta problematiche sotto il profilo costituzionale o del rispetto della normativa Europea<sup>204</sup>.

### 7.2 *La giurisdizione del giudice amministrativo*

I provvedimenti che ancora rientrano nella giurisdizione dei TAR sono i visti di ingresso e i permessi di soggiorno chiesti da cittadini extracomunitari per motivi diversi dal ricongiungimento familiare o dalla protezione internazionale (come quelli per motivi di lavoro o di studio), nonché l'espulsione ministeriale dei cittadini extracomunitari e l'allontanamento ministeriale cittadini comunitari.

A livello statistico, il contenzioso degli stranieri compare generalmente al terzo o al quarto posto nell'elenco delle materie che maggiormente occupano i TAR italiani.

---

<sup>204</sup> La questione sarà approfondita al Cap. IV. E' comunque possibile anticipare che la mancata previsione di mezzi di ricorso contro certi provvedimenti potrebbe ritenersi in potenziale contrasto con il principio di giustiziabilità dei provvedimenti amministrativi, oltre che con la disciplina Europea, nei casi in cui prescrivere espressamente la necessaria impugnabilità del provvedimento in questione. Vi sono poi ipotesi in cui il legislatore non chiarisce se il giudice ordinario eserciti o meno poteri di annullamento del provvedimento amministrativo, ad esempio in materia di espulsione. La mancata disciplina dei poteri del giudice rispetto al provvedimento amministrativo risulta problematica in relazione alla riserva di legge, prevista dalla costituzione, sulla definizione degli "organi di giurisdizione [che] possono annullare gli atti della pubblica amministrazione", nonché dei "casi" e degli "effetti" dell'annullamento stesso (art. 113, comma 2 Cost.). Risulta difficile, però, per la natura del giudizio e per il tipo di situazioni giuridiche coinvolte, ritenere che i suoi poteri possano limitarsi alla mera disapplicazione del provvedimento amministrativo (come invece imporrebbe, in mancanza di diverse indicazioni legislative, la regola generale stabilita dalla l. 2248/1865, All. E). Il problema è sollevato, non soltanto, presso la dottrina che si occupa di questi temi, ma anche nella letteratura manualistica. V. ad esempio, in relazione al giudizio sull'espulsione, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, p. 98 e ss. e p. 131 e ss. In questi casi spetta quindi agli interpreti ed ai giudici stessi stabilire se sia comunque ammissibile, in particolari circostanze, esercitare veri e propri poteri di annullamento del provvedimento impugnato, anche in assenza di precise indicazioni legislative in tal senso, con esiti che, oltre a risultare talvolta incerti nella prassi, possono apparire non del tutto soddisfacenti dal punto di vista costituzionale e sistematico.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

Si tratta di percentuali relativamente contenute, soprattutto se si confrontano quelle di altre esperienze Europee nelle quali, come si vedrà, il contenzioso in materia di immigrazione riveste un ruolo quantitativamente più significativo nella giustizia amministrativa di quei Paesi (mancando il riparto di giurisdizione con il giudice ordinario, che invece si ha nel sistema italiano)<sup>205</sup>.

Dal punto di vista territoriale, invece, sia la materia i visti sia quella delle espulsioni rientrano nella competenza del TAR Lazio, trattandosi di provvedimenti adottati da amministrazioni statali che producono effetto su tutto il territorio. Il contenzioso amministrativo su questi provvedimenti è quindi distribuito in modo non uniforme sul territorio e tende a presentare una relativa stabilità negli orientamenti giurisprudenziali.

Dal punto di vista del rito non sono previste particolarità rispetto al rito ordinario. L'unica specificità riguarda i ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione ed allontanamento, per i quali si prevede la possibilità di presentare il ricorso dall'estero, nei casi in cui la misura sia già stata eseguita<sup>206</sup>.

Alcune disposizioni particolari sono invece introdotte per quanto riguarda le misure cautelari.

Una disciplina di favore è infatti prevista per l'allontanamento del cittadino comunitario, in relazione al quale si dispone che, come richiede il legislatore Europeo, ove i ricorsi siano accompagnati da un'istanza di sospensione dell'esecutorietà del provvedimento di allontanamento, l'efficacia del provvedimento impugnato resta sospesa fino all'esito dell'istanza (realizzando, di fatto, un effetto sospensivo automatico del ricorso provvisto di domanda cautelare, almeno fino alla definizione della relativa richiesta da parte del giudice). A tale regola fanno eccezione i casi in cui il provvedimento di allontanamento si basi su una precedente decisione giudiziale ovvero

---

<sup>205</sup> I dati sono ricavati dalle statistiche ISTAT sulla Giustizia amministrativa e contabile. Da questi risulta che nelle statistiche riferite agli anni fino al 2008 i ricorsi in materia di immigrazione non erano oggetto di una voce a sé, ma risultavano incluse nella voce "altri" (comprensiva dei provvedimenti in materia di pubblica sicurezza, leva e materia tributaria) che risultava essere, però, la terza più numerosa. Negli anni successivi i provvedimenti in materia di immigrazione sono stati conteggiati in una voce a parte e nelle statistiche del 2010, le più recenti attualmente disponibili, la voce "stranieri" risulta al terzo posto dopo "edilizia e urbanistica" e "appalti pubblici di lavori, servizi e forniture". V. [www.istat.it/it/archivio/12280](http://www.istat.it/it/archivio/12280). Alla rilevazione, tuttavia, risultano aver partecipato soltanto le principali regioni del Nord, mentre non è stato possibile reperire statistiche analoghe relative alle Regioni del centro o del Sud, fatta eccezione per la Regione Puglia, dove la voce "stranieri" compare al quinto anziché al terzo posto.

<sup>206</sup> In questi casi i ricorsi possono essere presentati per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare italiana secondo le modalità precisate dalla legge.

## CAPITOLO PRIMO

sia fondato su motivi di sicurezza dello Stato, per i quali l'allontanamento può essere disposto comunque, anche nelle more del giudizio sull'istanza cautelare<sup>207</sup>. Al cittadino comunitario o al suo familiare è comunque consentito, su autorizzazione del questore o dell'autorità consolare, il soggiorno nel territorio nazionale per partecipare al processo – salvo che la sua presenza possa procurare gravi turbative o grave pericolo all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica – ma nel caso in cui il ricorso sia respinto l'interessato deve lasciare immediatamente il territorio nazionale.

Al contrario, una disciplina speciale in senso sfavorevole al ricorrente era stata introdotta per l'espulsione dello straniero sospettato di terrorismo, rispetto al quale il legislatore del 2005 aveva escluso, non soltanto, la possibilità di un effetto sospensivo automatico del ricorso (tutt'ora escluso), ma anche la possibilità stessa di accedere alla tutela cautelare del giudice amministrativo (successivamente ripristinata nel 2010)<sup>208</sup>.

Per quanto riguarda i poteri di cognizione del giudice amministrativo, nei provvedimenti in materia di immigrazione essi presentano sempre i caratteri della giurisdizione di legittimità (non essendo previsti casi di giurisdizione esclusiva o di merito<sup>209</sup>).

Alcune precisazioni si possono compiere, tuttavia, per quanto riguarda il tipo di sindacato esercitato sui provvedimenti impugnati.

---

<sup>207</sup> Art. 22 comma 4, d.lgs. 30/2007, attuativo della direttiva europea in materia di circolazione (art. 31 direttiva).

<sup>208</sup> L'art. 4 della l. 31 luglio 2005, n. 155 prevede tutt'ora che “il ricorso giurisdizionale in nessun caso può sospendere l'esecuzione del provvedimento”, ma questa, come osservato dalla corte costituzionale, è in realtà “la caratteristica di tutti i provvedimenti amministrativi, la cui efficacia non è sospesa – salva esplicita previsione legislativa – per il semplice fatto della proposizione di un ricorso in sede giurisdizionale” (Corte Cost. 14 dicembre 2007, n. 432). La Corte ha anche osservato che un problema di costituzionalità potrebbe sorgere semmai per l'esclusione dell'accesso alle misure cautelari (pur evitando di pronunciarsi nel merito, giudicando inammissibile la questione, per incompleta descrizione della fattispecie processuale da parte del giudice *a quo*, su un punto decisivo riguardante la rilevanza della questione). La questione risulta comunque superata, ormai, alla luce dell'avvenuta abrogazione delle disposizioni in parola. V. a commento v. P. BONETTI, *Trattamento giuridico dello straniero e disciplina dell'immigrazione*, in V. ONIDA, B. RANDAZZO (a cura di), *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 339 ss. La natura speciale dell'istituto, riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale, ne suggerisce un'applicazione ridotta, sulla base di un'interpretazione restrittiva dei presupposti di applicazione (v. TAR Lazio 155/2009, giudice a quo della sentenza 432/2007 che, in sede di riassunzione, ha riquilibrato la fattispecie come espulsione ex art. 13 del t.u. imm).

<sup>209</sup> A differenza di quanto avviene, come più avanti si vedrà, in altri ordinamenti Europei (dove si prevede, ad esempio, una giurisdizione di merito in relazione ai provvedimenti in materia di asilo).

Infatti, il sindacato giurisdizionale in materia di circolazione dei cittadini comunitari risulta più penetrante rispetto a quello esercitato sugli altri tipi di espulsione – ministeriale, o anche prefettizia – in quanto, come si è visto, si richiede che i mezzi di impugnazione debbano permettere l'esame, oltre della legittimità del provvedimento, anche “dei fatti e delle circostanze che ne giustificano l'adozione” e del rispetto del principio di proporzionalità<sup>210</sup>.

Anche sotto questo profilo la legislazione anti-terrorismo aveva temporaneamente introdotto alcune previsioni speciali, ormai abrogate, in base alle quali, quando nel corso dell'esame dei ricorsi avverso le espulsioni ministeriali la decisione fosse dipesa dalla cognizione di atti coperti dal segreto d'indagine o dal segreto di Stato, il procedimento sarebbe stato sospeso “fino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso non possono essere comunicati al tribunale amministrativo”. La misura prevedeva un'eccezione piuttosto ampia al potere del giudice amministrativo di ordinare la produzione di tali atti da parte dell'amministrazione, riducendo di conseguenza anche i suoi poteri cognitori e di sindacato<sup>211</sup>.

Tale disciplina riflette alcune caratteristiche della legislazione anti-terrorismo introdotta anche in altri Paesi Europei, in particolare, come si vedrà, nell'esperienza del Regno Unito. Tuttavia, mentre in quell'ordinamento alcuni istituti speciali risultano tutt'ora in vigore, nell'ordinamento italiano molti di essi sono stati abrogati tra il 2007 e il 2010.

### 7.3 *La giurisdizione del giudice ordinario*

La giurisdizione del giudice ordinario ha subito, come si è detto, una graduale estensione, sia ad opera del legislatore, sia ad opera delle giurisprudenze.

Attualmente essa comprende i provvedimenti in tema di: diritto all'asilo e alla protezione internazionale, diritto alla vita familiare, diritto di circolazione e soggiorno del cittadino comunitario e del suo familiare (fatta eccezione per gli allontanamenti

---

<sup>210</sup> A questo proposito il legislatore italiano stabilisce che “i provvedimenti di allontanamento sono adottati nel rispetto del principio di proporzionalità” (art. 20 d.lgs. 30/2007) sicché si ritiene che il sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento stesso debba qualificarsi come vero e proprio controllo di proporzionalità.

<sup>211</sup> Solo dopo un tempo superiore a due anni il tribunale amministrativo poteva fissare un termine entro il quale l'amministrazione sarebbe stata tenuta a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato (decorso il quale, peraltro, il tribunale amministrativo non avrebbe potuto fare altro che decidere allo stato degli atti, come espressamente previsto dal legislatore).

## CAPITOLO PRIMO

ministeriali, devoluti al giudice amministrativo), e diritti dei minorenni (decisi dal tribunale dei minori)<sup>212</sup>.

Per quanto riguarda il rito, la recente riforma del processo civile ha ricondotto la maggior parte dei giudizi in materia di stranieri al giudizio sommario di cognizione, che si caratterizza per aspirare alla velocità ed alla semplicità del processo, pur prevedendo possibili snodi di approfondimento. Essa prevede inoltre una relativa libertà nella disciplina delle prove e nella possibilità di presentare nuovi memorie, e conferisce alle parti e al giudice un certo margine di discrezionalità nella conduzione del processo, a seconda alla complessità dei singoli casi<sup>213</sup>.

Alla disciplina di base il legislatore aggiunge poi alcune precisazioni relative all'impugnazione dei singoli provvedimenti.

Il giudizio sui provvedimenti in materia familiare risulta caratterizzato da un *favor* nei confronti del ricorrente, sia sotto il profilo economico (per l'esenzione dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa), sia sotto il profilo della competenza territoriale (il tribunale monocratico del luogo di residenza).

In relazione al giudizio sul visto d'ingresso, inoltre, i poteri del giudice risultano disciplinati in modo ampio, essendo previsto che "l'ordinanza che accoglie il ricorso può disporre il rilascio del visto anche in assenza del nulla osta"<sup>214</sup>. Per il resto, invece, il legislatore non precisa quali siano i poteri del giudice rispetto agli altri tipi di

---

<sup>212</sup> Non è stato possibile reperire dati statistici sul contenzioso civile in materia di stranieri (nelle statistiche ISTAT citate in nella Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011, i ricorsi in materia di immigrazione non sono oggetto di una voce specifica).

<sup>213</sup> A commento v. C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali*, in *il Corriere Giuridico*, 11/2011, pp. 1485 e ss.; M. ACIERNO, *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corriere giuridico*, 4/2010, p. 503. M. ACIERNO, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4-2011, p. 27 ess.

<sup>214</sup> Dal testo della norma sembra di poter affermare che il provvedimento del giudice possa avere un effetto sostitutivo del provvedimento stesso, analogo a quello che si realizza nella giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Tuttavia, la questione non sembra pacifica nella prassi perché, mentre in alcuni casi il giudice afferma che l'ordinanza "potrà autorizzare il familiare ad accedere al territorio nazionale anche in assenza di nulla osta" (App. Napoli Decreto, 21-12-2012), in altri sembrano prospettarsi gli effetti di una sentenza di condanna, ove si afferma che la norma "consente (eccezionalmente) al Giudice Ordinario di ordinare alla P.A. un *facere* provvedimento disponendo il rilascio del visto d'ingresso" (Trib. Reggio Emilia, Decr., 03-06-2005).

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

provvedimento (se di annullamento o meno), né se sia ammessa la sospensione del provvedimento stesso in apertura o in corso di giudizio<sup>215</sup>.

Per quanto riguarda i provvedimenti che interessano il cittadino dell'Unione le indicazioni del legislatore risultano scarse, limitandosi a prevedere un mero rinvio alla disciplina del rito sommario di cognizione e a confermare un criterio di *favor* nella determinazione della competenza territoriale del tribunale (luogo di dimora del ricorrente)<sup>216</sup>. Anche in questo caso, pertanto, non risulta precisato quali siano i poteri cautelari del giudice rispetto al provvedimento impugnato, né quali siano gli effetti dell'ordinanza di accoglimento del ricorso sul provvedimento.

Maggiori dettagli sono invece previsti per quanto riguarda il provvedimento prefettizio di allontanamento. Anche in questo caso il ricorso può essere depositato anche dall'estero (a mezzo del servizio postale ovvero per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare italiana, ed in tal caso il termine di impugnazione è in tal caso di 60 giorni anziché di 30). La competenza territoriale spetta al tribunale monocratico del luogo in cui ha sede l'autorità che ha emesso l'atto e il *favor* verso il ricorrente si esprime prevedendo che egli possa stare in giudizio personalmente<sup>217</sup>. Infine, sebbene a rigore non risulti precisato, neanche in questo caso, se il giudice goda o meno di poteri di annullamento del provvedimento amministrativo, sono disciplinati nel dettaglio i poteri di sospensione cautelare, in linea richiesto dalla disciplina Europea<sup>218</sup>.

Un caso del tutto particolare è poi quello della competenza del Tribunale dei minorenni, che in questa materia esercita poteri equivalenti e sostitutivi rispetto a quelli dell'amministrazione, sia nell'autorizzazione di certe forme di ingresso e permanenza nel

---

<sup>215</sup> In dottrina vi è chi ritiene che la tutela cautelare sia comunque ammissibile anche in mancanza di indicazioni legislative espresse, v. M. ACIERNO, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri*, cit. La questione è comunque discussa e approfondita nel cap. 4.

<sup>216</sup> Art. 16 d.lgs. 30/2007.

<sup>217</sup> Sui limiti della difesa personale in materia di immigrazione v. cap. 4.

<sup>218</sup> La disciplina, regolata dall'art. 17 d.lgs. 150/2011, è speculare a quella prevista dal d.lgs. 30/2007 per il giudizio amministrativo avverso l'allontanamento disposto dal Ministro dell'Interno; si prevede infatti la sospensione dell'esecuzione del provvedimento fino alla definizione della questione cautelare, tranne in casi particolari e salvo comunque il dovere di lasciare il territorio in caso di rigetto del ricorso. Dalla disciplina dei poteri cautelari si può forse ricavare argomento per affermare altresì l'esistenza di poteri di annullamento, anche in assenza di precise disposizioni legislative; tale interpretazione appare inoltre maggiormente in linea con la disciplina europea (per la quale il giudice esercita poteri di "revisione" del provvedimento amministrativo).

territorio, sia nell'adozione dei provvedimenti di espulsione, in relazione ai quali il legislatore pone una riserva di giurisdizione, a tutela del minore<sup>219</sup>.

Un ultimo caso particolarmente interessante, che occorre menzionare per completezza, è quello del giudizio civile contro la discriminazione, grazie al quale è possibile adire il giudice ordinario in relazione a comportamenti, condotte o atti ritenuti discriminatori e pregiudizievoli, al fine di ottenerne la cessazione e chiedere il risarcimento per i danni subiti. L'istituto è stato introdotto nell'ordinamento italiano per ottemperare a precisi obblighi Europei in materia di anti-discriminazione e parità di trattamento e si applica a tutti gli atti o comportamenti discriminatori, compiuti da soggetti privati o pubblici<sup>220</sup>.

Il giudizio sulla discriminazione è stato assegnato alla giurisdizione del giudice ordinario, qualificando il diritto alla non discriminazione come diritto soggettivo della persona.

Dal punto di vista amministrativo esso risulta particolarmente interessante, da un lato perché il giudizio sul carattere discriminatorio dell'atto sembra conferire al giudice ordinario un potere di sindacato piuttosto penetrante sulla discrezionalità amministrativa

---

<sup>219</sup> Il Tribunale per i minorenni può autorizzare l'ingresso o la permanenza nel territorio, per un periodo di tempo determinato, del familiare del minorenne che si trova in territorio italiano, per gravi motivi connessi con il suo sviluppo psicofisico e tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute (ciò anche in deroga alle altre disposizioni del t.u.imm., quali ad esempio la regola che impone un divieto di re-ingresso in caso di espulsione). L'autorizzazione è comunque revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia (art. 31 comma 3 t.u.imm.). Inoltre, nel caso in cui debba essere disposta l'espulsione di un minore straniero il provvedimento è adottato, su richiesta del questore, dal Tribunale per i minorenni (art. 31 comma 4 t.u.imm.). In tema v. G.C. TURRI, *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla Bossi-Fini*, in *Minorigiustizia*, 2002 fasc. 3-4, pp. 58 – 74; A. LIUZZI, *Espulsione dello straniero e pregiudizio per il minore*, in *Famiglia e diritto*, 2004, fasc. 5, pp. 493 – 497; F.A. GENOVESE, *Permanenza sul territorio nazionale (art. 31, comma 3, T.U. n. 286/98) dello straniero espulso, per esigenze di un familiare minore, e sindacato giudiziale sull'espulsione*, in *il Giudice di pace*, 2005 fasc. 1, pp. 21 – 0; G. CELLAMARE, *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009 fasc. 1, pp. 181 – 199.

<sup>220</sup> L'istituto è stato infatti introdotto dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 (di “attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica”). Il rito sulla discriminazione, disciplinato attualmente dal d. lgs. 150/2011, si applica non soltanto in relazione al t.u.imm. (che si concentra sulla discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi), ma anche ad altre norme in tema di discriminazione previste in varie fonti dell'ordinamento (ad esempio in tema di disabilità, condizione della donna e rapporti di lavoro). Sull'istituto in generale v. G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 6, 805, e più di recente, in una prospettiva comparatistica (su cui si tornerà più avanti), C. TROISI, *Divieto di discriminazione e forme di tutela: profili comparatistici*, Torino, 2012.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

e, dall'altro lato, perché il legislatore disciplina il potere di condanna del giudice in termini piuttosto ampi, prevedendo l'adozione, anche nei confronti della pubblica amministrazione, di "ogni [...] provvedimento idoneo" a rimuovere gli effetti dell'atto discriminatorio<sup>221</sup>.

Per quanto riguarda la materia dell'immigrazione, l'istituto ha avuto più frequente applicazione in relazione ai provvedimenti in tema di diritti sociali dello straniero e accesso a determinati servizi<sup>222</sup>, ma non deve ritenersi esclusa la possibilità di applicarlo anche ai provvedimenti materia di ingresso, soggiorno ed espulsione, che qui maggiormente interessano<sup>223</sup>.

#### 7.4 La giurisdizione del giudice di pace

Una terza importante porzione di contenzioso relativo all'immigrazione è quella assegnata alla giurisdizione del giudice di pace, le cui competenze in questa materia includono, come si è detto, anche una varietà di fattispecie penali<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> Art. 28, d.lgs. 150/2011. Ad esempio, il giudice può sindacare il regolamento delle amministrazioni locali che disciplinano i criteri di accesso a certi benefici sociali, condannando l'amministrazione a rideterminarli in un modo che non violi il principio di non discriminazione, V. CARBONE, *Istituzione del c.d. "bonus bebè" e trattamenti discriminatori*, in *Danno e Resp.*, 2010, 12, 1167.

<sup>222</sup> In tema v. M. MARCHINI, *Discriminazione etnica da parte della pubblica amministrazione in tema di accesso all'alloggio*, in *Corriere Giur.*, 2011, 11, 1603; P. BONETTI, L. MELICA, L. CASTELVETRI, A. CASADONTE, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1086 e ss.; M. FERRERO, *La tutela contro le discriminazioni*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA, (a cura di) *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, 2008, Torino, 487;

<sup>223</sup> Come si vedrà, nel contesto del Consiglio d'Europa il principio di non discriminazione è stato applicato anche a provvedimenti di espulsione (ad esempio nel caso *European Roma and Travellers Forum c. Francia*, 22 gennaio 2012, ricorso n. 64/2011, il Comitato europeo dei diritti sociali ha dichiarato che una serie di ordini rivolti dalla Francia ai Rom di origine rumena e bulgara perché lasciassero il territorio francese avevano, tra le altre cose, carattere discriminatorio, in quanto colpivano in modo specifico la comunità Rom). Nel Regno Unito, invece, in un noto caso della House of Lords è stato stabilito che la prassi realizzata per un certo periodo di tempo dai funzionari della polizia di frontiera inglese dislocati all'Aeroporto di Praga – consistente nell'effettuare controlli specifici prima dell'imbarco su certi passeggeri diretti verso il Regno Unito – avesse carattere discriminatorio rispetto ai passeggeri di etnia Rom (House of Lords, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*, [2004] UKHL 55, December 9, 2004).

<sup>224</sup> Per una panoramica v. M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione*, in *Quaderni del Giudice di pace*, 12, 2008. Sull'istituto in generale v. O. VIDONI GUIDONI, *Quale giustizia per il giudice di pace? Nascita e consolidamento di una magistratura onoraria*, Milano, 2006.

## CAPITOLO PRIMO

In relazione ai provvedimenti amministrativi, un primo gruppo di competenze riguarda il giudizio di convalida sui provvedimenti limitativi della libertà personale adottati nel corso dell'esecuzione dell'espulsione.

Il caso principale è la convalida dell'accompagnamento alla frontiera in sede di espulsione), che si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore. La sequenza procedimentale prevede che il questore, adottato il provvedimento, lo comunichi immediatamente (e comunque entro le 48 ore prescritte dall'art. 13 cost.) al giudice di pace territorialmente competente per chiederne la convalida. Lo straniero è a sua volta tempestivamente informato e condotto in udienza, dove il giudice deve decidere sulla richiesta di convalida entro le 48 ore successive, con decreto motivato ricorribile per cassazione.

Nelle more della decisione il Questore può disporre il trattenimento dello straniero in un C.I.E. (provvedimento che richiede a sua volta una convalida, eventualmente decisa nella stessa udienza).

Il legislatore precisa espressamente che l'esecuzione dell'allontanamento resta sospesa fino alla convalida (dando attuazione a un'importante sentenza della Corte costituzionale che ha precisato che il giudizio di convalida deve svolgersi prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa)<sup>225</sup>.

Mentre la convalida rende esecutivo il provvedimento e l'eventuale appello in cassazione risulta privo di efficacia sospensiva, la mancata convalida fa cessare gli effetti dell'allontanamento (sebbene il provvedimento di espulsione resti efficace)<sup>226</sup>.

Un altro caso importante è la convalida del provvedimento di trattenimento nei CIE, che segue regole del tutto analoghe a quelle già descritte<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> C. Cost. 222/2004, per la quale “in contraddittorio prima dell'esecuzione del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, con le garanzie della difesa”.

<sup>226</sup> Tecnicamente, infatti, la convalida ha ad oggetto soltanto la sussistenza dei requisiti per l'esecuzione mediante allontanamento e non anche la legittimità del provvedimento espulsivo stesso, che è oggetto di una separata impugnativa.

<sup>227</sup> Il Questore, infatti, informa dell'adozione dell'atto il giudice di pace, il quale fissa udienza in camera di consiglio informandone tempestivamente l'interessato. In udienza è richiesta la partecipazione necessaria di un difensore (di fiducia o d'ufficio, con la possibilità di richiedere il patrocinio a spese dello Stato) e lo straniero, se compare, dev'essere sentito dal giudice. Il giudice decide con decreto motivato entro le 48 ore successive al ricevimento degli atti da parte del Questore: in caso di convalida il decreto costituisce titolo per il trattenimento (per il tempo previsto dalla legge, ossia 30 giorni nel caso della prima convalida), mentre in caso di mancata convalida resta valido soltanto il provvedimento di espulsione. Lo stesso procedimento si applica poi alle richieste di proroga del trattenimento. In mancanza di previsioni legislative

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

La convalida è richiesta, infine, in relazione ai provvedimenti limitativi della libertà che il questore può disporre con il provvedimento di concessione del termine per la partenza volontaria<sup>228</sup>.

A differenza che nei primi due casi, tuttavia, trattandosi di limitazioni della libertà personale meno gravi, il giudizio si svolge in forme più flessibili<sup>229</sup>.

Un profilo comune ai tre giudizi, infine, è la previsione che “al fine di assicurare la tempestività del procedimento di convalida” “le questure forniscono al giudice di pace, nei limiti delle risorse disponibili, il supporto occorrente e la disponibilità di un locale idoneo”; sicché, nella prassi, la convalida si svolge, spesso, presso nei locali delle questure o in locali appositi presso i centri di detenzione (una soluzione conveniente dal punto di vista logistico, ma vista con perplessità da parte di alcuni commentatori, sotto il profilo della tutela dell’indipendenza ed imparzialità del giudice di pace rispetto all’amministrazione)<sup>230</sup>.

L’altra competenza di tipo amministrativo del giudice di pace è costituita dal giudizio di impugnazione del provvedimento di espulsione, disciplinato dal rito sommario di cognizione.

Come per l’allontanamento del cittadino comunitario, il termine per impugnare è di 30 giorni dalla notificazione del provvedimento (o 60 se la persona si trova all’estero, ed in quel caso sono predisposte regole specifiche per la presentazione del ricorso da li)<sup>231</sup>.

---

in tal senso, la giurisprudenza precisa anche in sede di proroga si richiede lo svolgimento di un colloquio con lo straniero (Cass. 1<sup>a</sup> sez. civ. n. 4544, 24.2.2010).

<sup>228</sup> Ossia “a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza; b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato; c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente”.

<sup>229</sup> Ad esempio, sia il contraddittorio con lo straniero, sia la difesa tecnica risultano facoltativi. Il giudice gode inoltre di poteri ulteriori, potendo modificare o revocare le misure adottate, sentito il questore, su istanza dell’interessato (che a questo fine può presentare delle memorie scritte o interloquire di persona con il giudice di pace). Per il resto la struttura del giudizio è del tutto analoga alle altre (comunicazione del provvedimento entro 48 ore al giudice di pace e decisione sulla convalida entro le successive 48).

<sup>230</sup> Si rinvia alle osservazioni avanzate anche dal Consiglio Superiore della Magistratura in sede di rilascio di un parere sul d.l. 14 settembre 2004, n. 241, per le quali v. *infra* al Cap. IV. V. anche FORLENZA, *Restano fermi i dubbi di costituzionalità sulla “conferma effettuata in Questura”*, in *Guida al dir.*, 2004, 38, p. 36 ss.

<sup>231</sup> Il ricorso può infatti essere depositato anche a mezzo del servizio postale o per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare italiana e le comunicazioni relative al procedimento sono effettuate presso tale rappresentanza.

## CAPITOLO PRIMO

Anche in questo caso sono previsti l'accesso ad un difensore d'ufficio ed al patrocinio a spese dello Stato e una disciplina di favore dal punto di vista economico (con esenzione degli atti del procedimento da ogni tassa e imposta)<sup>232</sup>. Per l'autorità che ha emesso il provvedimento, invece, è prevista la possibilità di stare in giudizio personalmente o avvalersi di funzionari appositamente delegati.

Il giudizio è deciso in tempi rapidi, ossia entro venti giorni dalla data di deposito del ricorso, e l'ordinanza che lo definisce è espressamente prevista come inappellabile (fatta salva la possibilità di ricorrere in Cassazione, ove ve ne siano i presupposti)<sup>233</sup>.

La legge non precisa però quali siano gli effetti dell'ordinanza di accoglimento del ricorso, né se il giudice goda del potere di annullare il provvedimento di espulsione e di sospenderlo in via cautelare<sup>234</sup>, né prevede forme di coordinamento con il giudizio del TAR sul provvedimento negativo sul soggiorno, nel caso in cui tale provvedimento sia pregiudiziale all'espulsione<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> La disciplina dell'accesso al gratuito patrocinio a spese dello Stato costituisce uno dei profili problematici di questo giudizio, per la presenza di limiti legislativi che riducono l'accesso da parte degli stranieri (come il requisito della regolarità della condizione di soggiorno) e per l'applicazione disomogenea che l'istituto riceve in diverse parti del territorio nazionale. Il profilo è tuttavia oggetto di approfondimento al cap. 5.

<sup>233</sup> Art. 18, d.lgs. 150/2011.

<sup>234</sup> Come si vedrà, questo costituisce uno dei profili problematici della materia anche nella prospettiva dei principi CEDU. E' possibile anticipare come sia la dottrina sia la giurisprudenza, su entrambi i punti, propendano per la tesi affermativa. Rispetto alla tutela cautelare, la Corte Costituzionale aveva osservato che, in certe circostanze, "non è inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato" (Corte Cost. 31 maggio 2000, n. 161). Da questa pronuncia, secondo alcuni, si potrebbe trarre argomento per affermare anche la sussistenza di poteri di annullamento, v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, p. 98 e ss. e p. 131 e ss.. In senso conforme v. M. ACIERNO, *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4-2011, p. 27 e ss. La questione è approfondita al cap. 4.

<sup>235</sup> Come si vedrà, questo costituisce un altro dei profili problematici della disciplina, che emergono anche nella prospettiva del rispetto dei principi CEDU (anche a causa delle chiusure della giurisprudenza nel ritenere che non vi sia alcun rapporto di pregiudizialità tra provvedimento sul soggiorno ed espulsione, v. Cass. civ. Sez. I, 08-10-2010, n. 20886, Cass. civ. Sez. I Ord., 07-02-2008, n. 2973). Il problema è comunque segnalato da tempo anche in dottrina, v. in particolare G. TROPEA, *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in F. ASTONE, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori, Atti del convegno di Copanello, 2-4 luglio 2008*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 163-218; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2006; N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza X*, 1-2008, pp. 54 e ss. Per ulteriori approfondimenti v. cap. 4.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

## CAPITOLO SECONDO

### IL QUADRO CEDU

#### *1. Il sistema CEDU e la disciplina dell'immigrazione*

Nell'ambito del Consiglio d'Europa i problemi posti dal fenomeno migratorio sembrano divenuti oggetto di una attenzione crescente negli ultimi anni, sia da parte della Corte EDU (anche in conseguenza di un crescente numero di ricorsi presentati da stranieri immigrati) sia da parte di altri organi dell'organizzazione, quali l'Assemblea Parlamentare, il Comitato dei Ministri e il Commissario per i diritti umani<sup>1</sup>.

Nel contesto del Consiglio d'Europa sono previsti una varietà di documenti di interesse per questa materia, quali: la Convenzione europea di stabilimento che ha lo scopo di facilitare l'ingresso ed il soggiorno dei cittadini dei Paesi firmatari attraverso una varietà di disposizioni in materia di sui diritti civili e sociali dello straniero e sull'accesso al lavoro<sup>2</sup>; la Carta sociale europea, che prevede una serie di diritti relative alle condizioni di lavoro e all'assistenza sociale, applicabili di regola anche agli stranieri<sup>3</sup>; la Convenzione Europea sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti, che prevede – oltre a molte disposizioni in materia di lavoro e diritti sociali

---

<sup>1</sup> La maggiore attenzione verso questa materia è testimoniata anche da iniziative quali la recente redazione di un Manuale in materia di diritto Europeo dell'immigrazione, da parte del Consiglio d'Europa in cooperazione con la Fundamental Rights Agency dell'Unione Europea. V. AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Giugno 2013. Su questi profili v. in generale AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo*, cit.; M. NUALA, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2010; M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, J. MC BRIDE, *Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2009; A. LIGUORI, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione*, cit.; E. BROUWER, op. cit.; P. BOELES, op. cit..

<sup>2</sup> Questa Convenzione, tuttavia, è dotata di un meccanismo di controllo avente carattere non giurisdizionale (costituito da un Comitato competente a redigere rapporti periodici sullo stato di attuazione della Convenzione da parte degli Stati firmatari) la cui effettività è ritenuta limitata e, inoltre, è stata sottoscritta da un numero relativamente ristretto di Stati membri. Gli Stati che hanno ratificato la convenzione sono Belgio, Danimarca, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi Svezia e Turchia.

<sup>3</sup> Nella maggior parte dei casi si tratta però di norme di principio e impegni programmatici, più che di disposizioni strettamente prescrittive.

– anche alcune garanzie procedurali, in particolare avverso i provvedimenti negativi relativi al soggiorno<sup>4</sup>.

Nell’ambito del Consiglio d’Europa si rileva, infine, la presenza di vari documenti programmatici, come le “Twenty guidelines on forced return” adottate dal Comitato dei Ministri il 4 maggio 2005, che prevedono disposizioni specifiche in tema di espulsione e detenzione amministrativa, o la Risoluzione dell’Assemblea Parlamentare sugli Human rights of irregular migrants<sup>5</sup>.

Svolge funzioni di interesse in questa materia anche il Comitato per la Prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti, che redige rapporti sullo stato di attuazione dei diritti umani nei Paesi membri della convenzione, alcuni dei quali specificamente indirizzati ai profili di tutela dei diritti degli stranieri nelle varie fasi del percorso migratorio<sup>6</sup>.

In questa sede ci si concentra, tuttavia, sulle norme contenute nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, nell’applicazione che ne fa la Corte EDU ai casi di diritto dell’immigrazione.

La rilevanza di tale applicazione per questa materia deriva dal fatto che la CEDU, a differenza di altri trattati internazionali, non risulta soggetta ai principi di “reciprocità” o “nazionalità”, che limitano il campo di applicazione delle relative disposizioni ai cittadini degli Stati contraenti<sup>7</sup>, ma istituisce sistema di obblighi,

---

<sup>4</sup> Si prevede (in termini piuttosto ampi) che il permesso possa essere revocato soltanto per ragioni di ordine pubblico, sicurezza nazionale, moralità e per ragioni di opportunità (public policy), salute pubblica e mancato rispetto delle condizioni di soggiorno (art. 9). Ogni Stato parte si impegna inoltre ad assicurare un rimedio effettivo ad un’ autorità amministrativa o giurisdizionale. A. LIGUORI, cit., p. 56. Anche in questo caso, tuttavia, la natura programmatica di molte norme (ed i termini ampi in cui esse sono formulate), unita alla natura non giurisdizionale (e giudicata scarsamente efficace) del meccanismo di controllo predisposto per la sua attuazione, riducono l’efficacia di questo strumento

<sup>5</sup> Si segnalano anche la Committee of Ministers Recommendations Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants, la Rec(2002)4 on the legal status of persons admitted for family reunification, e la Parliamentary Assembly Recommendation 1504 (2001) on the non-expulsion of long-term immigrants.

<sup>6</sup> V. ad esempio il *report* avente ad oggetto le espulsioni per via aerea eseguite dal Regno Unito CPT/Inf (2013) 14, che contiene informazioni dettagliate e relative raccomandazioni sullo svolgimento delle procedure in conformità con gli obblighi di tutela dei diritti umani. O il *report* sulle condizioni di accoglienza dei migranti a Malta ([www.cpt.coe.int/documents/mlt/2013-12-inf-eng.htm](http://www.cpt.coe.int/documents/mlt/2013-12-inf-eng.htm)). O il *report* dalla *Council of Europe anti-torture Committee visits Greece*.

<sup>7</sup> La Corte ha espressamente riconosciuto che “unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting States” bensì “it creates, over and above a network of mutual and bilateral undertakings, objective obligations, which in the words of the Preamble, benefit from a “collective enforcement”, *Ireland v. the United Kingdom*.

comuni a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, validi nei confronti di tutte le persone che risultino soggette alla loro giurisdizione<sup>8</sup>, a prescindere dalla loro nazionalità.

Le disposizioni della CEDU possono quindi essere invocate tanto dai cittadini dei Paesi membri del Consiglio d'Europa quanto dai cittadini di altri Stati.

Nel merito, la CEDU non riconosce allo straniero alcun diritto di entrare o soggiornare nel territorio degli Stati membri ed il diritto a non essere allontanato dal territorio nazionale è previsto soltanto in capo al cittadino<sup>9</sup>.

La giurisprudenza costante della Corte EDU afferma, al contrario, che gli Stati godono di un “diritto innegabile” di regolare l'ingresso e l'allontanamento degli stranieri nel proprio territorio<sup>10</sup>.

Tuttavia, essa ha contribuito ad elaborare importanti limiti, sostanziali e procedurali, all'esercizio di tali poteri.

Alcune disposizioni CEDU prevedono tutele specifiche proprio avverso i provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione. La materia dell'immigrazione costituisce infatti uno di quei settori – come quello delle espropriazioni, o dei provvedimenti in materia di salute – in cui gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno ritenuto di prevedere *standard* sostanziali e procedurali speciali, aggiuntivi (o talvolta alternativi) a quelli operanti in via generale avverso gli atti della pubblica amministrazione che incidono sui diritti CEDU<sup>11</sup>.

Si tratta anzitutto del divieto di espulsioni collettive (art. 4, Prot. 4) e delle garanzie avverso l'espulsione previste dall'art. 1 Prot. 7 per gli stranieri regolarmente

---

H. LAMBERT, *The position of aliens in relation to the European Convention of Human Rights*, Council of Europe, 2006, p. 7.

<sup>8</sup> La nozione di giurisdizione nasce come nozione territoriale, che include i fatti e le omissioni avvenuti all'interno territorio nazionale dello Stato contraente (caso *Banković*). Nel tempo, peraltro, essa è stata interpretata in senso evolutivo, fino ad includere anche ad atti od omissioni avvenuti fuori dal territorio nazionale, in contesti sottoposti al “controllo effettivo” dello Stato in questione (caso *Loizidou*). In tema v. comunque JACOBS, WHITE, OVEY, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, p. 90; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

<sup>9</sup> Art. 3, Prot. 4 CEDU.

<sup>10</sup> V. ex multis *Chahal*, che parla di un “Droit indéniabile de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire”, § 73; v. anche *Saadi*, § 64. *Salah Sheekh v the Netherlands*, app. Nr. 1948/04.

<sup>11</sup> M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012..

residenti sul territorio, norma specifica adottata nel 1984 anche allo scopo di aggiornare le tutele della CEDU agli standard internazionali vigenti in materia<sup>12</sup>.

Fa riferimento ai provvedimenti in materia di immigrazione anche l'art. 5 relativo alle ipotesi di privazione della libertà personale della persona, che la CEDU ammette, alle condizioni indicate dalla norma, soltanto in alcune ipotesi tassative, due delle quali relative ai procedimenti in materia di immigrazione, ossia: l'arresto o la detenzione regolari di una persona "per impedirle di entrare illegalmente nel territorio", oppure di un persona "contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione". Come si vedrà, pertanto, i limiti sostanziali e procedurali previsti dall'art. 5 avverso i provvedimenti di privazione della libertà personale rilevano anche in questa materia.

Oltre a queste, altre regole specifiche sono state ricavate dall'applicazione di una serie di disposizioni generali.

Tra queste una particolare rilevanza è rivestita dal diritto alla vita (art. 2) e, più frequentemente, dal diritto a non subire torture o trattamenti inumani o degradanti (art. 3), la cui importanza è tale, per la Corte, da necessitare di una tutela di tipo assoluto, che non ammette alcun tipo di restrizione, condizione, deroga o bilanciamento con altri interessi, anche ove particolarmente sensibili (come ad esempio la tutela della sicurezza nazionale)<sup>13</sup>. Da essa derivano pertanto, come si

---

<sup>12</sup> Dotandola di una disposizione analoga all'art. 13 PDGP, che prevedesse limiti sostanziali e procedurali specifici in questa materia. V. F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 45. L'ambito di applicazione soggettivo è ristretto a coloro che sono presenti regolarmente sul territorio. Ne sono quindi espressamente esclusi i migranti che ai sensi del diritto interno risultano irregolari. Ad esempio, nel caso *Voulfovitch e altri c. Svezia*, ricorso 19373/1992 la Corte ha affermato che esso non si applicava ad un gruppo di stranieri entrati nel territorio con un visto di transito della durata di un giorno, ma rimasti nel territorio in pendenza della richiesta d'asilo. In ogni caso, la definizione di "lawful residence" è lasciata ai singoli Stati; la regolarità dello straniero è definita ai sensi del diritto nazionale. E' *lawfully resident*, ad esempio, la persona che sia in possesso di un permesso al momento dell'espulsione. Come nel caso *Nowak c. Ucraina*. V. caso *Lupsa v. Romania*, in cui l'art. 1 prot. 7 ha avuto applicaizione, trattandosi appunto di caso relativo ad uno straniero irregolare. Infine, l'importanza della norma risulta ridotta dal fatto che essa si applica soltanto agli Stati che l'hanno ratificata (ed è importante notare il fatto che tra gli Stati che non l'hanno ratificata si contino diversi Paesi di immigrazione, quali il Belgio e la Germania).

<sup>13</sup> "The Convention organs have been keenly aware of the absolute nature of Article 3. It is illimitable: no limitation can be put on its application. It is unjustifiable: no argument can be sdvanced to exculpate the offending state. It is non-derogable: it is binding even in time of war or national emergency. Thus a stringent test is applied to all forms of treatment in order that the fundamental importance of Article 3 and the absolute nature of the right are maintained". A questo articolo, quindi, non sono ammesse deroghe ai sensi dell'art. 15. Sul punto v. P. PUSTORINO, *Articolo 3, Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, P. DE SENZA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di) *Commentario breve alla*

vedrà, limiti particolarmente rigorosi per gli Stati, in particolare nell'esercizio dei poteri di espulsione e respingimento. Essa costituisce inoltre il principale strumento attraverso il quale la CEDU tutela i diritti dei richiedenti asilo e dà applicazione al principio internazionale di *non refoulement*, nonostante tali istituti non siano espressamente previsti a livello testuale<sup>14</sup>.

Una seconda disposizione di rilievo è costituita dall'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, attraverso il quale trovano tutela, non soltanto, le istanze dello straniero relative al mantenimento dei legami familiari presenti nel territorio<sup>15</sup>, ma anche, grazie ad un'interpretazione particolarmente ampia del concetto di "vita privata", quelle relative alla conservazione di rapporti sociali e lavorativi, o addirittura alla protezione della salute (in casi la cui gravità non sarebbe tale da comportare l'applicazione dell'art. 3).

La tutela offerta dall'art. 8 non ha infatti carattere assoluto ma ammette espressamente "ingerenze di una autorità pubblica" nell'esercizio del diritto, a tre condizioni. In primo luogo le ingerenze devono risultare "previste dalla legge". In secondo luogo deve trattarsi di "misure necessarie", cioè in alternativa alle quali non risulti possibile adottare misure meno restrittive. Infine deve trattarsi di misure che risultino finalizzate, "in una società democratica", alla tutela di uno degli interessi enumerati dalla norma (ossia la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il benessere economico del paese, la difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

Ne deriva una forma di protezione meno rigorosa di quella offerta dall'art. 3, incentrata su un requisito di necessaria proporzionalità di tutti i provvedimenti

---

*convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012; A. ESPOSITO, *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49.

<sup>14</sup> N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, cit.. Come si vedrà, peraltro, tale articolo contiene non soltanto disposizioni di tipo sostanziale, ma anche requisiti procedurali impliciti (v. *Agiza c. Svezia* 233/2003).

<sup>15</sup> *V. K. E T. v. Finlandia, X, Y, e Z v. Regno Unito*. La nozione di vita familiare, come interpretata dalla Corte, risulta peraltro relativamente ampia, in quanto va oltre i soli legami di sangue o rapporti coniugali, ma ricomprende anche legami di fatto.

amministrativi che incidono sul diritto in parola, inclusi quelli sull'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dal territorio<sup>16</sup>.

In relazione agli stranieri la Corte EDU ha precisato che l'art. 8 non si traduce, per gli Stati, in un obbligo di assecondare le scelte di vita della persona, ad esempio relative alla persona con cui contrarre matrimonio ed al luogo in cui avviare la propria vita familiare<sup>17</sup>. Esso impone, piuttosto, il rispetto di una serie di *standard* sostanziali e processuali da parte dell'autorità, nell'adozione di provvedimenti che incidono sulla vita privata e familiare della persona<sup>18</sup>.

Una tutela analoga è offerta al diritto alla non discriminazione, che la CEDU riconosce all'art. 14 in relazione a diversi fattori (sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche o di altro genere, origine nazionale o sociale, appartenenza a una minoranza nazionale, ricchezza, nascita, o ogni altra condizione)<sup>19</sup>. La Corte EDU ha infatti precisato che il principio di non discriminazione prescrive che il trattamento differenziato di situazioni che appaiono "paragonabili" non sia vietato in assoluto, ma risulti ammesso a tre condizioni: che persegua un fine legittimo, presenti una "giustificazione ragionevole ed oggettiva" e rispetti un rapporto di "ragionevole proporzionalità" tra i mezzi utilizzati ed il fine perseguito.

---

<sup>16</sup> La Corte EDU ha precisato che il concetto di "necessario in una società democratica" equivale ad un requisito di proporzionalità in diverse occasioni. V. *Leander v. Sweden*, 1987, *Gillow v. United Kingdom*, *Berrenhab v. Paesi Bassi*, *Beljoudi v. Francia*.

<sup>17</sup> "As a matter of well-established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory (see, among other authorities, the *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, pp. 33-34, para. 67). Moreover, where immigration is concerned, Article 8 (art. 8) cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory". *Gül V. Switzerland*, 23218/94.

<sup>18</sup> Come si vedrà, nella giurisprudenza EDU la tutela offerta dall'art. 8 può assumere carattere, non soltanto sostanziale, ma anche procedurale, poiché è stato precisato che esso implica, non soltanto, il rispetto dei requisiti di legittimità e proporzionalità cui si è fatto cenno, ma anche il rispetto di alcuni requisiti procedurali che assicurino la non arbitrarietà del provvedimento. V. A. LIGUORI, op. cit., p. 38.

<sup>19</sup> Mentre l'art. 14 protegge il diritto alla non discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione, il Protocollo 12 alla CEDU ha esteso l'ambito di applicazione del principio al "godimento di ogni diritto previsto dalla legge", affermando pertanto un "divieto generale di discriminazione". In punto v. D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche*, Roma 2011.

In relazione ai provvedimenti amministrativi che interessano gli stranieri, il diritto alla non discriminazione ha trovato più frequente applicazione nella materia dei diritti sociali (come diritto a non essere discriminati nell'accesso a determinati benefici)<sup>20</sup>.

La sua applicabilità anche ai provvedimenti relativi all'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dal territorio, che qui maggiormente interessano, non è tuttavia esclusa, ma è stata anzi espressamente affermata dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa con riferimento agli stranieri irregolari (“there should be no discrimination on grounds of race or ethnicity in granting or refusing admission, in authorising a stay or an expulsion of an irregular migrant”)<sup>21</sup>.

Il principio di non discriminazione presuppone, tuttavia, che le condizioni messe a confronto possano ritenersi “paragonabili”<sup>22</sup>.

In questo senso la sua applicazione ai provvedimenti sull'ingresso, il soggiorno e l'espulsione appare difficoltosa laddove si proponga di adottare come termine di paragone la condizione del cittadino, che per definizione non risulta soggetto a tali provvedimenti<sup>23</sup>. Mentre appare più agevole ove il confronto sia operato tra due stranieri<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Ad esempio, nel caso *Koua Poirrez v. Francia* la Corte ha affermato che la differenza di trattamento relativamente all'accesso a determinati benefici sociali tra gli stranieri il cui Paese di provenienza aveva firmato un accordo di reciprocità con la Francia e gli stranieri cittadini di altri Paesi non era fondato su alcun obiettivo oggettivo e ragionevole. Nel caso *Luczak c. Polonia*, ad esempio, la Corte EDU ha riconosciuto il carattere discriminatorio di un regime di previdenza sociale specifico per gli agricoltori aperto soltanto ai cittadini dello Stato. Cedu, 27 novembre 2007, *Luczak c. Polonia* (n. 77782/01); cfr. anche Cedu, 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90). Nella causa *Feryn*, ad esempio, la CGE ha dichiarato il carattere discriminatorio del comportamento di un datore di lavoro che aveva affermato, anche tramite annunci pubblicitari, che non avrebbe assunto nessun “immigrato” nella propria impresa (CGE, 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Racc. 2008, pag. I-5187). V. Consiglio d'Europa, FRA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, p. 27. T. EINARSEN, *Discrimination and consequences for the position of aliens*, in *Nordic Journal of International Law*, 64, 1995, pp. 441-446.

<sup>21</sup> Resolution 1509 (2006) Human rights of irregular migrants, § 12.18. In essa si afferma altresì che “12.17. irregular migrants should not be discriminated against, in accordance with Article 14 of the European Convention on Human Rights and under Protocol No. 12 to the Convention”.

<sup>22</sup> Ossia “s'il y a eu une différence de traitement entre des personnes placées dans des situations comparables”. Consiglio d'Europa, FRA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, p. 27

<sup>23</sup> A questo proposito si riportano le osservazioni della Commissione dei diritti umani in un caso relativo alla richiesta di applicazione dell'art. 14 ad un provvedimento di espulsione “His status as an alien would in itself provide objective and reasonable justification for his being subject to different treatment in the field of immigration law to persons holding United Kingdom citizenship” *Agee v. The United Kingdom* App. Nr. 7729/76. La giurisprudenza della Corte EDU, per esempio, ha affermato

Altre norme che presentano qualche rilievo in questa materia sono la tutela della libertà di circolazione nel territorio dello Stato<sup>25</sup>, riconosciuta a chiunque vi si trovi regolarmente (quindi non agli stranieri irregolari)<sup>26</sup>, ed il diritto a lasciare qualsiasi Paese compreso il proprio, riconosciuto a ognuno indipendentemente dalla regolarità del soggiorno (art. 2 Prot. 4)<sup>27</sup>.

Anche in questo caso la tutela offerta non ha carattere assoluto ma, analogamente a quanto previsto dall'art. 8, ammette restrizioni "previste dalla legge" e che costituiscono, "in una società democratica", misure "necessarie" al perseguimento di una serie di interessi (la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, il mantenimento dell'ordine pubblico, la prevenzione delle infrazioni penali, la protezione della salute, della morale o dei diritti e libertà altrui).

Tuttavia, la maggior parte delle pronunce relative al diritto di lasciare il proprio territorio ha ad oggetto provvedimenti amministrativi quali il diniego di

---

che l'espulsione di uno straniero per la commissione di determinati reati non costituisce un trattamento discriminatorio rispetto a quello riservato al cittadino (che in caso di condanne penali non risulta soggetto ad espulsione), in quanto la situazione dello straniero non è analoga o paragonabile a quella dei cittadini belgi. Cedu, sentenza 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* (n. 12313/86).

<sup>24</sup> Ad esempio tra stranieri di etnie diverse, o tra donne e uomini, o tra stranieri extracomunitari e cittadini UE. Nella stessa pronuncia di cui sopra, ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che la situazione dello straniero extracomunitario fosse analoga e paragonabile a quella del cittadino UE (pur concludendo, nel caso di specie, che la differenza di trattamento tra tali categorie era comunque giustificata e non costituiva un trattamento discriminatorio).

<sup>25</sup> Lo stesso diritto è disciplinato all'art. 13 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, e all'art. 12 dell'ICCPR.

<sup>26</sup> Lo straniero cui sia stato revocato il permesso di soggiorno o che abbia in altro modo violato la normativa sull'ingresso o la permanenza nel territorio non ha accesso alle tutele dell'art. 2 Prot. 4. V. caso *Sulejmanovic e altri c. Italia*. A certe condizioni è tuttavia possibile ritenere che i richiedenti asilo la cui richiesta sia pendente non siano considerati irregolari ai sensi di tale norma. V. N. MOLE, op. cit., p. 178. Da questo punto di vista, una funzione parzialmente sostitutiva è talvolta svolta dall'art. 8, applicabile a tutte le persone, sotto il profilo della tutela della vita privata, che include infatti una protezione dell'autonomia personale.

<sup>27</sup> A sua volta presente in altri documenti internazionali quali la DUDI e lo ICPR. Article 13.2 of the Universal Declaration of Human Rights: "Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country." 12.2 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR): 2 "Everyone shall be free to leave any country, including his own." Ma anche 1966 UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 5, prohibition on racial discrimination in the exercise of the right to leave one's country. Oltre che 1990 UN Convention on the Rights of the Child, Article 10.2. 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Article 8.1. 2000 UN Convention against Transnational Organized Crime: protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, e protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air.

rilasciare documenti di identità e di viaggio, o divieti di lasciare il territorio nazionale, che tecnicamente fuoriescono dall'ambito della presente indagine<sup>28</sup>. Nel caso in cui la misura colpisca uno straniero, peraltro, la Corte sembra esercitare un controllo di proporzionalità particolarmente rigoroso<sup>29</sup>.

Sotto il profilo delle tutele processuali, infine, la norma che ha trovato maggiore applicazione in relazione ai provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione è l'art. 13 sul diritto ad un rimedio effettivo, poiché la giurisprudenza della Corte EDU ha escluso l'applicabilità dell'art. 6 sul diritto ad un equo processo, per le ragioni che presto si vedranno.

Per l'elaborazione di *standard* in materia di immigrazione ha svolto un ruolo fondamentale il diritto di presentare ricorso alla Corte EDU, che può essere esercitato da chiunque lamenti una violazione dei diritti CEDU, indipendentemente dalla

---

<sup>28</sup> In diverse occasioni, ove tali provvedimenti siano apparsi non proporzionati al fine perseguito (per quanto legittimo *Riener v. Bulgaria*), o non necessari in una società democratica (*Nalbantski v. Bulgaria*, 10 February 2011, application number 30943/04), non disciplinati da una norma prevedibile (e dunque non in linea con il requisito della legalità *Sissanis v. Romania*), oppure fondati su automatismi sanzionatori non in linea con il principio di proporzionalità (*Gochev v. Bulgaria; Földes and Földesné Hajlik v. Hungary*, 31 October 2006, application number 41463/02), la Corte ha infatti condannato gli Stati responsabili di tali atti per violazione del diritto a lasciare il proprio territorio. Nel caso *Stamose v. Bulgaria* (27/11/2012) la Corte ha condannato la Bulgaria perché il provvedimento adottato (che consisteva in un divieto di recarsi negli Stati Uniti per un periodo di 10 anni) risultava ingiustificato e sproporzionato. Il caso è interessante, tra gli altri motivi, perché riguarda la possibilità di applicare sanzioni in relazione alla violazione della disciplina dell'immigrazione di altri Paesi. Nel caso di specie, infatti, lo straniero era stato espulso dagli Stati Uniti in quanto irregolare, ma la sanzione del divieto di lasciare il territorio era stata comminata dallo Stato in cui era stato rimpatriato, ossia la Bulgaria. La Corte ha osservato che, sebbene di regola la sanzione per la violazione delle norme sull'ingresso nel territorio sono sanzionate con l'espulsione, non si può escludere che in circostanze particolari siano previste misure ulteriori, quali il divieto di lasciare il Paese d'origine, come in questo caso. Nel caso di specie, tuttavia, il provvedimento presetava carattere automatico e risultava sproporzionato rispetto al fine perseguito. Il diritto a lasciare il proprio territorio è riconosciuto e applicato anche in altri contesti a livello internazionale. V. UN Human Rights Committee, ha applicato più volte, nell'applicazione dello ICCPR Optional Protocol, gli Artt. 12.2 e 12.3. V. anche General Comment No. 27 secondo il quale "the refusal to issue passports constitutes a breach of Article 12.2 and therefore any state taking this action must justify it under Article 12.3 ICCPR".

<sup>29</sup> In particolare nel caso in cui lo straniero stia cercando di tornare nel proprio Paese d'origine, o nel Paese dove risiede la propria famiglia. V. *Miazdzyk v. Poland*, 24 gennaio 2012, app. n. 23592/07.

nazionalità<sup>30</sup>, previo esaurimento dei ricorsi interni (in linea con il principio di sussidiarietà<sup>31</sup>).

Particolarmente importante nel caso degli stranieri è la possibilità di ottenere dalla Corte EDU l’emanazione di un ordine cautelare, avente ad oggetto anche la sospensione dei provvedimenti impugnati, di regola fino alla conclusione del giudizio<sup>32</sup>. Nei casi di espulsione o allontanamento, infatti, la sospensione del provvedimento può risultare cruciale<sup>33</sup>.

Non è forse un caso, pertanto, che proprio il settore dell’immigrazione abbia fornito alla Corte EDU molteplici occasioni per affermare importanti principi in proposito, a partire dalla natura vincolante per gli Stati degli ordini cautelari della Corte<sup>34</sup>, inizialmente negata<sup>35</sup>. La Corte afferma oggi che la mancata ottemperanza

---

<sup>30</sup> Resolution 1509 (2006)1 Human rights of irregular migrants “12.10. an irregular migrant being removed from the country has the right to effective access to the European Court of Parliamentary assembly, Human Rights by lodging an individual application with the Court under Article 34 of the European Convention on Human Rights”.

<sup>31</sup> Il principio di sussidiarietà, come più avanti si vedrà, prevede che la tutela dei diritti CEDU debba essere assicurata anzitutto a livello nazionale e che il ricorso presso la Corte EDU debba costituire un rimedio di *ultima ratio*. V. *Alzery v. Svezia*.

<sup>32</sup> Le *interim measures* sono previste dall’art. 39 del Regolamento interno di procedura della Corte, il quale prevede – peraltro in termini piuttosto ampi (in quanto non risultano specificati né i requisiti per l’esercizio di tale potere né il tipo di misure adottabili) – che la Corte può chiedere agli Stati di adottare misure cautelari in attesa della pronuncia della Corte, ove lo considera opportuno nell’interesse delle parti o della prosecuzione del processo. La norma non indica i requisiti per la loro emissione, i quali sono stati elaborati dalla Corte stessa. Essi sono: il rischio di un danno irreparabile molto serio, la natura imminente e irrimediabile del danno e il fatto che si tratti prima facie di una causa “arguable” (ossia non inammissibile ai sensi dell’art. 35).

<sup>33</sup> Essa serve, non soltanto, a facilitare il mantenimento dei contatti tra il ricorrente ed il proprio difensore, ma anche, in certi casi, ad impedire che la lamentata violazione venga a consumarsi (ad esempio ove il rientro dello straniero nel Paese d’origine possa determinare una violazione del proprio diritto alla vita familiare, o possa esporlo al rischio di tortura o addirittura di perdita della vita). Alcuni casi sono *D v. Regno Unito*, volto a prevenire l’espulsione di un malato terminale di AIDS, *Kheel v. Paesi Bassi*, relativo ad un caso di espulsione verso l’Afghanistan, *Abdolkhani e Karimnia v. Turchia*, relativo ad un caso di espulsione verso l’Iran o l’Iraq, *Ben Khemais*, relativo all’espulsione di un sospetto terrorista verso la Tunisia.

<sup>34</sup> Nella sentenza *Mamatkulov e Askarov c. Turchia*, del 6 febbraio 2003, relativa ad un caso di estradizione verso l’Uzbekistan di un gruppo di cittadini turchi, la Corte ha precisato per la prima volta che il rispetto di tali ordini costituisce oggetto di un vero e proprio obbligo da parte degli Stati. A commento v. A. SACCUCCI, *Il caso Mamatkulov dinanzi alla Corte europea dei diritti umani: un problematico revirement in tema di efficacia delle misure provvisorie*, in *Rivista di diritto Internazionale*, n. 1/2004, p. 70 e ss.; A. SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2005; O. DE SCHUTTER, *The binding character of the provisional measures adopted by the European Court of Human Rights*, in *International law Forum du droit international*, 16, 23, p. 21 e ss.

con un ordine emesso ex art. 39 comporta una violazione del diritto di ricorso individuale ex art. 34<sup>36</sup>.

Proprio ai ricorsi in materia di immigrazione, inoltre, si deve lo straordinario aumento del numero delle richieste ex art. 39 che la Corte ha conosciuto negli ultimi anni<sup>37</sup>, che a un certo punto ha assunto dimensioni problematiche per la Corte stessa<sup>38</sup>.

La tutela cautelare offerta dalla Corte EDU, peraltro, non sempre si rivela efficace per via della resistenza opposta in certi casi dagli Stati rispetto all'obbligo di ottemperare agli ordini di sospensione, soprattutto in relazione ai provvedimenti di allontanamento adottati per ragioni di sicurezza nazionale, dove il rischio di violazione di diritti protetti dalla CEDU si scontra in modo diretto con l'esigenza di allontanare lo straniero ritenuto pericoloso<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> La giurisprudenza iniziale della Corte affermava infatti che gli ordini cautelari della Corte non erano giuridicamente vincolanti e l'ottemperanza ad essi costituiva una semplice "good practice". V. *Cruz Varas v. Svezia, Conka v. Belgio*.

<sup>36</sup> Nel caso *Mamatkulov*, infatti, la Corte ha affermato che la mancata esecuzione dell'ordine di sospensione aveva comportato una violazione del diritto al ricorso individuale del ricorrente (previsto dall'art. 34 CEDU) in quanto l'allontanamento dal territorio aveva impedito loro di restare in contatto con i propri legali. La Corte ha poi confermato tale regola in varie sentenze successive, tra cui *Shamayev et alia c. Georgia e Russia*, 12 aprile 2005, sempre in materia di estradizione e *Aoulmi c. Francia*, 17 gennaio 2006, in materia di espulsione, dove ha precisato che la violazione di un ordine di sospendere l'esecuzione dell'espulsione costituisce una violazione dell'art. 34 CEDU anche nel caso in cui l'espulsione non ha impedito al ricorrente di mantenersi in contatto con il proprio difensore. Più di recente, nel caso *Mannai v. Italy* 27/03/2012, la Corte ha confermato questa posizione nei confronti dell'Italia. Nel caso *Labsi v. Slovakia* 15/05/2012, la Corte ha affermato che l'espulsione dello straniero (anche se sospettato di terrorismo) verso un Paese come l'Algeria, dove rischiava di subire trattamenti inumani o degradanti, in violazione di un ordine cautelare della Corte, aveva integrato una violazione, non soltanto, del diritto ad un rimedio effettivo del ricorrente (art. 13), ma anche del suo diritto al ricorso individuale della Corte (art. 34).

<sup>37</sup> Secondo dati forniti dalla stessa corte, nel periodo tra il 2006 e il 2010 il numero delle richieste sarebbe aumentato di più del 4000%, passando da 112 a 4786, principalmente a causa di richieste presentate da stranieri al fine di ottenere la sospensione di provvedimenti di espulsione o respingimento che li interessavano (in corrispondenza con lo straordinario afflusso di migranti provenienti dal Nord-Africa che si è realizzato proprio negli ultimi anni). V. *Déclaration du Président de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les demandes de mesures provisoires* (Article 39 du règlement de la Cour), 11 février 2011.

<sup>38</sup> La Corte ha osservato che un eccessivo ricorso alla tutela ex art. 39, per quanto essa risulti importante nella prospettiva dei ricorrenti, rischia di trasformare la Corte EDU in un "first-instance immigration tribunal", a scapito delle sue altre funzioni, quali anzitutto l'esame del merito delle altre cause. V. *Annual report* 2011.

<sup>39</sup> Casi di questo tipo si sono avuti, anche di recente ed anche da parte dell'Italia, in alcune ipotesi di estradizione ed espulsione in cui gli Stati hanno apertamente disatteso gli ordini di sospensione emanati dalla Corte.

In altri casi, invece, i ricorsi in sede CEDU si rivelano particolarmente efficaci dal punto di vista dello straniero, perché lo Stato accetta di revocare il provvedimento di espulsione e di fornire protezione allo straniero che lamenta una violazione dell'art. 3<sup>40</sup>.

Nella pratica la tutela processuale dei migranti davanti alla Corte EDU può risultare ostacolata da diversi fattori, non ultimo la difficoltà di mantenere i contatti con il ricorrente, soprattutto nel caso in cui sia stato già espulso verso un altro Paese<sup>41</sup>.

Un altro limite delle tutele offerte dalla Corte deriva dalla possibilità per gli Stati di adottare misure in deroga agli obblighi previsti dalla CEDU “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” (art. 15). L'istituto ha trovato applicazione soprattutto in relazione alla lotta al terrorismo, non soltanto interno<sup>42</sup>, ma anche internazionale, interessando in tali casi anche la materia dell'immigrazione<sup>43</sup>.

La possibilità di deroga è comunque soggetta ad una serie di limiti, sia sostanziali sia procedurali<sup>44</sup>, il cui rispetto è comunque sottoposto al sindacato della

---

<sup>40</sup> Come osserva H. LAMBERT, *The position of aliens in relation to the ECHR*, Council of Europe, 2006, p. 33.

<sup>41</sup> In questa materia non sono infrequenti le pronunce della Corte EDU che dichiarano l'improcedibilità del ricorso, in quanto la circostanza che il difensore del ricorrente risulta aver perso i contatti con l'assistito fa venire meno i suoi poteri di rappresentanza, richiesti dalla rule 45 delle Rules. Nel caso *Hussun e altri v. Italia*, ad esempio, il caso è stato dichiarato improcedibile in quanto di alcuni ricorrenti si era persa traccia a seguito della loro espulsione. Il caso era relativo ad alcuni stranieri intercettati al largo di Lampedusa, dalla quale erano stati espulsi immediatamente, senza che fosse data loro la possibilità di presentare richiesta d'asilo. Sono interessanti da questo punto di vista alcune aperture della Corte EDU, manifestate proprio in fattispecie relative a stranieri migranti, volte a semplificare le formalità necessarie per il conferimento dei poteri di rappresentanza “A simple written authority would be valid for the purposes of the proceedings before the Court, in so far as it has not been shown that it was made without the applicant's understanding and consent”, *Hirsi Jamaa v. Italy*.

<sup>42</sup> V. *Ireland v. United Kingdom*, 18 gennaio 1978, e *Brannigan and Mc Bride v. United Kingdom*, 26 Maggio 1993, relativa ai meccanismi di deroga attivati dal Regno Unito nell'Irlanda del Nord a partire dagli anni '70 e più volte prorogati. V. anche *Martinez Sala v. Spagna*, 2 novembre 2004, relativo all'arresto di simpatizzanti del movimento indipendentista catalano.

<sup>43</sup> Come si vedrà, il caso più significativo è quello del Regno Unito. V. *A and others v. United Kingdom*, su cui si ritornerà tra breve.

<sup>44</sup> Anzitutto lo Stato che se ne avvale è tenuto ad un obbligo di informazione nei confronti degli organi del Consiglio d'Europa, in ordine alla natura delle deroghe adottate ed ai tempi delle stesse (dovendosi ritenere, per implicito, che tali meccanismi sono ammessi soltanto per periodi limitati nel tempo), e ad un obbligo di motivazione in ordine alle ragioni della stessa “Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il

Corte EDU<sup>45</sup>. La deroga risulta ammessa soltanto “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”, ed è comunque preclusa in relazione ad una serie di disposizioni, tra cui gli artt. 2, 3.

## 2. I diritti CEDU e i provvedimenti sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio

A differenza dei provvedimenti relativi all'espulsione e alla privazione della libertà personale dello straniero, i provvedimenti amministrativi sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio non sono oggetto di previsioni specifiche nel testo della CEDU e anche la giurisprudenza della Corte EDU risulta piuttosto scarsa a riguardo.

Tali provvedimenti costituiscono, da un certo punto di vista, una diretta espressione di quel “diritto” degli Stati – come lo qualifica la Corte EDU stessa – a regolare autonomamente l'ingresso degli stranieri nel proprio territorio, e si collega al fatto che il diritto internazionale, di regola, non prevede alcun diritto a fare ingresso nel territorio di uno Stato diverso dal proprio (ma disciplina soltanto, in modo asimmetrico, il diritto a lasciare ogni Stato compreso il proprio)<sup>46</sup>.

La Convenzione Europea di stabilimento, per il vero, afferma che gli Stati si impegnano a facilitare l'ingresso e la circolazione nel territorio degli stranieri per visite brevi e, nei limiti delle proprie condizioni economiche e sociali, il soggiorno per periodi di tempo prolungati, salvo ove a ciò si oppongano ragioni di ordine pubblico, sicurezza nazionale, salute pubblica o pubblica moralità. La Carta sociale

---

Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione” (art. 15, comma 3).

<sup>45</sup> A questo proposito, nonostante la Corte riconosca di regola un ampio margine di discrezionalità agli Stati nell'interpretazione del concetto di “pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione” e, quindi, nella definizione dei presupposti del ricorso al meccanismo di deroga, la formulazione dell'art. 15 postula comunque l'esercizio di un sindacato, oltre che sul rispetto dei requisiti procedurali in esso previsti, anche sulla proporzionalità e necessità delle misure adottate, al fine di stabilire se esse risultino realmente “strettamente richieste” alla luce delle circostanze. Nel caso *Askoy v. Turchia*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che la detenzione di un soggetto sospetto di reati di terrorismo protrattasi per 14 giorni in assenza di qualsiasi tipo di convalida giurisdizionale avesse violato tale *standard*.

<sup>46</sup> Interessante notare che in altri momenti il diritto internazionale si era occupato anche della fase dell'ingresso, ma si trattava di progetti che non hanno avuto seguito. C'era stato un progetto dell'Institut de Droit International, teso a limitare giuridicamente il potere statale di regolare gli ingressi, ma non ha prodotto alcun trattato internazionale (Institut de Droit international, Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers, session de Genève, 9 septembre 1892, Annuaire de l'Institut de Droit international, tome XII, 1892-1894, p. 218 s).

europea, inoltre, esprime l'impegno degli Stati contraenti a favorire il ricongiungimento familiare degli stranieri.

Si tratta, tuttavia, di disposizioni avente carattere programmatico, che non costituisce oggetto di veri e propri diritti in capo alle persone (e non danno accesso ad alcun tipo di rimedio presso la Corte).

La Corte EDU, per canto suo, ha comunque precisato che le disposizioni generali della CEDU, come in particolare gli artt. 3, 8 e 14, si applicano anche alle fasi dell'ingresso e del soggiorno nel territorio.

In alcuni casi, pertanto, essa ha condannato gli Stati membri per violazione dell'art. 3 in relazione alle politiche di accoglienza dei migranti irregolari (in molti casi richiedenti asilo o potenzialmente tali), nei casi in cui l'inadeguatezza delle condizioni di alloggio offerte e dei trattamenti ad essi riservati potevano essere qualificati come "trattamenti inumani e degradanti". Essa ha inoltre precisato che, sebbene le dimensioni del flusso di migranti abbiano in certe occasioni messo in difficoltà gli Stati, soprattutto dal punto di vista organizzativo, ciò non può costituire una giustificazione per il mancato rispetto degli *standard* di tutela dei diritti umani, considerato il carattere assoluto della tutela offerta dall'art. 3 in particolare<sup>47</sup>.

Inoltre, la Corte riconosce che anche i provvedimenti negativi in materia di ingresso e soggiorno possono incidere sul suo diritto al rispetto della vita familiare. Sebbene l'art. 8 non imponga il riconoscimento di un vero e proprio diritto al ricongiungimento familiare<sup>48</sup>, gli Stati devono comunque rispettare, nel regolare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, i limiti sostanziali e procedurali posti dall'art. 8 stesso<sup>49</sup>.

La conformità all'art. 8 deve quindi essere osservata anche nell'adozione di provvedimenti di diniego di visto di ingresso e di soggiorno, nei casi in cui interferiscano con la vita e privata e familiare della persona.

---

<sup>47</sup> V. *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, su cui v. infra.

<sup>48</sup> *Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. Regno Unito; Boughanemi, H.L.R. v. France* (Judgment) (1997) Appl. No. 24573/94

<sup>49</sup> "La Cour rappelle d'emblée que la Convention ne garantit, comme tel, aucun droit d'entrer ou de résider dans un Etat dont on n'est pas ressortissant. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi, en l'occurrence la protection de la sécurité nationale" *Üner c. Pays-Bas* [GC], no 46410/99, § 54, v. anche *Moustaquim v. Belgio*.

A questo proposito, tuttavia, la Corte afferma che in relazione ai provvedimenti sull'ingresso ed il soggiorno gli Stati godono di un margine di discrezionalità più ampio di quello previsto per i provvedimenti di espulsione. La posizione dello straniero che chiede di fare ingresso nel territorio al fine di dare avvio alla propria vita privata e familiare è diversa rispetto a quella dello straniero che chiede di non essere espulso in quanto la cui vita privata e familiare si sta già svolgendo sul territorio<sup>50</sup>.

La giurisprudenza della Corte EDU riflette bene questo approccio, in quanto le pronunce di condanna in questo ambito appaiono relativamente infrequenti e riguardano casi particolari, in cui l'interferenza con la vita privata e familiare dello straniero risulta particolarmente significativa<sup>51</sup>, mentre nella maggior parte dei casi l'esame di proporzionalità si conclude a favore dello Stato<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> “contrairement aux affaires [...] qui concernaient des expulsions de personnes ayant résidé dans les pays concernés, il s’agissait au contraire pour le requérant d’obtenir des visas d’entrée [la Cour] estime à cet égard que [...] les Etats jouissent d’une marge d’appréciation importante quant aux modalités visant à assurer les garanties contre l’arbitraire auxquelles une personne placée dans cette situation peut prétendre” *Dalea c. Francia*, 2 febbraio 2010. “In cases of entry , interference will be established only if the individual shows that the state has overstepped its wide margin of appreciation. [...] The burden of proof is less stringent in cases of removal. This is because the individual is already living with his/her family in the country in question”. H. LAMBERT, *The position of aliens*, p. 41.

<sup>51</sup> Nel caso *Tuquabo-Teckle e altri v. Paesi Bassi*, la Corte ha stabilito che il rifiuto di concedere l'ingresso nel territorio per ricongiungimento familiare con i genitori ad una minorenni di 15 anni aveva integrato una violazione dell'art. 8, nonostante la giovane fosse già relativamente autonoma, in quanto rimanendo nel proprio Paese d'origine sarebbe stata tolta dalla scuola dai parenti e data in sposa contro la sua volontà.

<sup>52</sup> Nel caso *Dalea c. Francia* un cittadino rumeno cui era stato negato l'ingresso in Germania a causa dell'inserimento del suo nominativo nella banca dati del SIS da parte della Francia (avvenuto prima che la Romania aderisse all'UE), lamentava di non poter svolgere la propria attività lavorativa né fornire o ricevere servizi in alcuno degli Stati dell'area Schengen. La Corte EDU ha stabilito che il margine di apprezzamento goduto dagli Stati nella determinazione delle garanzie da fornire contro l'arbitrarietà è più ampio in relazione alle questioni riguardanti l'ingresso nel territorio nazionale, che rispetto a quelle concernenti le espulsioni. La Corte ha quindi ritenuto che il diniego di visto d'ingresso – motivato dalla presenza di una segnalazione dello straniero nel sistema SIS per motivi di sicurezza nazionale – costituisse un'interferenza proporzionata rispetto alla pretesa dello straniero di potersi avvalere, nel Paese di destinazione, di opportunità professionali indicate in modo del tutto generico. Nel caso *Berisha v. Svizzera* (application no. 948/12) la Corte ha ritenuto che il diniego di un permesso di soggiorno per motivi familiari a favore dei figli di una coppia di stranieri non avesse integrato una violazione dell'art. 8 perché, tra le altre cose, risultava possibile per i minori continuare a svolgere la propria vita familiare nel Paese d'origine (dove avevano vissuto assieme ad altri parenti). Nel caso *Gul v. Svizzera*, invece, essa ha giudicato che il diniego di un visto di ingresso ad un minorenni affinché raggiungesse la madre in Svizzera non aveva violato l'art. 8 in quanto non vi erano ostacoli a che la vita familiare del figlio si svolgesse in Turchia.

Sotto il profilo delle tutele procedurali, può costituire una violazione dell'art. 8 anche il rilascio tardivo di un permesso di soggiorno, cui lo straniero abbia diritto ai sensi della normativa nazionale e comunitaria<sup>53</sup>.

Un'altra disposizione interessante sotto il profilo dei provvedimenti sull'ingresso ed il soggiorno nel territorio è il divieto di trattamenti discriminatori (art. 14). Esso può risultare violato, pertanto, se le condizioni per l'ingresso risultino più sfavorevoli per alcune categorie di stranieri che per altre (ad esempio, ove l'ingresso per ricongiungimento familiare risulti più difficoltoso per gli uomini che per le donne, per pretese ragioni di protezione del mercato del lavoro interno)<sup>54</sup>.

Anche a livello nazionale il divieto di discriminazione è stato talvolta applicato in questo senso. Ad esempio, in un'importante sentenza la House of Lords inglese ha deciso che i controlli all'ingresso svolti dalle autorità di frontiera inglesi sugli stranieri di etnia Roma fossero discriminatori<sup>55</sup>.

In questa fase del percorso migratorio assume una certa rilevanza anche il diritto di lasciare il territorio di ogni Paese (specificamente tutelato dalla CEDU, art. 2, Prot 4), che in diversi casi può risultare ostacolato dalle prassi amministrative adottate vari Paesi per regolare e controllare l'ingresso di stranieri nel proprio territorio (con esiti particolarmente problematici soprattutto per i richiedenti asilo,

---

<sup>53</sup> Nel caso *Aristimuño Mendizabal c. Francia*, 17 gennaio 2006, app. no. 51431/99 il ricorrente aveva atteso oltre quattordici anni per il rilascio del permesso di soggiorno, al quale aveva comunque diritto in quanto cittadina comunitaria. Invece, nel caso *Askar v. Regno Unito*, App. No. 26373/95, in circostanze ben diverse la Corte EDU ha affermato che la tardiva definizione del giudizio di annullamento del diniego di permesso di soggiorno richiesto dall'interessato non costituiva una interferenza sproporzionata con la vita familiare della persona (nel caso di specie i legami familiari che lo straniero vantava erano relativamente deboli e il giudizio da lui instaurato risultava comunque in via di definizione). La pronuncia è interessante perché sembrerebbe trasporre all'interno dell'art. 8 uno *standard* procedurale – quale la ragionevole durata del procedimento amministrativo – che in altre materie è stato sviluppato soprattutto sotto l'egida dell'art. 6 sul diritto ad un equo processo.

<sup>54</sup> Nel caso *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v UK* (Application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81) la Corte ha stabilito che fosse discriminatoria, e dunque in violazione degli artt. 14 e 8 della Convenzione, una norma nazionale che prevedeva, per il ricongiungimento con il coniuge presente in territorio inglese, requisiti più restrittivi nel caso in cui il coniuge da ricongiungere fosse l'uomo rispetto ai casi in cui si trattasse della donna. La Corte ha infatti stabilito che non potessero ritenersi legittime ai sensi dell'art. 14 le ragioni di protezione del mercato del lavoro interne adottate dal governo.

<sup>55</sup> La prassi consisteva in una serie di controlli realizzati da parte di personale della polizia di frontiera inglese dislocata all'aeroporto di Praga, che la Corte ha giudicato discriminatori in quanto volti ad ostacolare l'imbarco verso l'Inghilterra di stranieri Rom considerati potenziali richiedenti asilo. Anche la UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, del 1966, contiene un divieto di discriminazione nell'esercizio del diritto a lasciare il proprio Paese. *R (European Roma Rights Centre) v Immigration Officer at Prague Airport* [2004] UKHL 55.

per i quali la possibilità di lasciare il territorio costituisce una prerogativa necessaria per ottenere protezione internazionale e vedere riconosciuto il proprio *status*).

Da un certo punto di vista, infatti, i requisiti amministrativi per l'ingresso nel territorio e i controlli di polizia alle frontiere si possono tradurre, per lo straniero, in altrettanti ostacoli alla possibilità di lasciare il territorio di origine.

La propensione degli Stati a spostare i controlli di polizia (ed in certi casi l'esercizio dei poteri di respingimento) in zone esterne al territorio stesso, per ragioni di efficacia, tende ad accentuare tale possibilità<sup>56</sup>.

Sul punto, tuttavia, non sembra che l'art. 2 Prot. 4 abbia dato origine ad una giurisprudenza specifica (come accennato, infatti, la relativa giurisprudenza ha ad oggetto soprattutto provvedimenti di altro tipo, quali i divieti di lasciare il territorio o il rifiuto di rilasciare documenti di viaggio)<sup>57</sup>.

Alcune delle prassi ideate dagli Stati in questo contesto (in particolare i respingimenti in alto mare, su cui v. *infra*) sono state invece condannate sotto altri profili<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Si pensi, ad esempio, ai controlli all'imbarco svolti dai trasportatori, o alla prassi, seguita da alcuni Stati, di dislocare ai valichi di frontiera esteri alcuni funzionari della propria polizia di frontiera, al fine di svolgere controlli in loco sugli stranieri in partenza verso il proprio Paese (c.d. *juxtaposed controls*). "The measures of externalisation of EU border controls on persons are carried out in conjunction with the state authorities of those territories in which the controls take place. Thus the authorities of third states change their rules, regulations and practices in order to assist the EU in its objectives regarding controls on persons. However, these modifications by third states to aid EU objectives may result in human rights violations, in particular of the right to leave a country, including one's own, the prohibition of collective expulsion and the right to seek and enjoy asylum". V. *The right to leave a country*, Issue paper, October 2013. Per alcuni commentatori, inoltre, risulterebbe problematico lo stesso requisito dei visti di ingresso. V. MORENO-LAX, *Must EU borders have doors for refugees?*, *On the compatibility of Schengen visas with EU member states' obligations to provide international protections to refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, 353-354.

<sup>57</sup> "EU member states have adopted a panoply of measures which have the effect of preventing people from leaving the country in which they are on the grounds that if these people are allowed to leave they might enter irregularly into the EU". Per una illustrazione di tali misure v. *The right to leave a country*, Issue paper, October 2013. H. LAMBERT, *The position of aliens in relation to the ECHR*, p. 12.

<sup>58</sup> Come la tutela del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, o il divieto di espulsioni collettive, come più avanti si vedrà, in particolare per quanto riguarda i respingimenti.

### 3. I diritti CEDU e i provvedimenti di espulsione

#### 3.1 La base normativa del potere di espulsione

Sia l'art. 8 che l'art. 1 prot. 7 prevedono che il provvedimento di espulsione debba essere conforme a legge.

Tale requisito è previsto in diverse disposizioni della Convenzione (tra cui l'art. 5 sulle ipotesi di privazione della libertà personale) e la Corte ha espressamente riconosciuto che esso presenta un portata analoga in ciascuna di esse<sup>59</sup>.

In particolare esso richiede, non soltanto, che il provvedimento sia adottato dall'autorità competente in base al diritto materiale ed alle regole di procedura applicabili, ma anche che la disciplina di riferimento presenti determinate caratteristiche, a garanzia della non arbitrarietà della misura stessa.

La disciplina normativa di riferimento deve quindi presentare una certa "qualità", ovvero fornire il grado di sicurezza giuridica necessario per prevenire le minacce arbitrarie del potere pubblico ai diritti garantiti dalla Convenzione.

Nello specifico, essa deve risultare accessibile (ossia conoscibile da parte dei soggetti interessati) e prevedibile, ovvero essere formulata con sufficiente precisione da consentire la "previsione" delle conseguenze giuridiche della sua applicazione<sup>60</sup>.

La disciplina normativa deve inoltre essere sufficientemente dettagliata nel senso di non lasciare all'amministrazione margini di discrezionalità illimitati ("unfettered power").

In questo senso, la Corte ha stabilito che non può costituire una base legale sufficiente per l'adozione di un provvedimento di espulsione un'ordinanza d'urgenza

---

<sup>59</sup> "this phrase ['in accordance with the law'] has a similar meaning throughout the Convention and its Protocols", *C.G. and others c. Bulgaria*, §73. Nel caso di specie la Corte aveva accertato che la norma non aveva la sufficiente qualità richiesta ai sensi dell'art. 8 e ha concluso che non dovesse averla nemmeno ai sensi dell'art. 1 prot. 7. Sul principio convenzionale di legalità nel diritto penale v. V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011. Sull'applicazione del principio convenzionale di legalità nel diritto amministrativo v. F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, Nota a TAR LA - Roma sez. III ter 21 gennaio 2013, n. 682, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2013, fasc. 4 pag. 1228 – 1246.

<sup>60</sup> In questo senso le sentenze *Lupsa c. Romania*, 8 giugno 2006, e *Kaya c. Romania*, 12 ottobre 2006. "domestic law must be accessible and foreseeable, in the sense of being sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which the authorities are entitled to resort to measures affecting their rights under the Convention" *C.G. and others v. Bulgaria*, § 39.

che non preveda presupposti di applicabilità e rimedi giurisdizionali tali da assicurare un controllo effettivo sulla non arbitrarietà del provvedimento<sup>61</sup>.

La disciplina in questione, infatti, deve conformarsi al principio di *rule of law*, anche nel senso di prevedere e consentire forme di controllo giurisdizionale efficaci sull'esercizio del potere<sup>62</sup>.

### 3.2 I limiti sostanziali al potere di espulsione

La Corte afferma che l'espulsione degli stranieri costituisce un potere discrezionale proprio degli Stati, che però non può essere esercitato in contrasto con gli obblighi di tutela previsti dalla CEDU<sup>63</sup>.

I principali limiti sostanziali al potere di espulsione derivano dall'applicazione di alcune norme generali della CEDU<sup>64</sup>.

Le prime e più rigorose sono la tutela del diritto alla vita (art. 2) e del diritto a non subire la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti (art. 3), con i quali un provvedimento di espulsione può porsi in contrasto in vari modi.

---

<sup>61</sup> Nel caso *Lupsa c. Roumanie* lo straniero era stato espulso sulla base di presupposti definiti in modo generico – in quanto “persona indesiderata” per essere coinvolta in “attività capaci di mettere a rischio la sicurezza nazionale” – e il giudice nazionale aveva effettuato un controllo soltanto formale della legittimità della misura. La Corte ha osservato che: “lors de l'examen du grief tiré de l'article 8 de la Convention, à savoir que l'ordonnance d'urgence no 194/2002, qui a constitué la base légale de l'expulsion du requérant, ne lui a pas offert des garanties minimales contre l'arbitraire des autorités”. Di conseguenza “bien que l'expulsion du requérant ait eu lieu en exécution d'une décision prise conformément à la loi, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole no 7 dès lors que cette loi ne répond pas aux exigences de la Convention”.

<sup>62</sup> “The Court reiterates that the first of these requirements, namely that any interference be ‘in accordance with the law’, does not merely require that the interference should have a basis in domestic law, but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law. The law must moreover afford a degree of legal protection against arbitrary interference by the authorities” *Kaushal and others*, § 16. V. anche *Lupsa c. Romania*.

<sup>63</sup> Sui limiti al potere di espulsione v. A. LIGUORI, op. cit.; I. BRYAN, P. LANGFORD, *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights*, in *Nor. J. Int. L.*, 79/2010; M. PUÉCHAVY, *Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention des droits de l'homme*, in P. LAMBERT, C. PETTITI (éd), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

<sup>64</sup> Inoltre, la Convenzione europea di stabilimento prevede che i cittadini degli Stati contraenti regolarmente residenti nel territorio possono essere espulsi soltanto per ragioni di sicurezza nazionale, ordine pubblico e pubblica moralità (le quali, ove lo straniero risieda nel territorio da più di dieci anni, devono rivestire un carattere di particolare gravità). La Carta sociale europea, invece, dispone che i lavoratori che risiedono regolarmente sul loro territorio potranno essere espulsi soltanto se minacciano la sicurezza dello Stato o contravvengono all'ordine pubblico o al buoncostume.

Anzitutto rileva la possibilità che lo straniero sia soggetto a trattamenti inumani o degradanti, o posto a rischio di vita, una volta giunto nel Paese di destinazione. La Corte ha chiarito che in tali casi la responsabilità per l'eventuale violazione ricade comunque sul Paese che esegue l'espulsione, nonostante il rischio dipenda da attori ad esso esterni, anche diversi dalle autorità dello Stato di destinazione<sup>65</sup>.

La giurisprudenza su questo punto è piuttosto ricca e si caratterizza per un approccio pragmatico e casistico, particolarmente attento alla ricostruzione dei fatti, alla prova degli stessi (l'onere della prova della sussistenza di un rischio serio di violazione dell'art. 3 ricade sullo straniero)<sup>66</sup>, alla valutazione prognostica delle possibili conseguenze dell'allontanamento<sup>67</sup>, tenendo conto, tanto della situazione dello Stato di destinazione, quanto della condizione specifica in cui si trova lo straniero<sup>68</sup>. A questo fine non è infrequente che la Corte si richiami, nella valutazione dei fatti, ai rapporti redatti da organizzazioni non governative per la protezione dei diritti umani<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Mutuando, da questo punto di vista, una soluzione già affermata con riferimento alla disciplina dei provvedimenti di estradizione. Nel caso *Soering v. the United Kingdom*, app. nr. 14038/88, in particolare, la Corte EDU ha stabilito che lo Stato membro che esegua un provvedimento di estradizione deve prendere in considerazione i rischi connessi al rientro dello straniero verso lo Stato richiedente al fine di accertare che non sussistano seri rischi di violazione dell'art. 3, pena la propria responsabilità per violazione della CEDU, ai sensi dello stesso articolo. R. B. LILLICH, *The Soering Case*, in *The American Journal of International Law* 85 (1), pp. 128–149. Un simile divieto opera anche per i provvedimenti di estradizione che possano dare luogo a violazioni dell'art. 6 (v. *Othman (Abu Quatada) v. United Kingdom*, 2012. V. A. COLELLA, *Il rischio che, nel Paese che ha chiesto l'extradizione, vengano utilizzate prove estorte mediante tortura può dar luogo a una violazione potenziale dell'art. 6 Cedu*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

<sup>66</sup> Nel caso *Cruz Varas and others v. Sweden*, app. nr. 15576/89, ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che il rischio allegato dallo straniero non superasse la soglia dell'art. 3 per la scarsa credibilità delle dichiarazioni della persona.

<sup>67</sup> A questo proposito la Corte precisa che, vista la natura assoluta della tutela offerta dall'art. 3, la valutazione del rischio dev'essere particolarmente rigorosa. Da questo punto di vista, la "mere possibility" che si verifino maltrattamenti non supera la soglia dell'art. 3, che richiede invece la presenza di un "serious risk". V. *Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, app. nr. 13163-4-5/87.

<sup>68</sup> Ad esempio, in un caso noto la Corte ha giudicato che l'espulsione di uno straniero malato di HIV costituisse un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3. *D. v. United Kingdom*, ECHR 1997. In altri casi ancora i diritti non sono violati dal provvedimento in sé, ma dalle modalità e dalle condizioni in cui vengono svolte le procedure relative all'immigrazione.

<sup>69</sup> Il tipo di maltrattamenti che possono dare origine ad una violazione dell'art. 3 possono essere di vario tipo e includono, non soltanto, atti compiuti dalle autorità dello Stato di destinazione (ad esempio maltrattamenti da parte della polizia), o loro omissioni (come la mancata predisposizione di idonee condizioni di accoglienza per i richiedenti asilo) ma anche atti compiuti da soggetti non statali.

## CAPITOLO SECONDO

In alcuni casi particolari, inoltre, la Corte ha affermato che assumono rilevanza ai sensi dell'art. 3 anche le condizioni di salute dello straniero e l'eventuale difficoltà di accesso a cure adeguate nel Paese di destinazione. Nel caso *D v. United Kingdom*, ad esempio, essa ha affermato che l'espulsione di uno straniero sieropositivo avrebbe costituito una violazione dell'art. 3.

Successivamente essa ha però precisato che tali ragioni umanitarie possono costituire una violazione dell'art. 3 soltanto in presenza circostanze di eccezionale gravità (le condanne di questo tipo sono infatti relativamente infrequenti)<sup>70</sup>.

In un'altra serie di casi, invece, il rischio di violazione dell'art. 3 deriva dal rischio che il Paese di destinazione proceda a sua volta ad un'espulsione verso un Paese a rischio di violazione dell'art. 3 (c.d. *chain refoulement*, espulsione a catena). La Corte ha infatti affermato che la responsabilità del primo Paese espellente sussiste comunque (anche se l'espulsione verso un Paese a rischio di violazione dell'art. 3 viene eseguita da uno Stato diverso)<sup>71</sup>.

In altri casi ancora, infine, la violazione dell'art. 3 può derivare dalle modalità stesse con cui viene data esecuzione all'espulsione (ad esempio nel caso in cui si

---

<sup>70</sup> Tra queste si segnala, di recente, il caso dell'espulsione di un minorenne affetto da sindrome di down verso un Paese dove non avrebbe potuto godere di cure equivalenti a quelle offerte dal Paese in cui si trovava (*Hukić v. Sweden*). Per il resto: "the decision to remove an alien who is suffering from a serious mental or physical illness to a country where the facilities for the treatment of that illness are inferior to those available in the contracting state may raise an issue under article 3, but only in a very exceptional case, where the humanitarian grounds against the removal are compelling" *N. v. The United Kingdom*, app. Nr. 26565/05. Nel caso *Bensaid v. Regno Unito*, ad esempio, essa ha affermato che il rimpatrio in Algeria del ricorrente non avrebbe costituito una violazione dell'art. 3 in quanto, pur essendo gravemente malato, lo straniero avrebbe comunque potuto ricevere i trattamenti di cui aveva bisogno anche nel Paese di destinazione.

<sup>71</sup> Nel caso *T.I. v United Kingdom* (43844/98), il ricorrente si era rifugiato nel Regno Unito dopo che la sua richiesta di asilo era stata rigettata in Germania, ma il Regno Unito aveva avviato le procedure per ricondurlo in quel Paese (in ottemperanza al Regolamento Dublino). La Corte EDU, pur rigettando il ricorso dopo aver accertato che le procedure per il riconoscimento del diritto d'asilo in Germania offrivano sufficienti garanzie avverso il rischio di violazione dell'art. 3, ha tuttavia affermato che in capo al Regno Unito sussisteva comunque la responsabilità di assicurare che il trasferimento verso la Germania non avrebbe comportato rischi per lo straniero. Una sentenza particolarmente significativa, da questo punto di vista, è la nota pronuncia nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in cui la Corte ha condannato, non soltanto la Grecia per l'inidoneità delle condizioni di accoglienza dei migranti irregolari e potenziali richiedenti asilo, ma anche il Belgio, perché la procedura di rientro verso la Grecia (attuata ai sensi del Regolamento Dublino e, quindi, in ottemperanza a specifici obblighi comunitari) aveva esposto lo straniero, sia al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti in Grecia (per via dell'inidoneità delle condizioni di accoglienza), sia al rischio ulteriore di essere espulso verso un Paese a rischio di violazione dell'art. 3 (perché le procedure greche di riconoscimento del diritto d'asilo non offrivano, all'epoca, sufficienti garanzie da quel punto di vista). *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09.

verifichino maltrattamenti durante l'esecuzione forzata del provvedimento, oppure nel caso in cui le condizioni di salute dello straniero siano tali da rendere rischioso il viaggio stesso).

In tutte queste ipotesi, dall'art. 3 deriva un vero e proprio divieto di espulsione per i casi in cui sussistano fondati motivi per ritenere che l'esecuzione del provvedimento esporrebbe lo straniero ad un rischio concreto di subire tali trattamenti<sup>72</sup>. In capo alle autorità amministrative dei Paesi membri, pertanto, corre l'obbligo di verificare, caso per caso, la sussistenza di tale rischio e, nel caso in cui risulti provato, l'obbligo di non dare luogo all'espulsione<sup>73</sup>.

Nel caso in cui il rischio di violazione dell'art. 3 risulti accertato, il divieto di espulsione opera in modo automatico, in quanto, trattandosi di un diritto tutelato in modo assoluto, non sono ammesse limitazioni, deroghe o bilanciamenti con altri interessi<sup>74</sup>.

Un criterio diverso opera nei casi in cui il provvedimento di espulsione incida, invece, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8, che non comporta un divieto automatico di espulsione (poiché la norma non offre una tutela di tipo assoluto) ma determina la necessità di operare un bilanciamento di interessi, alla luce del principio di proporzionalità<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> In tema v. S. KARAGIANNIS, *Expulsion des étrangers et mauvais traitement imputables à l'état de destination ou à des particuliers*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, pp. 33 e ss.; G. MALINVERNI, *I limiti all'espulsione, secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. SALERNO (ed.), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, pp. 165 e ss..

<sup>73</sup> Una delle questioni controverse, da questo punto di vista, è quella relativa al valore delle assicurazioni diplomatiche dello Stato di provenienza, che vengono talvolta invocate dagli Stati in sede CEDU, per giustificare l'assenza di rischi di trattamenti contrari all'art. 3. *Chahal v. Regno Unito*, par. 105. La Corte ha precisato che la presenza di tali assicurazioni non può comunque sollevare gli Stati dai loro obblighi ai sensi della CEDU. V. *Chahal c. Regno Unito*, 15 novembre 2007, 22414/93, *Saadi c. Italia*, ric. N. 37201/06, 28 febbraio 2008. Per essere considerate rilevanti, le assicurazioni diplomatiche devono essere inequivoche e giuridicamente vincolanti. Ma le informazioni in esse contenute vanno anche bilanciate con le informazioni altrimenti in possesso delle autorità, sulle condizioni del Paese di destinazione. In tema v. M. JONES, *Lies, Damned Lies and Diplomatic Assurances: The Misuse of Diplomatic Assurances in Removal Proceedings*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1/2006, 9 ss.

<sup>74</sup> N. MOLE, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2010, p. 100. Basti considerare che non sono nemmeno ammesse deroghe ai sensi dell'art. 15. In questo l'articolo offre una tutela più ampia rispetto agli art. 32 e 33 convenzione ONU sui rifugiati, che invece autorizzano limitazioni per esigenze di sicurezza.

<sup>75</sup> E. COURAGE, *Expulsion des étrangers et Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue française de droit administratif* 13 (2) (1997).

Nelle pronunce della Corte EDU la verifica del rispetto dell'art. 8 procede per passaggi successivi.

In primo luogo essa verifica se la condizione soggettiva della persona può essere qualificata come “vita privata e familiare”<sup>76</sup>.

In secondo luogo la Corte valuta se il provvedimento in questione incide su tale situazione soggettiva con intensità tale da costituire una “interferenza” ai sensi dell'art. 8<sup>77</sup>.

In terzo luogo essa verifica se tale interferenza sia “prevista dalla legge”<sup>78</sup>.

In quarto luogo la Corte verifica se il provvedimento in parola abbia perseguito un fine legittimo tra quelli indicati dall'art. 8<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Da questo punto di vista l'ambito di applicazione dell'art. 8 viene interpretato in senso relativamente ampio, ad includere non soltanto i rapporti interni alla famiglia nucleare ma anche rapporti di parentela più distanti. Il concetto di “vita privata”, inoltre, conferisce rilevanza anche ai rapporti sociali esterni al contesto familiare, quali i rapporti sociali o lavorativi della persona. Nel caso *Chorfi v. Belgio*, ad esempio, la corte ha tenuto in considerazione l'esistenza di rapporti lavorativi congiuntamente ai rapporti familiari. In quest'ottica possono anche rilevare il diritto all'integrità fisica, morale e psichica, in caso di danni alla salute meno gravi rispetto a quelle che ricevono tutela ai sensi dell'art. 3. Come ad esempio nel caso *Bensaid v. The United Kingdom*, relativo all'espulsione di un malato psichico la cui espulsione non costituiva, secondo la Corte EDU, una vera e propria violazione dell'art. 3 CEDU, ma avrebbe potuto in astratto essere considerata una violazione dell'art. 8, in quanto la salute mentale costituisce un elemento integrante della tutela della vita privata. Nel merito la Corte ha peraltro rigettato il ricorso, ritenendo che il ricorrente non avesse fornito prova sufficiente del danno psichico che avrebbe subito a causa dell'espulsione. Nel caso *Nasri v. France*, invece, la Corte ha ritenuto che costituissero una violazione dell'art. 8 l'espulsione di un cittadino algerino sordomuto giunto in Francia all'età di quattro anni.

<sup>77</sup> A questo proposito, numerose sentenze della Corte EDU hanno stabilito che un provvedimento di espulsione può costituire un'interferenza con tale diritto. La necessità di rispettare la vita privata e familiare è prevista altresì nella risoluzione dell'assemblea parlamentare Resolution 1509 (2006) *Human rights of irregular migrants* “12.12. the right to respect for private and family life should be observed. Removal should not take place when the irregular person concerned has particularly strong family or social ties with the country seeking to remove him or her and when the removal is likely to lead to the conclusion that expulsion would violate the right to private and/or family life of the person concerned”. Sul punto v. P. PALLARO, *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 460 ss.; M. LEVINET, *L'éloignement des étrangers délinquants*, in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 108, 2000, 301 e ss.; C. RAUX, *Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Court Européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 71/2007, 837.

<sup>78</sup> Un requisito che presuppone, non una mera conformità del provvedimento alle previsioni normative nazionali di riferimento ma anche – come più avanti si vedrà – una serie di garanzie ulteriori, anche procedurali, volte ad assicurare la non arbitrarietà del provvedimento stesso (analogamente a quanto previsto dalla giurisprudenza relativa all'art. 5 sui provvedimenti di privazione della libertà personale).

<sup>79</sup> Quali il benessere economico (invocato in relazione a provvedimenti motivati dall'esigenza di assicurare il rispetto della normativa sugli ingressi di lavoratori stranieri nel territorio), o la difesa

Infine, la Corte valuta se il provvedimento può dirsi o meno “necessario in una società democratica”<sup>80</sup>, operando un bilanciamento tra, da un lato, l’intensità dei rapporti privati e familiari dello straniero nel territorio<sup>81</sup>, e dall’altro lato la gravità della minaccia che egli rappresenta per l’ordine pubblico<sup>82</sup>.

---

dell’ordine pubblico e la prevenzione dei crimini (spesso invocato in relazione a provvedimenti di espulsione motivati dalla pericolosità sociale della persona). V. *Boultif v. Switzerland* 02/08/2001.

<sup>80</sup> Ovvero se esso risulti “justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued”, *Üner*, cit. §§ 54-55 e 57-58.

<sup>81</sup> Nel caso *Darren Omoregie v. Norvegia* la permanenza dello straniero era stata breve e la Corte ha ritenuto che la sua espulsione, nonostante nel frattempo avesse creato una famiglia, costituisse motivo di ritenere che egli non avrebbe sofferto “ostacoli insormontabili” a trasferire la propria vita familiare nel proprio Paese d’origine. Nel caso di legami familiari particolarmente forti la Corte rafferma che l’espulsione dello straniero può essere giustificata soltanto da circostanze eccezionali, ma riconosce che la presenza di una condanna penale costituisce elemento sufficiente (*Moustaquim c. Belgio*). Nel caso in cui siano coinvolti gli interessi di minori, invece, la Corte osserva cautele particolari, in quanto l’amministrazione deve perseguire il principio (che la Corte riprende da altre fonti del diritto internazionale) del miglior interesse del minore, v. *Maslov c. Austria*.

<sup>82</sup> I profili che essa prende in considerazione sono stati enumerati nel caso *Boultif*, citato *supra*. Si tratta di “the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; the length of the applicant’s stay in the country from which he or she is to be expelled; the time elapsed since the offence was committed and the applicant’s conduct during that period; the nationalities of the various persons concerned; the applicant’s family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple’s family life; whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; whether there are children of the marriage, and if so, their age; the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled”. A questi essa ha inoltre aggiunto: “the best interests and well-being of the children, in particular the seriousness of the difficulties which any children of the applicant are likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled; the solidity of social, cultural and family ties with the host country and with the country of destination” (caso *Uner*). Nel caso *Benhebbba v. France* 10/07/2003, nonostante i legami personali dello straniero con il territorio fossero molto forti, i reati da lui commessi (legati al traffico di stupefacenti) presentavano una certa gravità e pertanto, considerato anche l’effetto temporaneo e non permanente del provvedimento di espulsione a suo carico, la Corte ha ritenuto che non vi fosse stata una violazione dell’art. 8. Nel caso *Moustaquim v. Belgium* 12313/86, invece, essa ha affermato che l’espulsione avrebbe costituito una violazione dell’art. 8 in quanto lo straniero aveva commesso i reati su cui si fondava il giudizio di pericolosità sociale in età relativamente giovane e diversi anni addietro rispetto al momento dell’adozione del provvedimento di espulsione. Nel caso *A.W. Khan v. Regno Unito*, invece, la Corte ha affermato che l’art. 8 era stato violato perché, sebbene lo straniero avesse commesso dei delitti per i quali aveva scontato una pena detentiva, la sua condotta negli anni successivi al rilascio era stata buona. La Corte EDU, comunque, riconosce il diritto degli Stati a punire con fermezza reati particolarmente gravi come quelli legati al traffico di stupefacenti, v. *Dalea c. Francia*. Essa valuta, inoltre, se lo straniero abbia o meno la possibilità di svolgere la propria vita familiare altrove (in particolare nel Paese di origine, ma anche in altri); in caso positivo ciò costituisce un elemento per ritenere che il provvedimento di espulsione non sia contrario all’art. 8. Nel caso *Boultif v. Switzerland* 02/08/2001, ad esempio, lo straniero aveva legami personali forti nel territorio (una moglie e varie esperienze lavorative) e i reati che aveva commesso erano relativamente poco gravi e commessi diversi anni addietro rispetto al momento dell’emanazione del provvedimento di espulsione. La Corte ha ritenuto che il provvedimento di espulsione costituisse una violazione dell’art.

La Corte procede quindi in modo casistico, prendendo in considerazione volta per volta le circostanze del caso<sup>83</sup>.

Pur senza dare luogo ad un divieto di espulsione automatico, anche l'art. 8 costituisce un significativo limite all'esercizio dei poteri di espulsione, vietando quelle espulsioni che costituiscano un'interferenza sproporzionata sulla vita privata e familiare dello straniero.

Oltre agli artt. 3 e 8, può costituire un limite sostanziale al potere di espulsione anche la tutela del diritto all'equo processo (art. 6), nei casi in cui lo straniero possa essere oggetto, nel Paese di destinazione, di una violazione particolarmente grave di tale diritto (ad esempio nel contesto di un eventuale processo avviato a suo carico). La Corte EDU ha tuttavia precisato che il divieto di espulsione in questi casi opera soltanto in casi eccezionali, in presenza di un "déni de justice flagrant"<sup>84</sup>.

---

8 anche perché risultava impossibile per lo straniero svolgere altrove la propria vita familiare. In modo analogo, nel caso *Omojudi c. Regno Unito*, 24 novembre 2009, la Corte ha ritenuto che violasse l'art. 8 l'espulsione di uno straniero che aveva riportato diverse condanne penali – in questo caso anche per reati molto gravi – in quanto era sposato da più di vent'anni con una cittadina nigeriana residente da ventisei anni nel Regno Unito e dalla quale aveva avuto tre figli, cittadini britannici, nati e vissuti sempre nel Regno Unito.

<sup>83</sup> "While the criteria which emerge from its case-law and are spelled out in the *Boultif* and *Üner* judgments are meant to facilitate the application of Article 8 in expulsion cases by domestic courts, the weight to be attached to the respective criteria will inevitably vary according to the specific circumstances of each case" *Maslov v. Austria* 1638/03. "The extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interest. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered" *Gül v. Switzerland*, 23218/94. La giurisprudenza sul punto è molto ricca e soggetta ad oscillazioni, sul punto v. G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, 2006.

<sup>84</sup> Ad esempio, in un caso recente, ove vi sia il rischio che nel processo penale a carico della persona vengano utilizzate prove ottenute a mezzo della tortura. *Omar Othman v United Kingdom* 17/01/2012. Oppure, ove ci sia il rischio di applicazione della pena capitale, *Soering c. Regno Unito* 7 luglio 1989, *Einhorn c. Francia*, 16 ottobre 2001, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* del 4 febbraio 2005. Il rischio di subire la pena capitale non costituisce, di per sé, una violazione dei diritti CEDU, in quanto la pena capitale non risulta vietata ai sensi dell'art. 2 CEDU, bensì dal Prot. 6, firmato soltanto da alcuni degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia la Corte afferma che "an issue may arise, under articles 2 and 3 of the Convention, if a Contracting State deports an alien who has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the receiving state, the outcome of which was, or is likely to be, the death penalty" *Badre v. Sweden*, app. Nr. 13284/04. V. anche *Öcalan v. Turchia*, app. nr. 46221/99. *Drozd and Janousek v. France and Spain*, *MAR v. the United Kingdom*, relative ad un caso di espulsione (mentre la maggior parte degli altri riguarda casi di estradizione). Si tratta quindi di circostanze eccezionali, talvolta assorbite nella questione relativa alla violazione dell'art. 3. Ad esempio, nel caso *Hilal v. the United Kingdom*, in cui la Corte, avendo stabilito che l'espulsione avrebbe esposto lo straniero al rischio di subire un processo penale arbitrario ed ingiusto, ha deciso che la questione risultava assorbita nel motivo relativo alla violazione dell'art. 3.

### 3.3 I requisiti procedurali del provvedimento di espulsione

Per quanto riguarda i requisiti procedurali previsti dall'art. 1. Prot. 7, essi prevedono che lo straniero colpito da un provvedimento di espulsione debba poter: far valere le proprie ragioni contro l'espulsione, far esaminare il proprio caso e farsi rappresentare innanzi all'autorità competente a tal fine<sup>85</sup>.

I requisiti posti dalla norma sono definiti in termini ampi, da intendersi come requisiti procedurali "minimi", che lasciano agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nella definizione delle relative procedure, anche alla luce della varietà di provvedimenti espulsivi previsti nei vari ordinamenti.

Dal punto di vista della presente indagine, si pone il problema di stabilire se tali garanzie vadano riferite al procedimento amministrativo che precede l'adozione del provvedimento di espulsione, oppure a valle, con l'impugnazione del provvedimento stesso in sede rimediale.

Per quanto riguarda il diritto a far valere le proprie ragioni, il rapporto esplicativo del Protocollo 7 chiarisce che spetta agli Stati definire le modalità in cui possa essere esercitato, ma lascia intendere che lo straniero possa farlo anche prima dell'esame del suo caso<sup>86</sup>. A livello statale, pertanto, tale requisito può essere soddisfatto anche attraverso la previsione di un diritto procedurale ad essere sentiti, prima dell'adozione del provvedimento<sup>87</sup>.

Per quanto riguarda l'esame del suo caso (nel testo inglese si parla di "review"), invece, il rapporto esplicativo chiarisce che l'art. 1 prot.7 non prevede un diritto di impugnare il provvedimento di espulsione davanti ad un'autorità diversa da

---

<sup>85</sup> A commento dell'articolo v. C. CAMPIGLIO, *Espulsione e diritti dell'uomo: a proposito dell'art. 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, p. 64 e ss.; B. NASCIBENE, *Art. 1 Prot. 7*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*; F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 471 e ss

<sup>86</sup> "The conditions governing the exercise of this right are a matter for domestic legislation. By including this guarantee in a separate sub-paragraph, the intention is to indicate clearly that an alien can exercise it even before being able to have his case reviewed".

<sup>87</sup> In questo senso anche S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 879, per il quale "la ratio deve essere rinvenuta nella possibilità per l'amministrazione di sentire personalmente lo straniero prima di emettere la decisione o immediatamente dopo, per valutare l'opportunità dell'adozione o la sua revoca se, alla luce delle dichiarazioni dell'interessato, la si consideri come non appropriata".

quella che lo ha adottato, ma soltanto il diritto che l'autorità competente esamini il caso alla luce delle ragioni fatte valere dallo straniero<sup>88</sup>.

Per quanto riguarda la possibilità di farsi rappresentare davanti ad un'autorità competente, invece, il rapporto esplicativo afferma che tale diritto può essere esercitato, indifferentemente, tanto davanti all'autorità competente per l'adozione del provvedimento finale, quanto in una fase intermedia del procedimento<sup>89</sup>.

Inoltre, non è necessaria la comparizione personale del ricorrente o lo svolgimento di un'udienza (essendo invece sufficiente lo svolgimento di un procedimento documentale)<sup>90</sup>.

Un altro profilo problematico della norma è quella del rapporto tra garanzie procedurali ed esecuzione del provvedimento.

A questo proposito l'art. 1 Prot. 7 afferma espressamente che il rispetto delle garanzie in essa contenuto deve essere assicurato prima dell'esecuzione del provvedimento, salvo i casi in cui l'espulsione sia "necessaria nell'interesse dell'ordine pubblico o motivata da ragioni di sicurezza nazionale"<sup>91</sup>.

Di regola, pertanto, lo straniero dovrà essere informato del provvedimento di espulsione in una lingua a lui conosciuta ed in tempo utile prima dell'esecuzione<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> La relazione spiega che "this does not necessarily require a two-stage procedure before different authorities, but only that the competent authority should review the case in the light of the reasons against expulsion submitted by the person concerned". In altri termini, il rapporto specifica espressamente, del resto, che, ove a livello statale sia prevista una forma di impugnazione successiva a tale "review", l'art. 1 Prot. 7 non si intende riferito a tale fase del procedimento. "In some States, an alien has the possibility of introducing an appeal against the decision taken following the review of his case. The present article does not relate to that stage of proceedings and does not therefore require that the person concerned should be permitted to remain in the territory of the State pending the outcome of the appeal introduced against the decision taken following the review of his case".

<sup>89</sup> "The 'competent authority' for the purpose of reviewing the case need not be the authority with whom the final decision on the question of expulsion rests". Ad esempio "a procedure under which a court, which had reviewed the case in accordance with sub-paragraph b, made a recommendation of expulsion to an administrative authority with whom the final decision lay would satisfy the article".

<sup>90</sup> L'organo competente, infine, non deve necessariamente avere natura giurisdizionale, potendosi trattare anche di un'autorità amministrativa. In linea con l'intenzione – che sembra espressa nella relazione esplicativa – di fornire, in questa materia, garanzie "minime". A commento v. A. LIGUORI, op. cit. p. 36.

<sup>91</sup> "Article 1 of Protocol 7 does not protect persons considered to constitute a threat to public order or national security, thereby excluding from its scope refugees who lost their status on these grounds" H. LAMBERT, *The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2005, 24, p. 39-55.

<sup>92</sup> In un caso recente la Corte ha affermato che l'art. 1 Prot. 7 era stato violato in quanto, tra le altre cose, "it appears that the decision on the applicant's expulsion was served on him on the date of his

Il rapporto esplicativo chiarisce, peraltro, che tale eccezione debba essere comunque utilizzata conformemente al principio di proporzionalità, in quanto lo Stato è tenuto a dimostrare il carattere necessario dei motivi che la giustificano<sup>93</sup>.

Inoltre, nel caso in cui lo straniero non abbia potuto esercitare tali diritti prima dell'esecuzione dell'espulsione, egli dovrà comunque poterlo fare in sede rimediabile, dopo l'esecuzione del provvedimento<sup>94</sup>. In tali ipotesi, pertanto, gli *standard* stabiliti dall'art. 1 Prot. 7 dovranno essere applicati al procedimento di impugnazione del provvedimento (su cui v. *infra*).

L'art. 1 Prot. 7, per le ragioni che si sono viste, presenta un campo di applicazione particolarmente ristretto<sup>95</sup>.

---

departure, in a language he did not understand and in circumstances which prevented him from being represented or submitting any reasons against his expulsion" (*Nowak v. Ukraine* 60846/10). Anche nel caso *Geleri* essa osserva che "la communication faite au requérant ne contenait aucune référence aux faits reprochés et avait un caractère purement formel (paragraphe 9 ci-dessus). Dès lors, la Cour ne peut que constater que les autorités n'ont pas fourni au requérant le moindre indice concernant les faits qui lui étaient reprochés" *Geleri c. Roumanie* 33118/05.

<sup>93</sup> Tali eccezioni sono state criticate da alcuni commentatori per essere troppo ampie J.P. COSTA, *Expulsione et réadmission*, cit. p. 145. Alcuni autori ritengono che il requisito della proporzionalità debba essere riferito ad entrambi i motivi di possibile eccezione (sia l'ordine pubblico, sia la sicurezza nazionale), v. C. CAMPIGLIO, *Expulsione e diritti dell'uomo. A proposito dell'articolo 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1985, p. 64. Mentre il rapporto esplicativo lo ritiene invece riferibile, secondo un'interpretazione letterale e restrittiva della norma, soltanto ai motivi di ordine pubblico. Infatti, se da un lato esso afferma che "these exceptions are to be applied taking into account the principle of proportionality as defined in the case-law of the European Court of Human Rights", dall'altro lato precisa che lo Stato che si avvale dell'eccezione di ordine pubblico "must be able to show that this exceptional measure was necessary in the particular case or category of cases" mentre nel caso in cui si avvalga delle ragioni di sicurezza nazionale "this in itself should be accepted as sufficient justification". Una recente sentenza, tuttavia, sembra presupporre che il test di proporzionalità sia applicabile anche ai motivi di sicurezza nazionale. La Corte ritiene non applicabile l'eccezione dei motivi di sicurezza nazionale ma osserva che "it does not therefore need to additionally determine whether, if that were the case, his being deprived of the possibility of exercising his rights under paragraph 1 of Article 1 before his expulsion was necessary and proportionate" (come a ritenere che se, nel caso in cui tale eccezione fosse stata applicabile, la prova della necessità e proporzionalità della misura sarebbe stata comunque necessaria). *G. and others v. Bulgaria*, § 77. Nel caso di specie l'espulsione era stata eseguita il giorno stesso in cui lo straniero ne aveva ricevuto comunicazione e il governo ha invocato l'applicazione dell'eccezione di cui sopra, per motivi di ordine pubblico. La Corte, non persuasa che tale misura fosse necessaria o proporzionata, ha quindi affermato che l'art. 1 prot. 7 era stato violato.

<sup>94</sup> Il rapporto esplicativo chiarisce infatti che, ove lo Stato si sia avvalso di una delle eccezioni previste dalla norma "the person concerned should be entitled to exercise the rights specified in paragraph 1 after his expulsion".

<sup>95</sup> In quanto applicabile soltanto agli stranieri regolarmente presenti sul territorio e soltanto ai provvedimenti di espulsione (e non di respingimento).

Da questo punto di vista, pertanto, appare rilevante la tendenza della Corte a trarre requisiti procedurali anche dall'applicazione di norme diverse.

Come si vedrà, ad esempio, le caratteristiche della motivazione o notificazione del provvedimento (che come si è visto rilevano ai sensi dell'art. 1 Prot. 7), nella giurisprudenza della Corte possono anche costituire indici sintomatici del carattere collettivo e non individuale del provvedimento, rilevando ai sensi dell'art. 4 Prot. 4, che gode di un campo di applicazione più ampio (v. par. 3.4).

Si vedrà inoltre che la Corte tende a ricavare requisiti procedurali impliciti da norme sostanziali (come gli artt. 3 e 8) che hanno anch'esse un campo di applicazione più ampio.

Da un certo punto di vista, inoltre, la violazione di tali requisiti procedurali può talvolta compromettere la possibilità di esercitare un ricorso effettivo, risultando quindi rilevante anche nella prospettiva dell'art. 13.

### *3.4 La natura necessariamente individuale del provvedimento di espulsione (il divieto di espulsioni collettive)*

Un altro limite al potere di espulsione è costituito dal divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 Prot. 4, che presuppone il carattere necessariamente individuale del provvedimento espulsivo, il quale deve essere fondato su una "reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien"<sup>96</sup>.

A differenza dell'art. 1 Prot. 7, la norma non prevede limiti soggettivi e, pertanto, risulta applicabile anche agli stranieri irregolari (oltre che ai respingimenti, come più avanti si vedrà).

La definizione della natura collettiva o individuale del provvedimento si basa sull'individuazione di una serie di indici, potenzialmente sintomatici del carattere non individuale della misura, la cui presenza comporta una sorta di inversione dell'onere della prova della legittimità della misura a carico dell'amministrazione<sup>97</sup>.

Oltre all'esecuzione in forma collettiva del provvedimento<sup>98</sup>, costituiscono indici sintomatici della sua natura non individuale anche alcuni profili procedurali

---

<sup>96</sup> *Becker v. Denmark*, app. nr. 7011/75.

<sup>97</sup> N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, p. 129.

<sup>98</sup> Che tuttavia non costituisce un indice decisivo ove l'amministrazione sia in grado di dimostrare di aver esaminato individualmente i singoli casi. V. *Čonka v. Belgium*, *Sultani v. Francia*.

quali l'adozione di provvedimenti del tutto simili tra loro<sup>99</sup>, in particolare ove le motivazioni risultino identiche<sup>100</sup>, il mancato svolgimento di istruttorie individuali o l'aver privato gli stranieri della possibilità di comunicare con i propri difensori prima dell'esecuzione della misura<sup>101</sup>.

Ove, invece, lo straniero abbia avuto la possibilità di presentare le proprie difese avverso l'espulsione, ciò può costituire un indice del carattere non collettivo della misura<sup>102</sup>.

#### 4. I diritti CEDU ed i provvedimenti di respingimento

La disciplina CEDU in materia di respingimenti risulta più scarna rispetto a quella in materia di espulsioni in quanto mancano disposizioni espresse sul punto.

Delle due disposizioni relative all'espulsione soltanto una – il divieto di espulsioni collettive – si applica anche ai respingimenti, mentre le tutele procedurali previste dall'art. 1 Prot 7 risultano escluse<sup>103</sup>.

Anche la giurisprudenza sul punto appare relativamente scarna rispetto al *case-law* ormai ricco che si è sviluppato in materia di espulsioni.

Tra le pronunce più significative è possibile citare la nota sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*, del febbraio 2012, che ha condannato l'Italia per la prassi dei

---

<sup>99</sup> *Alibaks and others v. the Netherlands*.

<sup>100</sup> Nel caso *Čonka v. Belgium*, 5 febbraio 2002, la Corte ha condannato lo stato per espulsione collettiva in quanto le singole vicende degli stranieri non erano state prese in considerazione in modo individuale. La conclusione circa la natura collettiva dell'espulsione è stata raggiunta sulla base di una serie di indici procedurali (quali il fatto che gli stranieri fossero stati tutti convocati alla stessa ora e che nessuno di loro avesse potuto avere accesso ad un avvocato) e provvedimenti (come il fatto che il testo dei provvedimenti fosse identico).

<sup>101</sup> Il caso era relativo all'espulsione di un gruppo di cittadini slovacchi di origine Rom fuggiti dal loro Paese dopo aver subito un attacco razzista rispetto al quale le forze dell'ordine non erano intervenute. L'espulsione dal Belgio era avvenuta con modalità particolarmente scorrette, in quanto gli stranieri erano stati convocati presso il commissariato di polizia al fine dichiarato di completare le loro richieste d'asilo, mentre una volta lì erano stati trattenuti in vista dell'espulsione.

<sup>102</sup> Nel caso *Sultani* lo straniero aveva potuto presentare due richieste d'asilo, una delle quali successiva alla notificazione del provvedimento di espulsione. In tale sede, pertanto, egli aveva quindi potuto esprimere all'autorità nazionale le ragioni avverso l'espulsione, dovendosi ritenere pertanto non violato l'art. 4 Prot. 4.

<sup>103</sup> Il rapporto esplicativo afferma espressamente che “it does not apply to the refoulement of aliens who have entered the territory unlawfully, unless their position has been subsequently regularized”. La sentenza *Nolan e K c. Russia*, invece ha applicato l'art. 1 Prot. 7 ad un provvedimento di rifiuto di ingresso alla frontiera.

respingimenti in alto mare verso la Libia, per violazione degli artt. 3, 4 Prot. 4 e 13<sup>104</sup>.

La sentenza ha infatti chiarito che il divieto di espulsione degli stranieri verso Paesi che presentano un rischio di violazione dell'art. 3 si applica pienamente anche ai provvedimenti di respingimento<sup>105</sup>.

Pertanto, le garanzie (anche procedurali) sviluppate sotto l'egida dell'art. 4 Prot. 4 – quali il diritto a vedere il proprio caso esaminato individualmente e a far valere le proprie ragioni avverso l'espulsione – devono di regola essere rispettate anche in sede di respingimento<sup>106</sup>.

Nel caso di specie il fatto che gli stranieri non fossero stati identificati prima del respingimento e che a bordo della nave non fosse possibile accedere all'assistenza di interpreti o difensori hanno costituito alcuni degli elementi in base ai quali la Corte ha stabilito che i provvedimenti non avevano avuto carattere individuale.

La responsabilità degli Stati per tali respingimenti, inoltre, non risulta esclusa per il fatto che siano compiuti al di fuori dal territorio nazionale, ma sussiste comunque ove gli atti abbiano avuto luogo sotto il pieno controllo delle autorità dello Stato in questione (dato particolarmente significativo, alla luce della tendenza a spostare i controlli sull'ingresso verso punti esterni al territorio)<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> A commento v. P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXXII, n. 2, giugno 2012 447. L. MASERA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato i respingimenti collettivi verso la Libia operati nel maggio 2009 contrari agli artt. 3, 4 prot. 4 e 13 CEDU*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Sui respingimenti in alto mare v. S. TREVISANUT, cit.; L.D. ROSENBERG, *The Courts and Interception: The United States' Interdiction Experience and Its Impact on Refugees and Asylum Seekers*, Winter, 2003, 17 *Geo. Immigr. L.J.* 199, 11077.

<sup>105</sup> Nel caso di specie il rischio per gli stranieri di subire una violazione dell'art. 3 era duplice, da un lato per il rischio di subire maltrattamenti in Libia e, dall'altro lato, per il rischio di essere espulsi verso i Paesi di provenienza, dove sarebbero stati esposti ad un rischio di subire persecuzioni e tortura.

<sup>106</sup> “The purpose of Article 4 of Protocol No. 4 is to prevent States being able to remove certain aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority. If, therefore, Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase.”, *Hirsi Jamaa* §177.

<sup>107</sup> Nel caso di specie la responsabilità dello Stato italiano per tali atti, compiuti in acque internazionali, è stata affermata sulla base del fatto che l'operazione di intercettazione degli stranieri e

Dalla sentenza *Hirsi Jamaa*, infine, sembra possibile ricavare una regola generale in base alla quale il respingimento degli stranieri non può comunque essere eseguito secondo modalità, quali quelle adottate nel caso dei respingimenti in alto mare, che non permettono allo straniero di far valere avverso il provvedimento in questione il diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13<sup>108</sup>.

Più in generale ancora, l'art. 13 opererebbe come un limite alla discrezionalità organizzativa degli Stati, nella scelta delle modalità di esercizio del potere statale, impedendo che – nell'esercizio di funzioni amministrative che incidono sui diritti fondamentali della persona – possano svilupparsi prassi amministrative che per la loro stessa natura sfuggono ed eludono i controlli (giurisprudenziali o amministrativi) volti alla tutela di tali diritti.

Da questo punto di vista, peraltro, la portata della pronuncia trascende anche il singolo caso italiano e interessa, più in generale, tutte le operazioni di controllo delle frontiere marittime (compreso il coinvolgimento dell'Agenzia Frontex).

Un altro limite importante alla disciplina dei respingimenti sembra poter derivare dal diritto a lasciare il proprio territorio, poiché in certi casi le modalità del respingimento possono avere l'effetto, di fatto, di impedire allo straniero di lasciare il proprio territorio.

A questo proposito, tuttavia, occorre richiamare che nel caso *Xhavara v. Albania e Italia* la Corte EDU ha affermato che il blocco navale imposto da una nave militare italiana nei confronti di una nave albanese per impedirle di entrare clandestinamente in territorio italiano “ne visaient pas à les priver du droit de quitter l'Albanie, mais à les empêcher d'entrer sur le territoire italien” e “le second paragraphe de l'article 2 du Protocole n° 4 ne trouve donc pas à s'appliquer en l'espèce”.

---

trasferimento verso una nave libica era stata svolta interamente da parte di una nave militare italiana e sotto il controllo delle autorità italiane. “In the Court's opinion, in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive de jure and de facto control of the Italian authorities” § 81 della pronuncia.

<sup>108</sup> Nel caso di specie la Corte ha constatato che a bordo della nave italiana non erano presenti interpreti o assistenti legali, né agli stranieri erano state fornite sufficienti informazioni sul provvedimento di respingimento di cui erano divenuti oggetto, sul luogo in cui stavano venendo ricondotti, o sulla possibilità per fare richiesta d'asilo presso le autorità italiane. A bordo della nave non vi era alcuna possibilità di accesso a rimedi ai sensi dell'art. 13 (né la possibilità di instaurare procedimenti penali contro le autorità italiane una volta giunti in Libia poteva ritenersi tale, trattandosi di uno strumento del tutto privo, tra le altre cose, di alcun effetto sospensivo sulla misura stessa).

5. *I diritti CEDU e la detenzione amministrativa dello straniero*

5.1 *I casi di privazione della libertà personale nella disciplina dell'immigrazione*

L'art. 5 CEDU riconosce il diritto alla libertà e alla sicurezza della persona, prevedendo un elenco tassativo di casi in cui ne è ammessa la privazione<sup>109</sup>, tra le quali le ipotesi che direttamente interessano la materia dell'immigrazione sono l'arresto o la detenzione regolari di una persona “per impedirle di entrare illegalmente nel territorio”, oppure “contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione” (lett. f).

Lo scopo dell'art. 5 è quindi quello di disciplinare le condizioni di legittimità sostanziali e procedurali dei provvedimenti di privazione della libertà a livello nazionale<sup>110</sup>.

La Corte EDU ha inoltre precisato che, poiché le ipotesi di limitazione della libertà personale previste dall'art. 5 costituiscono un'eccezione al principio di libertà, in quanto tali devono essere interpretate in senso restrittivo. Pertanto, se una fattispecie concreta non rientra in uno dei casi di cui all'art. 5, essa non può in alcun caso essere considerata legittima, neppure in presenza di esigenze rilevanti quali la sicurezza nazionale e la lotta al terrorismo<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Norme analoghe sono previste anche in alter fonti internazionali. V. Art. 9 DUDI; Art. 9 ICCPR. Sul punto v. G. CORNELISSE, *Human rights for immigration detainees in Strasbourg: limited sovereignty or limited discourse?*, in *European Journal of Immigration and Law*, vol. 6 no. 2, pp. 93-110; G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights, Rethinking territorial sovereignty*, Leiden-Boston, 2010.

<sup>110</sup> Alcune di queste sono state riprese dall'Assemblea Parlamentare, nella risoluzione sui diritti degli stranieri migranti, che sotto certi profili sembra indicare *standard* anche più alti rispetto all'art. 5, nella misura in cui sembra prescrivere un meccanismo di convalida giurisdizionale necessario (“detention of irregular migrants must be judicially authorised” Art. 12.5”).

<sup>111</sup> “The Court does not accept the Government’s argument that Article 5 § 1 permits a balance to be struck between the individual’s right to liberty and the State’s interest in protecting its population from terrorist threat. [...] If detention does not fit within the confines of the paragraphs as interpreted by the Court, it cannot be made to fit by an appeal to the need to balance the interests of the State against those of the detainee”, *A. and Others v. the United Kingdom*, § 171. Questo obbligo di interpretazione restrittiva è in qualche modo rafforzato dall'art. 18 che vieta di utilizzare le restrizioni permesse dalla CEDU per fini diversi da quelli previsti.

La Corte EDU non ha elaborato una definizione generale di “privazione della libertà”, ma esamina caso per caso la natura, i tempi, i modi e gli effetti della misura in questione<sup>112</sup>.

In particolare, essa ha precisato in più occasioni che anche il trattenimento in una zona di transito di un valico di frontiera (tipicamente un aeroporto) può costituire, ove prolungato, una privazione della libertà personale ai sensi dell’art. 5. Non rileva, a questo fine, il fatto che lo straniero sia teoricamente libero di lasciare la zona per tornare nel proprio Paese d’origine, né può ritenersi che tali aree godano di un regime di extraterritorialità tale da sottrarre gli Stati ai propri obblighi di rispetto della CEDU<sup>113</sup>.

## 5.2 *La base normativa del potere di detenzione*

La prima delle condizioni poste dall’art. 5 è che nessuno può essere privato della libertà se non nei modi “previsti dalla legge”<sup>114</sup>, ed i contenuti di questo requisito sono stati interpretati in senso particolarmente articolato da parte della Corte.

---

<sup>112</sup> La distinzione rispetto alle ipotesi di limitazione della libertà di movimento (art. 2 Prot. 4) è soprattutto di tipo quantitativo. “In order to determine whether someone has been ‘deprived of his liberty’ within the meaning of Article 5 (art. 5), the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question. [...] The difference between deprivation of and restriction upon liberty is nonetheless merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance”. *Guzzardi v. Italy*, app. nr. 7367/76.

<sup>113</sup> Nel caso *Amuur c. Francia* la Corte ha affermato che costituiva una privazione della libertà personale il trattenimento di alcuni richiedenti asilo presso la zona di transito di un aeroporto. Questa posizione è stata confermata nei casi *Shamsa c. Polonia* (27/11/2003, 45355/99 45357/99) e *Riad e Idiab v. Belgio* (24/1/2009, app. n. 29787/03, 29810/03) relativi al trattenimento di un gruppo di stranieri per un periodo di rispettivamente 14, 11 e 15 giorni presso una zona di transito di un aeroporto in vista della loro espulsione. Invece, nel caso *Mahdid e Haddar c. Austria* (74762/01; Court Third Section, 08/12/2005), la Corte ha ritenuto che gli stranieri non erano stati privati della loro libertà in quanto, pur trovandosi in un zona di transito dell’aeroporto di Vienna in vista della loro espulsione, a seguito del rigetto della loro domanda d’asilo, non erano stati sottoposti ad alcuna forma di sorveglianza speciale ed avevano potuto mantenere i contatti con terzi, in particolare i propri legali ed un’organizzazione di assistenza umanitaria.

<sup>114</sup> In tema v. V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011. Sulla detenzione amministrativa v. D. WILSHER, *Immigration Detention: Law, History, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012; Working Group on Arbitrary Detention, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Thematic Considerations: Administrative Detention and Habeas Corpus*, A/HRC/13/30, January 18, 2010.

Anzitutto è necessario che il provvedimento che dispone la privazione della libertà della persona sia conforme alle previsioni normative che lo disciplinano, sia a livello nazionale sia sovranazionale, sicché viola l'art. 5 la detenzione disposta in casi e modi diversi da quelli previsti dalla legge<sup>115</sup>.

La mera conformità a legge tuttavia non risulta sufficiente, ma sono richiesti requisiti ulteriori<sup>116</sup>, al fine di assicurare una protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione avverso le “minacce arbitrarie dal potere pubblico”<sup>117</sup>.

Come già accennato in relazione ai provvedimenti di espulsione, la prevenzione dell'arbitrio dell'amministrazione richiede anzitutto la presenza di una disciplina di riferimento adeguata. La normativa a livello nazionale, pertanto, deve presentare una certa “qualità”.

Anzitutto si pone un requisito di pubblicità e conoscibilità della normativa stessa, che deve risultare accessibile e conoscibile da parte di tutti.

In secondo luogo la norma nazionale deve disciplinare le ipotesi di privazione della libertà personale con un certo grado di dettaglio<sup>118</sup>.

In terzo luogo è necessario che la legge preveda una vera e propria disciplina procedurale del provvedimento di detenzione e delle eventuali ipotesi di rinnovo (come si vedrà, il requisito della conformità a legge costituisce un veicolo per l'individuazione di requisiti procedurali impliciti)<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> In questo senso, la Corte ha deciso che costituiva una violazione il provvedimento di detenzione disposto dalle autorità greche a carico dello straniero che non costituiva una minaccia per l'ordine pubblico ed era stato colpito da un provvedimento di espulsione giurisdizionale (mentre la legge ammetteva tale possibilità solo per le espulsioni ministeriali a carico di soggetti pericolosi). Il Public Prosecutor aveva emesso un parere che affermava l'applicabilità della norma per analogia, ma la corte ha dichiarato che tale parere non poteva costituire una legge ai sensi dell'art. 5. Caso *Dougoz c. Grecia*, 06.03.2001, ricorso 40907/98.

<sup>116</sup> “Compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness [...] and the notion of “arbitrariness” in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention” *Saadi v. United Kingdom*, 67.

<sup>117</sup> Sulla nozione di arbitrarietà v. G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights*, cit., che osserva come “in human rights law the notion of arbitrariness can be understood to contain elements of injustice, inappropriateness, unpredictability and unreasonableness”, p. 291.

<sup>118</sup> *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996.

<sup>119</sup> *Muminov c. Russia; Abdolkhnai e Karimnia v. Turchia*.

Il testo della normativa deve inoltre essere tale da permettere l'esercizio di un controllo giurisdizionale sul provvedimento detentivo, fornendo al giudice i criteri per valutare la legittimità dello stesso. Tra questi, è menzionato espressamente il rispetto di limiti temporali nelle ipotesi di detenzione<sup>120</sup>.

### 5.3 I requisiti sostanziali del provvedimento di detenzione

Una delle questioni centrali nel dibattito attorno all'art. 5 è quella relativa al rispetto del principio di proporzionalità, che la Corte richiede nella maggior parte delle ipotesi elencate all'art. 5 (segnatamente ai sensi delle lett. b, c, d ed e<sup>121</sup>), fatta eccezione per la detenzione disposta a seguito di una condanna penale (lett. a)<sup>122</sup>.

In tali casi infatti, la Corte ritiene che il requisito della non arbitrarietà del provvedimento postuli un vero e proprio giudizio di proporzionalità sullo stesso; in altri termini, che la detenzione della persona costituisca una misura di *extrema ratio*, cui gli Stati possono ricorrere soltanto ove necessario ed ove non sia possibile adottare provvedimenti meno invasivi<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> *Amuur c. Francia*, sul quale si ritornerà.

<sup>121</sup> Ossia la detenzione di una persona che si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di una sentenza (b), la detenzione di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente (d), e 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 (e).

<sup>122</sup> La Corte riconosce infatti che la scelta di imporre una sanzione penale e la determinazione della durata della pena detentiva rientrano nella discrezionalità degli Stati e fuoriesce, salvo il necessario rispetto di alcuni requisiti, dal sindacato esercitabile dalla Corte EDU ai sensi dell'art. 5 comma 1: "The Court applies a different approach towards the principle that there should be no arbitrariness in cases of detention under Article 5 § 1 (a), where, in the absence of bad faith [...] as long as the detention follows and has a sufficient causal connection with a lawful conviction, the decision to impose a sentence of detention and the length of that sentence are matters for the national authorities rather than for the Court under Article 5 § 1" *Saadi v. The United Kingdom*, 13229/03.

<sup>123</sup> La Corte ha affermato espressamente che "the notion of arbitrariness in the contexts of subparagraphs (b), (d) and (e) also includes an assessment whether detention was necessary to achieve the stated aim", in quanto "the detention of an individual is such a serious measure that it is justified only as a last resort where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or public interest which might require that the person concerned be detained" *Saadi v. The United Kingdom* 13229/03. Nel caso di cui alla lett. c, relative alla custodia cautelare, il requisito della proporzionalità è invece esplicitato dal testo stesso della norma, laddove si afferma che la detenzione è ammessa se il soggetto è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente quando vi sono motivi fondati di ritenere "che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso".

Il requisito della proporzionalità, peraltro, è anche richiesto per le limitazioni della libertà di movimento (provvedimento meno grave rispetto alla privazione della libertà personale) ai sensi dell'art. 2 Prot. 4.

Rispetto alla detenzione dello straniero in fase di ingresso o espulsione, invece, la Corte sembra richiedere uno *standard* meno stringente, anche in ragione del fatto che la regolazione della presenza degli stranieri sul territorio costituisce un "diritto" degli Stati riconosciuto dalla Corte, rispetto al quale il potere di detenzione dello straniero risulta strumentale<sup>124</sup>.

Tale soluzione è stata esplicitata nel noto caso *Chahal v. Regno Unito*, relativo all'espulsione verso l'India di un separatista Sikh che, nel corso delle procedure, era stato trattenuto per un periodo di cinque anni a causa degli ostacoli all'esecuzione del provvedimento di espulsione (in quanto il rientro in India lo avrebbe esposto al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti). Nonostante la durata così ampia del periodo di detenzione, la Corte ha comunque ritenuto che, anche in considerazione delle circostanze particolarmente complesse del caso, l'art. 5 comma 1 non fosse stato violato in quanto, durante tutto il periodo, le autorità non avevano interrotto i tentativi di portare a termine l'espulsione e pertanto si poteva ritenere che lo straniero fosse stato sempre trattenuto "with a view to deportation" (come richiesto dall'art. 5, lett. f)<sup>125</sup>.

Per quanto riguarda le ipotesi di detenzione in fase di espulsione, pertanto, non è necessario che la detenzione sia giustificata da circostanze particolari (quali ad esempio il rischio di fuga della persona), ma essa risulterà legittima ai sensi dell'art. 5 fintantoché si dimostri che le autorità stanno cercando di dare esecuzione al procedimento di espulsione<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> "Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) does not demand that the detention of a person against whom action is being taken with a view to deportation be reasonably considered necessary [...] in this respect Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f) provides a different level of protection from Article 5 para. 1 (c) (art. 5-1-c)" *Chahal v. The United Kingdom* 22414/93.

<sup>125</sup> "The Court recalls that Mr Chahal has undoubtedly been detained for a length of time which is bound to give rise to serious concern. However, in view of the exceptional circumstances of the case and the facts that the national authorities have acted with due diligence throughout the deportation proceedings against him and that there were sufficient guarantees against the arbitrary deprivation of his liberty, this detention complied with the requirements of Article 5 para. 1 (f) (art. 5-1-f)" *Chahal V. The United Kingdom* 22414/93, § 123. A commento v. S. SAROLEA, *Jurisprudence recente de la Court Européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt Chahal*, in *Revue du Droit des Etrangers*, 19-35.

<sup>126</sup> "Article 5 § 1(f) does not demand that detention be reasonably considered necessary, for example to prevent the individual from committing an offence or fleeing. Any deprivation of liberty under the

Questa stessa soluzione è stata successivamente confermata dalla Corte EDU anche per la detenzione in fase di ingresso (disposta al fine di prevenire l'ingresso irregolare dello straniero nel territorio). Infatti gli Stati, come godono del diritto di disciplinare l'allontanamento degli stranieri dal territorio, godono altresì del diritto di regolare il loro ingresso nello stesso, rispetto al quale il potere di detenzione dello straniero costituisce un'appendice necessaria (*necessary adjunct*<sup>127</sup>). Pertanto, secondo la Corte non vi sarebbe motivo per applicare alle due ipotesi di detenzione uno *standard* diverso<sup>128</sup>.

Tale soluzione è stata esplicitata nel noto caso *Saadi c. Regno Unito*, relativo alla detenzione di un richiedente asilo per un periodo di 7 giorni durante la pendenza della sua richiesta d'asilo<sup>129</sup>, in relazione al quale la Corte ha confermato che ai sensi dell'art. 5 lett. f non si richiede l'applicazione di un *test* di proporzionalità ai provvedimenti di detenzione in fase di ingresso, ma risulta sufficiente lo *standard* meno stringente già elaborato nel caso *Amuur c. Francia*, che si approssima piuttosto ad un *test* di ragionevolezza<sup>130</sup>.

---

second limb of Article 5 § 1(f) will be justified, however, only for as long as deportation or extradition proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 § 1(f) (Chahal, cited above, § 113)” *A. and others v. The United Kingdom*, 3455/05 par. 164.

<sup>127</sup> “It is a necessary adjunct to this right that States are permitted to detain would-be immigrants who have applied for permission to enter, whether by way of asylum or not”, *Saadi v. The United Kingdom*.

<sup>128</sup> “The Court considers that the principle that detention should not be arbitrary must apply to detention under the first limb of Article 5 § 1 (f) in the same manner as it applies to detention under the second limb. Since States enjoy the right to control equally an alien’s entry into and residence in their country [...], it would be artificial to apply a different proportionality test to cases of detention at the point of entry than that which applies to deportation, extradition or expulsion of a person already in the country” *Saadi v. The United Kingdom*, 13229/03.

<sup>129</sup> La possibilità di detenere un richiedente asilo ai sensi dell’art. 5 lett. f era stata già affermata nella sentenza *Amuur c. Francia*, dove la Corte aveva precisato che, finché la situazione dello straniero non risulta regolarizzata (come nel caso del richiedente asilo la cui richiesta risulti pendente), il trattenimento della persona si considera effettivamente giustificato dall’obiettivo di “impedire l’ingresso illegale nel territorio”, come prescritto dall’art. 5 lett. f.

<sup>130</sup> Come già si è detto, lo *standard* si articola in quattro requisiti: “detention must be carried out in good faith; it must be closely connected to the purpose of preventing unauthorised entry of the person to the country; the place and conditions of detention should be appropriate, bearing in mind that ‘the measure is applicable not to those who have committed criminal offences but to aliens who, often fearing for their lives, have fled from their own country’; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued” *Saadi v. The United Kingdom*, 13229/03.

In questo senso, la detenzione disposta in fase di ingresso potrà ritenersi non arbitraria fintantoché risulti strettamente collegata all’obiettivo di impedire l’ingresso irregolare dello straniero e fintantoché la durata della detenzione stessa non ecceda quanto ragionevolmente richiesto a tale scopo. Mentre non si ritiene necessario dimostrare – come invece sarebbe richiesto dal principio di proporzionalità – l’assenza di alternative meno limitative della libertà della persona<sup>131</sup>.

In entrambi i casi, pertanto, la detenzione dello straniero nel diritto dell’immigrazione riceve una tutela diversa rispetto ad altri tipi di detenzione<sup>132</sup>.

Tuttavia, alcune pronunce più recenti potrebbero indicare un’inversione di tendenza da parte della Corte, verso l’esercizio di un sindacato più penetrante.

Per quanto riguarda la detenzione in fase di ingresso, infatti, la Corte ha recentemente precisato che, nel caso in cui lo straniero abbia manifestato la volontà di lasciare il territorio, la sua detenzione non può ritenersi strumentale all’obiettivo di “impedirne l’ingresso irregolare nel territorio”, come richiesto dall’art. 5 lett. f, e deve pertanto ritenersi arbitraria<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> L’adozione di uno standard meno rigoroso per le fattispecie di detenzione di cui alla lett. f dell’art. 5, rispetto alle altre ipotesi, è stato criticato in più occasioni da vari commentatori, oltre che in alcune opinioni dissenzienti all’interno della Corte stessa. Nel caso *Saadi* i giudici Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyev, Spielmann e Hirvela, hanno sottolineato che l’art. 9 ICCPR, l’art. 18 della carta di Nizza ed il Consiglio d’Europa stesso in alcune occasioni prevedano espressamente il requisito della necessità della detenzione. La posizione della Corte si differenzia da quella del Comitato dei diritti dell’uomo, che invece afferma, in relazione all’art. 9 del PDCP, la necessità di verificare la proporzionalità della detenzione in vista dello scopo perseguito. Sul punto v. A. LIGUORI, cit., p. 31.

<sup>132</sup> L’esistenza di un doppio standard è riconosciuto espressamente dalla Corte. V. oltre ai casi citati, il caso *Batalov v. Lituania*, 2005 “article 5 (1)(f) does not afford a detained alien the right to contest the proportionality of the detention order, unlike other Convention issues, for example under article 8(2) of the convention”.

<sup>133</sup> Ad esempio, nel caso *Rusu v. Austria* la Corte ha giudicato arbitraria la detenzione in Austria per oltre una settimana di una cittadina rumena che, avendo subito il furto dei propri documenti di viaggio in Francia avendo denunciato il fatto alla polizia francese, stava facendo ritorno verso la Romania sulla base dell’attestato rilasciato dalla polizia stessa; ciò in quanto la detenzione in Austria era proseguita anche dopo che le autorità del Paese di provenienza le avevano rilasciato dei documenti nuovi e in considerazione del fatto che la persona non aveva espresso alcuna intenzione di restare in territorio austriaco, essendocisi trovata soltanto per ragioni di transito. La Corte ha inoltre dichiarato che, nel caso in cui il *test* di proporzionalità sia previsto a livello normativo nazionale, il suo mancato rispetto comporta comunque una violazione dell’art. 5, anche se tale *test* non è di per sé prescritto dall’art. 5. La pronuncia è interessante in relazione alla detenzione di stranieri richiedenti asilo, che in certi casi non manifestano alcuna intenzione di fare ingresso irregolare nel territorio (e talvolta manifestano la volontà opposta di lasciarlo). N. MOLE, C. MEREDITH, op. cit., p. 150 A questo proposito è necessario osservare, però, che la volontà del soggetto non sembra costituire un indice decisivo per la Corte nella determinazione della non arbitrarietà del provvedimento di trattenimento. Nel caso *Saadi v. Regno Unito*, del resto, il fatto che lo straniero non avesse manifestato alcuna intenzione di fare ingresso irregolare nel territorio, ma avesse, al contrario, presentato domanda

In relazione alla detenzione in fase di espulsione, invece, la Corte ha precisato che, ove le prospettive di dare esecuzione al provvedimento di espulsione vengano meno (in ipotesi, anche per la mancata cooperazione dello straniero) la detenzione non può più ritenersi giustificata alla luce dell'art. 5 lett. f e diviene arbitraria<sup>134</sup>.

Passi più decisi verso l'adozione di uno *standard* di proporzionalità sono stati compiuti in relazione a fattispecie particolari, come la detenzione di stranieri gravemente malati o di stranieri minorenni.

Nel caso *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, relativo alla detenzione per un periodo di quattro mesi di una straniera sieropositiva in vista della sua espulsione a seguito del diniego di ricongiungimento familiare, la Corte ha ritenuto che l'art. 5 comma 1 fosse stato violato in quanto le autorità non avevano preso in considerazione la possibilità di adottare “une mesure moins sévère”, in considerazione delle condizioni particolari in cui versava la persona<sup>135</sup>.

---

d'asilo alle autorità inglesi appena atterrato all'aeroporto di Heathrow e avesse successivamente cooperato con le stesse autorità, non aveva costituito, per la Corte, motivo sufficiente per ritenere arbitrario il provvedimento di detenzione.

<sup>134</sup> Nel caso *Mikolenko v. Estonia* un cittadino russo che doveva essere espulso dall'Ucraina era stato detenuto per quattro anni a causa della difficoltà di dare esecuzione all'espulsione (app. no. 10664/05, 8 Ottobre, 2009, par. 64-65 e 68). La Corte ha ritenuto che l'art. 5 comma 1 fosse stato violato in quanto tale periodo eccedeva quanto ragionevolmente richiesto dall'esecuzione dell'espulsione. La pronuncia sembra manifestare una sensibilità diversa rispetto a quella maggioritaria nella sentenza *Chahal*, dove la Corte aveva ritenuto ragionevole un periodo di detenzione di durata analoga, in ragione delle eccezionali circostanze del caso. *Louled Massoud v. Malta*, 24340/08, 27 luglio, 2010, par. 67, 69 e 73-74. La pronuncia è interessante perché sembra suggerire che, laddove l'espulsione dello straniero, che nel frattempo sia stato privato della libertà personale, non appaia ragionevolmente possibile da realizzare e, al contempo, risulti possibile adottare nei suoi confronti un provvedimento limitativo della libertà meno restrittivo, gli Stati sarebbero tenuti a preferire quest'ultimo (mentre la scelta di prorogare ulteriormente la detenzione dovrebbe ritenersi arbitraria). Nel caso *Mikolenko v. Estonia* il ricorrente era stato liberato dopo che un tribunale amministrativo nazionale aveva rifiutato di prorogare il provvedimento di detenzione ritenendo che la sua durata fosse divenuta ormai sproporzionata e, in quanto tale, incostituzionale. L'amministrazione aveva quindi stabilito che egli dovesse comunque presentarsi alle forze dell'ordine per dare contezza di sé a intervalli regolari. La Corte, constatato che “the authorities in fact had at their disposal measures other than the applicant's protracted detention in the deportation centre in the absence of any immediate prospect of his expulsion”, ha ritenuto che tale circostanza fosse rilevante nell'ottica del giudizio di arbitrarietà del provvedimento in questione.

<sup>135</sup> Da un lato, infatti, le sue condizioni di salute erano gravemente deteriorate durante la detenzione determinando la necessità di cure urgenti e, dall'altro lato, le autorità erano perfettamente a conoscenza della sua identità avendo lei cooperato regolarmente durante l'istruzione della richiesta di ricongiungimento. A tali condizioni non si poteva affermare che fosse sussistente uno stretto legame tra provvedimento di espulsione e la detenzione, la quale pertanto doveva ritenersi arbitraria. *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* 10486/10 § 124.

Nel caso *Popov v. Francia* la Corte EDU ha esteso tali considerazioni al caso dei minori, affermando che in relazione allo straniero minore la detenzione amministrativa in fase di ingresso o espulsione dal territorio costituisce una *extrema ratio*, cui gli Stati possono ricorrere soltanto in assenza di alternative possibili<sup>136</sup>.

Il rispetto del principio di proporzionalità risulta comunque richiesto ai sensi dell'art. 8, nei casi in cui il provvedimento di detenzione comporti un'interferenza con il diritto alla tutela della vita privata e familiare<sup>137</sup>.

Inoltre, la Corte ha affermato che il rispetto del requisito di proporzionalità sarà necessario nei casi in cui esso è prescritto a livello nazionale<sup>138</sup>.

In ogni caso, inoltre, il provvedimento di detenzione deve risultare strettamente collegato alle ragioni della detenzione e stabilire condizioni e luoghi di detenzione adeguati<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> *Popov c. France* 39472/07 39474/07§ 119. Rispetto ai genitori dei minori, invece, la Corte ha comunque precisato che: “en revanche, en ce qui concerne les parents, [...] l'article 5 § 1 f) n'exige pas que la détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion est en cours soit considérée comme raisonnablement nécessaire (*Chahal*, précité, § 112)” § 120. La pronuncia rappresenta un deciso avanzamento nella giurisprudenza CEDU sulla detenzione di stranieri minori. In pronunce precedenti, infatti, il sindacato della Corte ai sensi dell'art. 5 si era limitato a verificare se le condizioni di detenzione fossero idonee o meno per un minore. In questa pronuncia, invece, la Corte ha dimostrato che, anche ove le condizioni di detenzione siano idonee, il provvedimento può risultare nondimeno illegittimo ove non rispetti il principio di proporzionalità. Questa giurisprudenza della Corte riprende quanto disposto dall'art. 37 della Convenzione ONU sui diritti del bambino “la détention ne doit être utilisée que comme une mesure de dernier ressort et pour une durée aussi brève que possible”.

<sup>137</sup> Come nel caso *Mubilanzila v. Belgio*, in cui la Corte ha ritenuto che la detenzione di un minore straniero assieme a degli adulti aveva costituito una violazione, oltre che dell'art. 3, anche dell'art. 8, poiché il provvedimento, che aveva avuto l'effetto di separare la minore dai genitori, non appariva necessario alla luce delle circostanze. “In the absence of any risk of the second applicant's seeking to evade the supervision of the Belgian authorities, her detention in a closed centre for adults was unnecessary” e “other measures could have been taken that would have been more conducive to the higher interest of the child”.

<sup>138</sup> Nel caso *Sadaykov v. Bulgaria* la Corte ha ritenuto che l'art. 5 era stato violato in quanto, tra le altre ragioni “detention was only possible under Bulgarian law if deemed necessary by the authorities, whereas the order against the applicant gave no consideration to this matter”. Analogamente in *Rusu v. Austria*, la Corte ha constatato che la normativa nazionale autorizzava la detenzione dello straniero soltanto ove necessaria in vista dell'espulsione, in assenza di alternative meno restrittive. Poiché nel caso di specie le autorità nazionali non avevano verificato tale possibilità, il provvedimento di detenzione doveva ritenersi arbitrario e quindi contrario all'art. 5.

<sup>139</sup> “To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5§1(f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the government; the place and condition of detention should be appropriate; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued”, *A. and others v. United Kingdom* e *Saadi v. the United Kingdom*.

Nel caso *Amuur c. Francia*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che il trattenimento di un gruppo di richiedenti asilo in una zona di transito di un aeroporto chiaramente non adibita a tale funzione avesse integrato una violazione dell'art. 5.

La necessità di uno stretto legame con le ragioni della detenzione richiede inoltre che il provvedimento risulti adeguato alle caratteristiche del caso concreto. Particolari cautele sono quindi dovute in relazione alla detenzione di categorie vulnerabili quali i richiedenti asilo (ai quali devono essere offerte adeguate forme di assistenza, anche legale, al fine di assicurare che lo stato di detenzione non interferisca con l'esercizio del diritto a richiedere asilo)<sup>140</sup>, e i minori (che non possono essere detenuti alle stesse condizioni, né negli stessi locali, degli stranieri adulti)<sup>141</sup>.

L'inadeguatezza delle condizioni della detenzione può rilevare, inoltre, non soltanto come motivo di arbitrarietà della misura ai sensi dell'art. 5, ma anche ai sensi dell'art. 3, nel caso in cui possa dare luogo ad un trattamento disumano o degradante<sup>142</sup>.

Per quanto riguarda la durata della detenzione, né il testo della CEDU né la giurisprudenza della Corte indicano un limite massimo, ma essa costituisce uno dei fattori che la Corte prende in considerazione – unitamente alle altre caratteristiche della detenzione – nella valutazione delle sue condizioni ai sensi dell'art. 3<sup>143</sup>, oltre

---

<sup>140</sup> *Amuur c. Francia*.

<sup>141</sup> Nel caso *Mubilanzila v. Belgio* la Corte ha dichiarato che l'art. 5 comma 1 era stato violato in quanto uno straniero minorenne “was detained in a closed centre intended for illegal immigrants in the same conditions as adults” e che “these conditions were consequently not adapted to the position of extreme vulnerability in which she found herself as a result of her position as an unaccompanied foreign minor”. Nel caso *Popov v. Francia*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che le esigenze di tutela del minore devono di regola prevalere e pertanto la detenzione del minore è ammissibile soltanto come rimedio di ultima *ratio* (v. più avanti).

<sup>142</sup> In *Riad e Idiab v. Belgio*, la corte ha stabilito che un periodo di detenzione superiore a 10 giorni in un detenzione in una zona di transito di un aeroporto costituivano una violazione dell'art. 3, anche in ragione del fatto che il centro in questione era progettato per trattenimenti di breve periodo e non era idoneo alla detenzione per periodi prolungati. In *Al-Agha v. Romania* la persona era stata tenuta in detenzione in un centro presso un aeroporto per oltre tre anni, ma la Corte ha ritenuto che soltanto una parte del periodo trascorso in tale centro avesse violato l'art. 3. Nel caso *Muskhadzhiyeva e altri c. Belgio* la Corte ha affermato che viola l'art. 3 la detenzione di quattro minori sotto i 7 anni, sebbene con la propria madre); in *Mubilanzila v. Belgio* (viola l'art. 3 la detenzione di un minori di 5 anni) *Bulus v. Svezia* (viola l'art. 3 l'assenza di assistenza a minori stranieri non accompagnati ed il fatto che il minore nel caso in questione, per sfuggire all'espulsione, sia vissuto per strada).

<sup>143</sup> Nel caso *Fedotov v. Russia*, la Corte ha ritenuto che costituisca una violazione dell'art. 3 l'aver trascorso 22 ore senza cibo, acqua o accesso ai sanitari.

che un fattore significativo nella valutazione della non arbitrarietà del provvedimento di detenzione ai sensi dell'art. 5.

La giurisprudenza della Corte da questo punto di vista appare molto varia. Nel caso *M.S. v. Belgium*, ad esempio, la Corte ha dichiarato che l'art. 5 era stato violato in quanto il ricorrente era stato trattenuto in vista dell'espulsione per un periodo di tempo eccessivo durante il quale le autorità non avevano compiuto gli sforzi necessari per dare esecuzione al provvedimento di espulsione<sup>144</sup>.

Nel caso *Amuur c. Francia* il fatto che il trattenimento in una zona di transito di un aeroporto fosse durato 20 giorni ha costituito uno degli elementi per ritenere arbitrario tale provvedimento<sup>145</sup>.

Nel caso *Cahal*, invece, nonostante la detenzione fosse durata per ben quattro anni la Corte ha ritenuto che l'art. 5 non fosse stato violato poiché, considerate le particolarità del caso, l'espulsione era stata comunque "prosecuted with due diligence" per tutta la durata del provvedimento.

#### 5.4 *I requisiti procedurali del provvedimento di detenzione*

La non arbitrarietà del provvedimento di detenzione presuppone, come si è detto, non soltanto la "regolarità" dello stesso intesa come mera "conformità" alla disciplina normativa di riferimento<sup>146</sup>, ma anche un insieme di requisiti procedurali.

Anzitutto, come si è detto, la Corte ha precisato che la normativa di riferimento a livello nazionale deve disciplinare il procedimento di adozione del provvedimento di detenzione.

Anche lo svolgimento di un'istruttoria completa e la valutazione di tutti i fatti del caso costituiscono un elemento che la Corte tiene in considerazione<sup>147</sup>.

Inoltre, la Corte richiede che il provvedimento sia "regolare" ed "eseguito in buona fede".

---

<sup>144</sup> "La durée de la détention ne doit pas excéder un délai raisonnablement nécessaire pour atteindre le but poursuivi". In particolare, verificato che lo straniero non poteva essere espulso verso il proprio Paese d'origine, le autorità non avevano preso in considerazione la possibilità di espellerlo verso altri Paesi.

<sup>145</sup> *Amuur c. Francia*, citata supra.

<sup>146</sup> Caso *Saadi c. Italia*, § 67.

<sup>147</sup> La mancata considerazione di elementi istruttori significativi per la difesa del ricorrente può determinare in certi casi una condanna per violazione dell'art. 5 (v. *Riad e Idiab v. Belgio*).

Nel caso *Bozano c. Francia*, ad esempio, in relazione alla detenzione di uno straniero in vista dell'espulsione verso un altro Paese, la Corte ha dichiarato che l'art. 5 comma 1 era stato violato in quanto, tra le altre ragioni, la detenzione risultava strumentale soltanto in apparenza all'esecuzione dell'espulsione dello straniero, mentre in realtà appariva inserita in un'operazione che realizzava, di fatto, gli effetti di un provvedimento di estradizione<sup>148</sup>.

Nel caso *Čonka v. Belgio*, invece, in relazione all'espulsione collettiva di un gruppo di stranieri, la Corte EDU ha dichiarato che l'art. 5 era stato violato in quanto gli stranieri erano stati deliberatamente tratti in inganno da parte delle autorità amministrative in relazione alla natura ed agli effetti del provvedimento a loro carico<sup>149</sup>.

Nel caso *John v. Grecia*, ancora, le autorità greche avevano trattenuto uno straniero in vista della sua espulsione per un periodo pari al termine massimo di tre mesi previsto dalla legge, allo scadere del quale lo straniero era stato liberato, salvo essere arrestato nuovamente dopo appena pochi minuti e prima ancora di aver lasciato il commissariato di polizia. La Corte ha dichiarato che l'art. 5 era stato violato in quanto gli atti dell'autorità erano chiaramente volti ad eludere il termine massimo previsto per legge<sup>150</sup>.

L'art. 5, inoltre, prevede espressamente alcune garanzie procedurali a difesa della persona detenuta che valgono anche per lo straniero, ossia che ogni persona "arrestata" debba essere informata "al più presto e in una lingua a lei comprensibile", "dei motivi dell'arresto" e "di ogni accusa formulata a suo carico" (art. 5 comma 2).

La Corte ha chiarito che la *ratio* della norma è quella di permettere alla persona di presentare le proprie difese avverso il provvedimento affinché possa, se necessario, fare ricorso avverso il provvedimento<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> *Bozano c. France* 9990/82.

<sup>149</sup> Gli stranieri erano stati convocati presso un commissariato di polizia al fine dichiarato di far accertare la loro identità, ma una volta lì erano stati privati della libertà personale in vista dell'esecuzione di provvedimenti di espulsione pendenti a loro carico. In risposta al governo, che difendeva la legittimità di tale prassi in quanto volta a facilitare l'esecuzione delle espulsioni, la Corte ha ossevato che "even as regards overstayers, a conscious decision by the authorities to facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty is not compatible with Article 5" *Čonka v. Belgium* 51564/99.

<sup>150</sup> *John v. Greece*, App. No. 199/2005.

<sup>151</sup> *Eminbeyli v. Russia*.

Essa è quindi collegata e strumentale all'art. 5 comma 4<sup>152</sup>. In questo senso un'informazione incompleta o incorretta non soddisfa il requisito di cui all'art. 5 comma 2 in quanto non permette di esercitare un ricorso ex art. 5 comma 4<sup>153</sup>.

Essa ha tuttavia precisato che il requisito di cui all'art. 5 comma 2 risulta comunque meno stringente rispetto agli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 6 sull'equo processo in relazione al processo penale, non richiedendosi lo stesso livello di specificità, si tratta piuttosto di una “garanzia minima” contro l'arbitrarietà del provvedimento<sup>154</sup>.

Il requisito della “comprensione” può in certi casi richiedere la presenza di un traduttore (salvo quando risulti provato che lo straniero può comunque comunicare con le autorità)<sup>155</sup>.

In ogni caso è necessario che la comunicazione sia tempestiva. Ad esempio, la Corte ha ritenuto che violassero l'art. 5 casi in cui le ragioni della detenzione erano state rese note dopo 10 giorni<sup>156</sup>, o anche 76 ore<sup>157</sup>.

### 5.5 *I rimedi avverso il provvedimento di detenzione (rinvio)*

La CEDU disciplina altresì il diritto a presentare ricorso avverso il provvedimento di detenzione ed a ricevere una riparazione in caso di detenzione disposta in violazione della norma (art. 5, cc. 4 e 5). Il contenuto di tali disposizioni, segnatamente per quanto riguarda la detenzione in materia di immigrazione, sarà

---

<sup>152</sup> “The Court reiterates that there is a close link between paragraphs 2 and 4 of Article 5. Anyone entitled to take proceedings to have the lawfulness of his detention speedily decided cannot make effective use of that right unless he or she is promptly and adequately informed of the reasons relied on to deprive him of his liberty”, *Rusu v. Austria Judgment* § 41.

<sup>153</sup> “The information given to the applicant on the day of her arrest, that is, on 25 February 2002, was inexact as to the facts and incorrect as to the legal basis of her arrest and detention, and thus insufficient for the purpose of Article 5 § 2 of the Convention. At that time she was therefore not in a position to lodge a complaint before the Independent Administrative Panel” *Rusu v. Austria Judgment*, §42.

<sup>154</sup> “Il s'agit là d'une garantie minimum contre l'arbitraire”, *Affaire Chamaïev et Autres c. Géorgie et Russie* (Requête no 36378/02).

<sup>155</sup> “While it is true that she was not assisted by an interpreter or counsel when the reasons were communicated to her, the Court notes that the applicant could engage in dialogue with the police officers and had no difficulty in understanding what was said to her and expected from her (see, for example, paragraphs 9-12 and 29 above)” *Galliani v. Romania Judgment*.

<sup>156</sup> *Rusu v. Austria*.

<sup>157</sup> *Saadi v. Regno Unito*.

analizzato nel capitolo successivo, in comparazione con gli altri *standard* processuali elaborati dalla Corte EDU in questo settore.

## 6. I diritti CEDU e la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione

### 6.1 L'inapplicazione del diritto ad un equo processo e l'elaborazione di standard alternativi

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione, il dato più significativo da rilevare è quello della mancata applicazione alla materia dell'immigrazione dell'art. 6 sul diritto ad un equo processo in base ad una giurisprudenza ormai consolidata della Corte EDU, affermata a partire dal noto caso *Maaouia c. Francia*.

Come noto, l'art. 6 – che disciplina il diritto della persona a che la propria causa sia esaminata “equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”, in relazione alle controversie sui “suoi diritti e doveri di carattere civile” o sulla “fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti” – risulta applicato dalla giurisprudenza della Corte EDU anche ai rapporti tra individuo e amministrazione, in relazione a vari tipi di controversie di diritto amministrativo<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Sul campo di applicazione dell'art. 6 v. C. FOCARELLI, *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001. In particolare sull'applicazione dell'art. 6 al diritto amministrativo v. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. L'altro diritto europeo*, Napoli, 2007; M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, Milano, 2012; Sull'art. 6 in generale v. M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001. Sull'applicazione dell'art. 6 al processo amministrativo v. G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000 fasc. 2, pp. 367 – 379; S. Mirate, *L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU al processo amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004 fasc. 1, pp. 119 – 145; Idem, *Il giudice amministrativo di fronte all'art. 6 CEDU*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005 fasc. 11, pp. 2238 – 2240; M. PACINI, *Il diritto a un processo equo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, fasc. 6, pp. 601 – 609; più in generale v. anche F. GOISIS, *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009 fasc. 4, pp. 1338 – 1361; M. ALLENA, *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012 fasc. 2, pp. 569 – 643; F. PATRONI GRIFFI, *Tutela nazionale e tutela ultranazionale delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri*, in *Federalismi.it*, 2013 fasc. 12.

Da un lato, infatti, la Corte ha sviluppato una nozione autonoma e non formalistica del concetto di “accuse penali”, che ha permesso di applicare gli *standard* dell’art. 6 anche a diversi casi di sanzioni a carattere amministrativo. Dall’altro lato, invece, essa ha precisato che, in presenza di atti che incidono sui “diritti e doveri di carattere civile” della persona, l’art. 6 si applica, non soltanto, alle controversie tra privati, ma anche a quelle tra privati e pubblica amministrazione.

La disciplina dei provvedimenti in materia di immigrazione, tuttavia, si segnala come uno dei pochi settori del diritto amministrativo cui l’art. 6 non viene applicato.

Tale soluzione è stata affermata per la prima volta dalla Commissione europea dei diritti umani<sup>159</sup>, che considerava gli *standard* dell’equo processo non applicabili alla materia dell’immigrazione. Il diritto a fare ingresso e a soggiornare nel territorio di uno Stato sarebbe stato estraneo alla materia dei diritti civili di cui all’art. 6, essendo disciplinato dal diritto pubblico e non dal diritto privato<sup>160</sup>.

La Commissione aveva escluso altresì la possibilità di applicare l’art. 6 sotto il profilo penale – possibilità che era stata avanzata in relazione ai provvedimenti di espulsione (specie ove motivati dai precedenti penali dello straniero) – sulla base della natura asseritamente non punitiva dei provvedimenti stessi<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> L’organo non giurisdizionale che vigilava sull’applicazione della CEDU da parte degli Stati prima della creazione, nel 1991, della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.

<sup>160</sup> “The right to enter and reside in a country is determined by public law, through acts of public administration, from which it follows that the term ‘civil rights’, in Article 6, paragraph (1) (Art. 6-1), does not include any such right and that therefore neither the decision to grant or refuse entry, nor the proceedings through which that decision is reached, are governed by the provisions of Article 6, paragraph (1) (Art. 6-1)”. *X., Y., Z., V., W. v. The United Kingdom*, App. Nr 3325/67. Nel caso in questione la Commissione aveva dichiarato l’inammissibilità del ricorso, proposto avverso un diniego di ingresso nel territorio con conseguente trattenimento ai fini del respingimento. La posizione è stata confermata anche in casi relative a provvedimenti di espulsione v. *Omkaranda and the Divine Light Zentrum v. Switzerland* No. 8118/77 (“the decisions to expel Omkarananda in the present case were of an administrative nature and they were made in the exercise of the discretionary powers of the immigration authorities”). Anche in un caso relativo al diritto d’asilo la Commissione aveva confermato che “the procedures followed by public authorities to determine whether an alien should be allowed to stay in a country or should be expelled are of a discretionary, administrative nature, and do not involve the determination of civil rights within the meaning of Article 6 para. 1 (Art. 6-1) of the Convention” *V.P. v. United Kingdom*, Application No. 13162/87.

<sup>161</sup> Nel caso *Agee v. The United Kingdom* App. Nr. 7729/76 la Commissione aveva affermato che, sebbene “the Home Secretary’s decision is based on information that he has been guilty of criminal conduct” tuttavia “this does not, in the Commission’s opinion, bring the decision within the penal sphere, since deportation constitutes a procedure completely separate from criminal prosecution or conviction” e pertanto “it cannot, as the Commission has already observed, normally be looked on as a penalty”. Nel caso *Zamir v. the United Kingdom*, app. Nr. 9174/80 la Corte ha affermato, in relazione

Nella sentenza *Maaouia c. Francia* la Corte EDU ha confermato questa tendenza<sup>162</sup>, richiamandosi espressamente ai precedenti della Commissione<sup>163</sup>. Essa ha quindi affermato che le procedure relative ad un provvedimento di espulsione (nel caso di specie si trattava di un provvedimento di revoca di un divieto di reingresso nel territorio) non rientrano nella materia dei diritti civili di cui all'art. 6. Né le possibili implicazioni del provvedimento per la vita privata e familiare della persona, o i suoi effetti sulle sue prospettive di impiego, sono sufficienti a far rientrare la fattispecie sotto la nozione di "diritti civili"<sup>164</sup>.

Essa ha inoltre escluso la possibilità di qualificare in senso penalistico il provvedimento di espulsione, trattandosi piuttosto di un provvedimento a natura preventiva, collegato all'esigenza di assicurare il rispetto della normativa sull'immigrazione<sup>165</sup>.

---

all'espulsione amministrativa di uno straniero irregolare, che "la procédure administrative qui a conduit à son expulsion n'entpoule pas de décision sur une accusation en matière pénale", sicchè "son expulsion ne peut pas non plus être considérée comme une sanction pénale déguisée" e "il s'ensuit que l'article 6 n'est pas applicable en l'espèce".

<sup>162</sup> Il caso era relativo ad un cittadino tunisino, condannato in Francia ad una pena detentiva per rapina a mano armata e colpito da un provvedimento espulsivo una volta tornato in libertà. Essendosi sottratto all'esecuzione dell'espulsione, era stato condannato di nuovo ad un anno di reclusione e ad un divieto di soggiorno per un periodo di dieci anni. Tuttavia, il provvedimento di espulsione era stato successivamente annullato in sede giurisdizionale, per vizio procedimentale relativo alla comunicazione del provvedimento. Sulla base di tale sentenza, lo straniero aveva successivamente chiesto l'annullamento del divieto di ingresso decennale, facendo valere il fatto di essere sposato con una cittadina francese e di essere già in possesso di un permesso di soggiorno. Il relativo processo era tuttavia durato alcuni anni, ostacolando, tra le altre cose, i suoi tentativi di ottenere un permesso di soggiorno di lungo periodo. Davanti alla Corte EDU, pertanto, egli aveva quindi lamentato una violazione del proprio diritto ad un processo equo, in relazione alla durata irragionevole del procedimento di revoca dei provvedimenti a suo carico. A commento v. H. TRIGOUJIA, *L'inapplicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 446 e ss.

<sup>163</sup> The Commission [...] has consistently expressed the opinion that the decision whether or not to authorize an alien to stay in a country of which he is not a national does not entail any determination of his civil rights or obligations or of any criminal charge against him within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention".

<sup>164</sup> "The fact that the exclusion order incidentally had major repercussions on the applicant's private and family life or on his prospects of employment cannot suffice to bring those proceedings within the scope of civil rights protected by Article 6 § 1 of the Convention (see, mutatis mutandis, the Neigel v. France judgment of 17 March 1997, Reports 1997-II, pp. 410-11, §§ 43-44, and the Maillard v. France judgment of 9 June 1998, Reports 1998-III, pp. 1303-04, §§ 39-41)". Punto 38 della sentenza.

<sup>165</sup> Nella maggior parte dei Paesi del Consiglio d'Europa, inoltre, l'espulsione sarebbe qualificata come provvedimento amministrativo (e in ogni caso, anche l'eventuale qualificazione penale a livello nazionale non costituirebbe un elemento decisivo nella prospettiva della Corte EDU, poiché la nozione di "sanzione penale" costituisce una nozione autonoma).

Un argomento centrale nella tesi della Corte è quello secondo il quale l'art. 1 Prot. 7 in tema di garanzie procedurali in materia di espulsione costituirebbe una *lex specialis* alternativa all'art. 6, approvata dagli Stati sul presupposto della sua mancata applicabilità alla materia (già affermata, all'epoca dell'adozione del Protocollo 7, dalla giurisprudenza della Commissione)<sup>166</sup>. In questo senso, la sentenza *Maaouia c. Francia* si fonda su un'interpretazione teleologica, che valorizza la volontà espressa dagli Stati in sede di ratifica del Prot. 7<sup>167</sup>.

La posizione espressa dalla Corte viene tuttavia percepita come eccessivamente restrittiva da alcuni commentatori e discussa sotto vari punti di vista.

Da un lato si osserva come la tesi rifletta una concezione del campo di applicazione dell'art. 6 che risulta particolarmente restrittiva alla luce dell'evoluzione che la giurisprudenza della Corte ha avuto su questo punto. Si considera infatti che la Corte EDU ritiene ormai applicabile l'art. 6 alla maggior parte dei rapporti tra individuo ed amministrazione (e le uniche controversie ancora escluse, oltre a quelle in materia di immigrazione, sono quelle in materia tributaria<sup>168</sup>).

---

<sup>166</sup> Il Prot. 7, come si è accennato, è infatti derivato dall'intenzione degli Stati di istituire garanzie minime in materia di espulsione, in un contesto giurisprudenziale caratterizzato dalla dichiarata inapplicabilità dell'art. 6 alla materia dell'immigrazione da parte della Commissione per i diritti umani (l'organo non giurisdizionale competente in materia di ricorsi per violazione della CEDU prima dell'istituzione della Corte EDU) motivata con la tesi per cui tali provvedimenti non inciderebbero su posizioni di "diritto civile" della persona, né costituirebbero accuse in materia penale. La relazione illustrativa del Protocollo 7, infatti, ricorda che "the European Commission of Human Rights has held in the case of Application No. 7729/76 that a decision to deport a person does 'not involve a determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him' within the meaning of Article 6 of the Convention" precisando espressamente che l'art. 1 Prot. 7 "does not affect this interpretation of Article 6". La Corte afferma espressamente che "la circostanza che la misura del divieto di soggiorno abbia potuto accessoriamente comportare serie conseguenze sulla vita privata e familiare dell'interessato o ancora sulle sue aspettative di lavoro non è sufficiente a far rientrare tale procedimento nel contesto dei diritti civili garantiti dall'articolo 6.1 della Convenzione". Tra le decisioni della Commissione dei diritti umani cui tale interpretazione fa riferimento v. *Uppal and Singh v. the United Kingdom*, application no. 8244/78, Commission decision of 2 May 1979, Decisions and Reports (DR) 17, p. 149; *Bozano v. France*, application no. 9990/82, Commission decision of 15 May 1984, DR 39, p. 119; *Urrutikoetxea v. France*, application no. 31113/96, Commission decision of 5 December 1996, DR 87-B, p. 151; and *Kareem v. Sweden*, application no. 32025/96, Commission decision of 25 October 1996, DR 87-A, p. 173).

<sup>167</sup> La Corte osserva espressamente che "by adopting Article 1 of Protocol No. 7 containing guarantees specifically concerning proceedings for the expulsion of aliens the States clearly intimated their intention not to include such proceedings within the scope of Article 6 § 1 of the Convention" (punto 37).

<sup>168</sup> Peraltro, il caso *Maaouia* era stato preceduto da alcune pronunce in cui la Corte, pur non avendo affrontato in via diretta la questione dell'applicabilità dell'art. 6 alla materia, non aveva comunque

Peraltro, non distinguendo a seconda della posizione soggettiva dello straniero, tale approccio sottrae al campo di applicazione dell'art. 6 anche le categorie di stranieri più vulnerabili, come quella dei richiedenti asilo e quelli che lamentano la violazione di uno specifico diritto CEDU, come il rispetto della vita privata e familiare o il diritto a non subire la tortura o trattamenti inumani o degradanti<sup>169</sup>.

Secondo alcuni, pertanto, sarebbe possibile affermare che, nel caso in cui il provvedimento in questione leda un diritto specificamente tutelato dalla CEDU, l'art. 6 debba risultare applicabile quasi per definizione, trattandosi di posizioni necessariamente qualificabili come "diritti civili"<sup>170</sup>.

Altri, invece, sostengono la possibilità di affermare il carattere sostanzialmente penale di alcuni provvedimenti in materia di immigrazione (come la detenzione amministrativa e, per alcuni, anche certi tipi di espulsione)<sup>171</sup>.

---

escluso tale possibilità a priori. *S.N. v. The Netherlands*, 4 maggio 1999, ricorso n. 38088/1997; *J.E.D. v. The United Kingdom*, 2 febbraio 1999, ricorso n. 42225/1998. In questi casi la corte non aveva ritenuto necessario esprimersi sulla violazione dell'art. 6, ritenendo che la questione fosse assorbita in altre. Per una ricostruzione v. A. LIGUORI, op. cit. p. 14 e S. SAROLEA, *Les droit procéduraux du demndeurs d'asile ai sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 126 e ss.

<sup>169</sup> Come osservato dai giudici inglesi nel caso: *The Queen on the Application of MK(Iran) v Secretary of State for the Home Department CA* (Civ Div) (Sedley LJ, Carnwath LJ, Smith LJ) 25/2/2010 [2010] EWCA Civ 115.

<sup>170</sup> Nella dottrina sull'art. 6 è stato affermato che "laddove venga in rilievo un diritto espressamente riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esso è sempre rilevante ai fini dell'art. 6 CEDU", M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, p. 176. L'applicabilità dell'art. 6 in astratto ai procedimenti in materia di immigrazione incidenti su diritti CEDU (in quanto inclusi nel novero dei "diritti civili") non era stata esclusa dalla Commissione stessa in relazione all'art. 8. Nel già citato caso *X., Y., Z., V., W. v. The United Kingdom*, App. Nr 3325/67 il ricorrente lamentava che il rifiuto di ingresso nel territorio inglese aveva comportato una violazione, oltre che del suo diritto ad un equo processo, anche del suo diritto alla vita familiare impedendogli di ricongiungersi con la famiglia. La Commissione, pur rigettando la questione nel merito (affermando che 'the initial refusal of entry to, or continued residence in, the United Kingdom of the first Applicant did not, in all the circumstances of the case, constitute a separation of the family or an interference with those rights, by the acts of the authorities') non aveva comunque escluso che tale posizione soggettiva potesse in astratto chiamare in causa l'applicazione dell'art. 6 ("insofar as the rights of the Applicants to live together as a family may be among the 'civil rights' covered by Article 6, paragraph (1) (Art. 6-1)"). Si tratta però di un *obiter dicta* che non ha trovato sviluppi nella giurisprudenza successive. La Corte ha invece espressamente precisato che anche "political asylum applications fall within this category of procedures which do not determine civil rights within the meaning of Article 6 para. 1 (Art. 6-1) of the Convention" *V. P. v. United Kingdom*, Application No. 13162/87.

<sup>171</sup> Il confine tra misure penali ed amministrative, ai fini dell'applicabilità dell'art. 6, è stato affrontato dalla Corte nel caso *Engel v. Paesi Bassi*, in base al quale la Corte può accertare il carattere sostanzialmente penale di certe misure e richiedere che lo Stato, pur non essendo tenuto a riqualificare

Altri ancora mettono in dubbio la possibilità di dedurre dal Prot. 7 la volontà degli Stati di escludere l'applicabilità dell'art. 6<sup>172</sup>, o comunque l'opportunità di aderire a tale interpretazione anche in sede giurisprudenziale<sup>173</sup>.

Infine, alla luce del campo di applicazione relativamente ristretto dell'art. 1 Pot. 7, si potrebbe mettere in discussione la sua idoneità a costituire una *lex specialis* rispetto all'art. 6<sup>174</sup>.

---

penalmente tali misure, assicurando comunque le garanzie dell'equo processo. I criteri non guardano soltanto alla qualificazione formale della misura, bensì alla sua natura sostanziale, ossia, da un lato, alle finalità punitive della misura e, dall'altro lato, ai suoi effetti sulla persona del ricorrente, che a certe condizioni possono presentare un carattere "di fatto" punitivo. Su queste basi, alcuni commentatori affermano che le misure detentive a carico degli immigrati – in particolare ove la detenzione amministrativa si protragga per un periodo di tempo prolungato – dovrebbero essere considerate come propriamente penali ai fini delle relative tutele giurisdizionali. V. I. MAJCHER, "Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention, Global Detention Project Working Paper No. 6, September 2013, cit. La natura potenzialmente penale dell'espulsione, invece, è indirettamente sostenuta dal giudice Costa nella sua opinione concorrente con la maggioranza, in cui, pur giungendo alle stesse conclusioni, esprime forti perplessità in ordine alla natura dell'espulsione come "double peine", in quanto colpisce lo straniero nonostante abbia già scontato la propria pena. Questa possibilità è stata però esclusa dalla Corte, che ha qualificato tali misure come amministrative in quanto aventi carattere preventivo anziché punitivo *Üner v. the Netherlands*, app. Nr. 46410/99.

<sup>172</sup> A. LIGUORI, op. cit., p. 18.

<sup>173</sup> Afferma l'autonomia interpretativa della Corte anche rispetto alla volontà degli Stati l'opinione dissenziente dei giudici Loucaides e Traja. Per un'interpretazione ampia dell'art. 6 v. B. NASCIMBENE, *Commento all'art. 1 prot. 7* in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, p. 491; B. NASCIMBENE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 176; N. SITAROPOULOS, *The role and limits of the European Court of Human Rights in supervising state security and anti-terrorism measures affecting aliens' rights*, in *Terrorism and the Foreigner*, L'Aia, 2006, pp. 85 e ss.; P. VAN DIJK, G.J.H VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, L'Aia, 1998; P. VAN DIJK, *Protection of integrated aliens against expulsion under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, n. 1, p. 293 e ss. Viene rilevato che l'interpretazione della Corte attribuirebbe al Prot. 7 un effetto di fatto restrittivo della portata dell'art. 6, in potenziale contrasto con l'art. 53 della Convenzione stessa, ai sensi del quale "nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi". E' questa una delle osservazioni fatta valere dai giudici Loucaides e Traja nella loro opinione dissenziente rispetto alle tesi della maggioranza. Si richiama l'interpretazione ampia di "civil" come semplicemente "non criminal" e si afferma che "in the light of the object and purpose of the ECHR, Article 6 (1) should be given the broadest possible meaning; the principle of good faith supports this approach". In questo senso anche H. LAMBERT, *The position of aliens*, p. 48.

<sup>174</sup> In primo luogo, si potrebbe osservare che, mentre l'art. 6 si riferisce alle garanzie in sede processuale, l'art. 1 Prot. 7 si rivolge alla disciplina del procedimento amministrativo; l'oggetto relativamente diverso delle due norme, pertanto, potrebbe mettere in discussione il loro preteso carattere reciprocamente esclusivo. Inoltre, la norma in parola disciplina soltanto i provvedimenti di

Per queste ragioni, da più parti è stato invocato il superamento di tale giurisprudenza, se non del tutto, perlomeno a cominciare da certe categorie (come i richiedenti asilo o i soggetti che lamentano una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare)<sup>175</sup>.

Tra le critiche si rilevano inoltre le posizioni più liberali assunte da altre carte dei diritti dell'uomo, quali la Carta interamericana dei diritti dell'uomo<sup>176</sup>.

La Corte EDU, tuttavia, ha sempre confermato questo precedente nella propria giurisprudenza successiva<sup>177</sup>.

Nel caso *Eskelinen v. Finlandia* la Corte ha esteso questa tesi ai casi relativi al diritto d'asilo.

La mancata applicazione dell'art. 6, peraltro, non si riferisce a tutti i provvedimenti amministrativi relativi agli stranieri, bensì soltanto i provvedimenti in materia di immigrazione<sup>178</sup>.

Nonostante la mancata applicazione dell'art. 6, la giurisprudenza della Corte EDU ha elaborato *standard* processuali significativi in materia di immigrazione, a partire dall'applicazione di norme alternative quali, oltre all'art. 1 Prot. 7, soprattutto l'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo, che afferma il diritto di tutte le persone i

---

espulsione, mentre la tesi della Corte sostiene l'inapplicabilità dell'art. 6 alla materia dell'immigrazione *tout court*, compresi quindi provvedimenti come i visti d'ingresso ed i permessi di soggiorno che, non essendo tecnicamente disciplinati dall'art. 1 Prot. 7, risulterebbero privi di alcuna disciplina. Dal punto di vista soggettivo, invece, l'art. 1 prot. 7 non si applica, per previsione espressa, agli stranieri irregolari, i quali, seguendo l'interpretazione della Corte, resterebbero anch'essi privi di tutela. Infine, ci si chiede quale debba essere la disciplina applicabile a quei Paesi che non hanno sottoscritto il Prot. 7 (come ad esempio il Belgio o la Germania). Ovvero se debba operare anche per essi la regola della non applicabilità dell'art. 6 CEDU (con l'esito di escludere qualsiasi tipo di tutela specifica, al di là di quella offerta dall'art. 13), oppure se l'art. 6 debba invece ritenersi applicabile, come sostenuto da alcuni. Sul punto v. S. KIRCHNER, *The Right to Fair Trial Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*.

<sup>175</sup> In questo senso v. J. VELU E R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 326.

<sup>176</sup> Article 8.1, ACHR: "Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labour, fiscal, or any other nature". V. Anche la Inter-American Court of Human Rights, *Juridical Condition of Human Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, 17 September 2003, § 121, 124-126.

<sup>177</sup> V. *ex multis*, *Al Husin v. Bosnia Herzegovina*, *Mamatkulov v. Turchia*.

<sup>178</sup> Nel caso *Gorfunkele v. Russia*, ad esempio, l'art. 6 è stato comunque applicato ai provvedimenti in materia di benefici pensionistici di uno straniero.

cui diritti e le cui libertà riconosciute dalla Convenzione siano stati violati, ad esercitare un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale<sup>179</sup>.

Esso costituisce espressione del principio di sussidiarietà, su cui si regge l'intero sistema di protezione dei diritti umani offerto dalla CEDU, ed in base al quale la tutela dei relativi diritti deve essere realizzata anzitutto a livello nazionale, mentre il ricorso alla Corte EDU costituisce un rimedio di *extrema ratio*<sup>180</sup>.

La possibilità di invocare l'art. 13 è però vincolata alla sussistenza di una violazione di un diritto previsto dalla CEDU (e nella materia dell'immigrazione, in particolare, le norme più frequentemente applicate, come si vedrà, sono gli artt. 3 e 8). Esso quindi non può essere invocato autonomamente, a differenza dell'art.6, né può ritenersi violato nei casi in cui la Corte abbia dichiarato l'insussistenza della violazione delle relative norme sostanziali<sup>181</sup>.

Il testo della norma non fornisce indicazioni relativamente alla natura ed alle caratteristiche del rimedio e la Corte EDU riconosce in proposito un certo margine di apprezzamento agli Stati<sup>182</sup>.

Il requisito della "effettività", inoltre, si declina in modi diversi a seconda del tipo di violazione (ossia a seconda del diritto che risulta violato)<sup>183</sup>, e nel caso in cui i

---

<sup>179</sup> Viola l'art. 13 lo Stato che non prevede, a livello nazionale, un rimedio che permetta di far valere, nello specifico, la sussistenza di una violazione dei diritti tutelati dalla CEDU.

<sup>180</sup> Da un certo punto di vista, inoltre, questo principio si riflette nella disciplina dei requisiti processuali per il ricorso alla Corte EDU, in particolare quello del previo esaurimento dei ricorsi interni. Infatti, il mancato esaurimento di tali vie di ricorso non costituisce motivo di inammissibilità ove le stesse, per le loro caratteristiche, non possano essere considerate effettive ai sensi dell'art. 13.

<sup>181</sup> *Powell e Rayner c. Regno Unito*. Occorre comunque precisare che ai fini dell'esercizio del ricorso in sede CEDU non è richiesta la sussistenza di una violazione già consumata, bensì la sua "allegazione" da parte del ricorrente, L'articolo va interpretato nel senso di garantire un "effective remedy before a national authority" to everyone who claims that his rights and freedoms under the Convention have been violated", *Klass and others*, Series A, Vol. 28, paragraph 64. La sostenibilità dev'essere valutata caso per caso, sulla base delle caratteristiche della fattispecie. Nel caso degli stranieri, ad esempio, è stato precisato, con riferimento alle espulsioni, che la doglianza deve riferirsi a casi di allontanamento imminente, dal quale deriva un rischio di danno irreparabile. Caso *Soering c. Regno Unito*, 1989.

<sup>182</sup> "L'article 13 de la Convention ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours et [...] l'organisation des voies de recours internes relève de la marge d'appréciation des Etats", De Souza Ribeiro, *ex multis*.

<sup>183</sup> Requisiti più stringenti saranno richiesti in relazione alla tutela di diritti assoluti (come quello di cui all'art. 3), rispetto ai diritti qualificati (come la libertà e la sicurezza di cui all'art. 5) o limitati (come il rispetto della vita privata e familiare).

non risultino soddisfatti da un singolo ricorso, la Corte può prendere in considerazione anche l'aggregato di più rimedi<sup>184</sup>.

Oltre all'art. 13, in materia processuale rileva anche il disposto dell'art. 5 comma 4, sul "diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione".

Esso contiene previsioni più specifiche rispetto all'art. 13 e per questo viene considerato come una *lex specialis* rispetto a quest'ultimo<sup>185</sup>.

A differenza dell'art. 13, inoltre, esso rappresenta un diritto autonomo, del tutto indipendente rispetto ai profili sostanziali della norma cui fa riferimento. In altri termini, una violazione del diritto al ricorso avverso una misura detentiva può sussistere indipendentemente dalla presenza di una violazione degli altri requisiti di cui all'art. 5 (ossia anche rispetto ad un provvedimento di detenzione che risulti, per il resto, del tutto conforme ai requisiti CEDU)<sup>186</sup>.

Infine, la Corte EDU ha più volte ricavato parametri procedurali e processuali impliciti da norme sostanziali quali gli artt. 8 e 3, supplendo anche in questo modo alla mancata applicazione dei requisiti dell'equo processo alla materia dell'immigrazione<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> *Kudla v. Poland*.

<sup>185</sup> Nei casi in cui sia stata accertata una violazione dell'art. 5 comma 4 la Corte ritiene assorbita la questione relativa all'art. 13. V. *Cakici v. Turchia*; *Savridin Dzhurayev v. Russia*.

<sup>186</sup> Da questo punto di vista, come più avanti si vedrà, la norma è più simile all'art. 6 che all'art. 13. Lo standard richiesto dall'art. 5 comma 4 è più alto dello standard dell'art. 5 comma 1, che mira soltanto a fornire garanzie contro l'arbitrarietà del provvedimento. In *Chahal* ad esempio la procedura dell'*advisory panel* è stata ritenuta conforme all'art. 5 comma 1 (che la Corte ha ritenuto non violato) ma non conforme all'art. 5 comma 4 (che la Corte ha ritenuto violato). L'*advisory panel* non costituiva infatti una "corte". Il meccanismo, come si dirà, stato poi sostituito dalla special immigration appeals commission.

<sup>187</sup> "The way in which the Court has interpreted the requirements of Article 8(2) ECHR in *Al-Nashif* come close to the fair trial guarantees of Article 6 ECHR, therewith weakening the effect of the exclusion of this latter provision on immigration decision-making whenever there are family rights involved in a decision to deport an individual", G. CORNELISSE, *Immigration detention and human rights: rethinking territorial sovereignty*, Leiden-Boston, 2010, p. 201. V. H. LAMBERT, *The European Convention on Human Rights and the protection of refugees: limits and opportunities*, in *Refugee survey quarterly*, 24(2) 2005.

### 6.2 *La necessaria presenza di un ricorso effettivo a livello nazionale*

Il rispetto dell'art. 13 richiede anzitutto che l'ordinamento nazionale si conformi ai parametri CEDU in modo di assicurare che rispetto alle violazioni di un diritto CEDU siano predisposte a livello nazionale forme di ricorso effettive ai sensi dell'art. 13.

A questo fine la norma presuppone, però, che tali violazioni risultino qualificate come illegittime anche ai sensi del diritto interno. Il primo obbligo che sorge dall'art. 13, pertanto, interessa lo Stato anzitutto sul piano normativo, come obbligo di armonizzazione del diritto interno rispetto ai parametri della CEDU, in quanto risulterebbe in contrasto con l'art. 13 una normativa nazionale che non qualificasse come illegittimi i provvedimenti che integrano una violazione dei diritti CEDU.

Ad esempio, nel caso *Abdulaziz* la Corte ha condannato il Regno Unito per violazione dell'art. 13, in combinato disposto con l'art. 14 sul diritto alla non discriminazione, poiché il provvedimento impugnato (nella fattispecie si trattava di un diniego di ricongiungimento familiare giudicato discriminatorio dalla Corte) non risultava illegittimo ai sensi del diritto interno, in quanto il principio di non discriminazione non risultava integrato nella normativa nazionale in materia di immigrazione (e il Regno Unito, all'epoca, non aveva ancora dato attuazione alla CEDU sul piano interno). La mancanza di un rimedio effettivo derivava, in quel caso, dall'assenza di parametri normativi che permettessero di qualificare come illegittimo, sul piano nazionale, il provvedimento amministrativo risultato contrario alla CEDU<sup>188</sup>.

Il requisito successivo che sorge dall'art. 13 investe lo Stato sul piano organizzativo, come obbligo di predisporre strumenti di ricorso effettivo rispetto agli atti che potrebbero integrare una violazione dei diritti CEDU.

---

<sup>188</sup> “The Court has found that the discrimination on the ground of sex of which Mrs. Abdulaziz, Mrs. Cabales and Mrs. Balkandali were victims was the result of norms that were in this respect incompatible with the Convention. In this regard, since the United Kingdom has not incorporated the Convention into its domestic law, there could be no “effective remedy” as required by Article 13 [...]. Recourse to the available channels of complaint (the immigration appeals system, representations to the Home Secretary, application for judicial review [...]) could have been effective only if the complainant alleged that the discrimination resulted from a misapplication of the 1980 Rules. Yet here no such allegation was made nor was it suggested that that discrimination in any other way contravened domestic law” *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, 9214/80 9473/81 9474/81.

In questo senso, costituiscono una violazione dell'art. 13 i provvedimenti dai quali deriva una violazione di un altro diritto CEDU, rispetto alla quale non risulta disponibile a livello nazionale alcuna forma di ricorso.

Ad esempio, nel caso *Hirsi Jamaa* relativo ai respingimenti in alto mare verso la Libia la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 13, tra le altre cose, anche perché gli stranieri respinti con quelle modalità non avevano potuto esercitare alcuna forma di ricorso avverso il provvedimento di respingimento adottato nei loro confronti (e dal quale era derivata una violazione dei loro diritti di cui agli artt. 3 e 4 Prot. 4)<sup>189</sup>.

Si può determinare una violazione dell'art. 13 anche nel caso in cui, pur in presenza di rimedi a livello nazionale, questi risultino privi di giurisdizione rispetto al provvedimento dal quale deriva la violazione del diritto CEDU.

Ad esempio, nel caso *Nada v. Svizzera* il ricorrente, un cittadino italo-egiziano residente in Svizzera, era stato privato dell'accesso ai propri conti bancari e della possibilità di lasciare il Paese, in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU in materia di anti-terrorismo. La Corte EDU ha condannato la Svizzera per violazione dell'art. 13 in quanto i ricorsi giurisdizionali ed amministrativi presentati a livello nazionale non avevano fornito una tutela effettiva al ricorrente (comunque assolto in sede penale rispetto alle accuse di terrorismo) in quanto le autorità nazionali si erano dichiarate, da un lato, tenute a dare esecuzione a tali risoluzioni e, dall'altro lato, del tutto incompetenti a modificarle<sup>190</sup>.

L'obbligo di predisporre un meccanismo di ricorso, peraltro, viene ricavato per implicito anche dal testo di alcune norme sostanziali, come l'art. 3 nel caso *Agiza*

---

<sup>189</sup> Come si è detto, la sentenza è interessante perché, se da un lato conferma in capo agli Stati l'obbligo positivo di predisporre strumenti di ricorso effettivi avverso i provvedimenti amministrativi dai quali possono derivare delle violazioni dei diritti CEDU, dall'altro lato sembra possibile dedurne, in negativo, una sorta di divieto di esercitare tali provvedimenti in forme – quali, in questo caso, l'esecuzione del respingimento in alto mare – che di fatto sfuggono, anche per ragioni logistiche, alla possibilità di essere oggetto di un ricorso effettivo da parte dei destinatari.

<sup>190</sup> Gli organi nazionali avevano infatti dichiarato la propria incompetenza ad espungere il nome del ricorrente dalla lista dei soggetti sospettati di terrorismo a carico dei quali erano stati adottati tali provvedimenti, trattandosi dell'esecuzione di un provvedimento ONU che soltanto il Consiglio di Sicurezza poteva modificare. *Nada v. Switzerland*, 12 September 2012. M. E. GENNUSA, “*Nada c. Svizzera*”: sulle orme di Kadi?, *Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande camera 12 settembre 2012 (Nada c. Svizzera)*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, fasc. 1 pag. 164 – 168.

v. *Svezia*, relativo ad un provvedimento di espulsione considerato contrario all'art. 3 anche perché risultava di fatto sottratto a qualsiasi possibilità di ricorso<sup>191</sup>.

La Corte EDU non chiarisce quali siano i tipi di provvedimento avverso i quali sia necessario prevedere un ricorso effettivo a livello nazionale, ma si limita a valutare caso per caso, a seconda che da tale atto sia derivata, o possa derivare, una violazione di una norma CEDU.

L'art. 13, peraltro, non opera in relazione a qualsiasi tipo di lamentela, ma soltanto in relazione a questioni non manifestamente inammissibili (c.d. *arguable complaint*, o *grief défendable*)<sup>192</sup>.

Nella materia dell'immigrazione, tanto i provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno nel territorio, quanto quelli relativi all'espulsione dallo stesso, possono potenzialmente incidere su un diritto dello straniero (tipicamente quelli tutelati dagli artt. 3 e 8, ma non solo)<sup>193</sup>.

L'unico provvedimento che risulta oggetto di una norma processuale specifica è quello di detenzione, in relazione al quale l'art. 5 comma 4 ribadisce espressamente il diritto ad un ricorso, anche indipendentemente dalla violazione di altre norme CEDU.

Costituiscono una violazione dell'art. 5, pertanto, i provvedimenti di detenzione avverso i quali non sono previsti strumenti di ricorso<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> Nell'art. 3 è implicito anche il requisito di un rimedio individuale. Prima ancora che ai sensi dell'art. 13, la presenza di un rimedio è richiesta per implicito dall'art. 3, come requisito procedurale implicito (*Agiza c. Svezia*). Nel caso di specie è stato affermato che “the absence of any avenue of judicial or independent administrative review of the Government’s decision to expel the complainant does not meet the procedural obligation required by article 3 of the Convention”.

<sup>192</sup> La Corte ha precisato che, nel caso in cui una persona possa dirsi “vittima” di una violazione di un diritto protetto dalla CEDU, essa deve poter introdurre un ricorso presso un'autorità nazionale indipendente che abbia il potere di porre fine alla violazione e di porvi rimedio. Tuttavia “article 13 cannot reasonably be interpreted so as to require a remedy in domestic law in respect of any supposed grievance under the Convention that an individual may have, no matter how unmeritorious his complaint may be”. Al contrario “the grievance must be an arguable one in terms of the Convention” e, per essere tale, non deve risultare “manifestly ill-founded”, v. *Boyle and Rice V. The United Kingdom*, 9659/82 9658/82, 27/04/1988, §52, §53. Peraltro, l'esigenza di assicurare un ricorso effettivo sussiste anche nel caso in cui la vittima lamenti soltanto un rischio di violazione, la quale debba ancora realizzarsi (*Soering c. Regno Unito, Al-Nashif c. Bulgaria*).

<sup>193</sup> Nella giurisprudenza della Corte EDU, tuttavia, risultano molto più frequenti le pronunce relative ai provvedimenti di espulsione (e in misura minore di respingimento) trattandosi di quelli che più direttamente incidono sui diritti dello straniero e che sono più frequentemente impugnati davanti alla Corte.

<sup>194</sup> In *Popov* la Corte ha condannato la Francia perché non c'erano rimedi avverso la detenzione dei minori stranieri, in quanto non erano stati oggetti di provvedimenti individuali di detenzione o

Tuttavia, se la detenzione è disposta da un organo che soddisfa esso stesso i requisiti dell'art. 5 comma 4, i requisiti della norma si ritengono soddisfatti in quanto incorporati nella decisione iniziale<sup>195</sup>.

La detenzione dello straniero, peraltro, non richiede – a differenza di altri tipi di detenzione previsti dall'art. 5 (quali in particolare la custodia cautelare) – un passaggio giurisdizionale necessario, o di convalida, ma soltanto un diritto di ricorso esercitabile a discrezione della persona interessata.

Infine, nei casi di violazione dell'art. 3 la Corte EDU ha precisato che, in ragione dell'importanza di questa norma all'interno del sistema convenzionale e della gravità delle relative violazioni, in capo agli Stati sussiste – senza pregiudizio per il diritto ad un ricorso effettivo in capo alle vittime di tale violazione (e l'eventuale riparazione del danno) – l'obbligo positivo ulteriore di svolgere un'indagine al fine di assicurare l'individuazione e la punizione dei colpevoli (prevedendo la possibilità per le vittime di prendere parte a dette procedure)<sup>196</sup>. In altri termini, gli episodi di violazione dell'art. 3 presentano una gravità tale da assumere rilevanza anche oggettiva e generale, richiedendo rimedi ulteriori, il cui fine trascende quello della riparazione del danno e assume piuttosto una *ratio* punitiva e preventiva.

A margine è interessante osservare come, sotto questo profilo, il principio di effettività di cui all'art. 13 sia stato citato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, per affermare che il diritto ad un ricorso effettivo richiede che lo straniero,

---

espulsione. V. anche *Abdolkhani e Karimnia c. Turchia*, *Z.N.S. v. Turchia*, *Nowak v. Ukraine* 60846/10.

<sup>195</sup> *De Wilde Ooms Versyp v. Belgium*, § 76.

<sup>196</sup> “The nature of the right safeguarded under Article 3 of the Convention has implications for Article 13. Given the fundamental importance of the prohibition of torture and the especially vulnerable position of torture victims, Article 13 imposes, without prejudice to any other remedy available under the domestic system, an obligation on States to carry out a thorough and effective investigation of incidents of torture. Accordingly, as regards Article 13, where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an “effective remedy” entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure”. In altri termini, nell'art. 13 sarebbe implicito un requisito analogo a quello previsto “in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a ‘prompt and impartial’ investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed”. *Aksoy v. Turkey* 21987/93. Nel caso *Aydin v. Turkey* 1997 la Corte ha affermato che, in relazione ad un caso di maltrattamenti in carcere, l'art. 13 prevede “the requirement of a thorough and effective investigation” in relazione alla “allegation” della vittima.

anche nel contesto di una procedura accelerata, abbia diritto di impugnare i provvedimenti negativi in materia di asilo che lo interessano<sup>197</sup>.

### 6.3 *La natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso*

La giurisprudenza della Corte EDU è chiara nell'affermare che l'art. 13 non richiede che il ricorso si svolga davanti ad un organo giurisdizionale, pur precisando che si richiedono comunque garanzie di indipendenza, poteri di intervento effettivi e tutele procedurali idonee<sup>198</sup>.

Anche per il ricorso avverso i provvedimenti detentivi, nonostante l'art. 5 comma 4 faccia espressamente riferimento al diritto di ricorso ad un "tribunale", la giurisprudenza della corte EDU ritiene che possano soddisfare tale requisito anche i ricorsi in sede amministrativa<sup>199</sup>.

Tuttavia la Corte ha affermato che deve trattarsi di un'autorità avente un "judicial character", cioè che offra, da un lato, determinate garanzie procedurali e, dall'altro lato, garanzie di indipendenza rispetto all'esecutivo ed imparzialità rispetto alle parti<sup>200</sup>.

Un ricorso in sede ministeriale, ad esempio, non soddisfa tale requisito in quanto risulta del tutto privo di garanzie di indipendenza rispetto all'esecutivo<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> CGCE, causa C-69/10 su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal administratif (Luxembourg) il 5 febbraio 2010, *Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, richiesta di interpretare l'art. 39 direttiva 2005/85/CE, si esprime affermando che il principio di ricorso effettivo, ispirato dagli articoli 6 e 13 della CEDU, osta alla mancanza di ricorso giurisdizionale rispetto al provvedimento amministrativo sulla protezione internazionale nell'ambito della procedura accelerata. A commento v. P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Comment on Case C-69/10, Brahim Samba Diouf v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, Judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 28 July 2011*, in *Common Market Law Review*, 49, 1, pp. 327-348.

<sup>198</sup> "It's powers and the procedural guarantees which it affords are relevant in determining whether the remedy before it is effective. When the "authority" concerned is not a judicial authority, the Court makes a point of verifying its independence and the procedural guarantees it offers applicants. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so", caso *de Souza Ribeiro*.

<sup>199</sup> Nel caso *Dougoz c. Grecia*, ad esempio, il fatto che l'unico rimedio ammissibile fosse un ricorso in sede amministrativa non è stato ritenuto, di per sé, in contrasto con l'art. 5 comma 4. Per quanto riguarda il diritto della persona arrestata o detenuta ad essere "tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie", esso riguarda soltanto le persone soggette a misure penali (*Weeks v. the United Kingdom*, § 61).

<sup>200</sup> *Stephens v. Malta* (no. 1), § 95.

<sup>201</sup> *Sadaykov c. Bulgaria*, §35.

Un ricorso presso un organo avente natura amministrativa ma con garanzie di indipendenza rispetto all'esecutivo, invece, può soddisfare detto requisito se le procedure seguite presentano adeguate garanzie di rispetto del contraddittorio, della parità tra le parti e di tutela del diritto di difesa della persona interessata.

Nel caso *Chahal*, ad esempio, la Corte ha ritenuto che il comitato consultivo istituito dal Regno Unito come organo competente a decidere i ricorso contro le misure adottate avverso gli stranieri sospettati di terrorismo non costituisca un "tribunale" ai sensi dell'art. 5 comma 4, da un lato, poiché lo straniero non aveva diritto all'assistenza legale e, nel caso di specie, aveva potuto avere una conoscenza soltanto sommaria delle ragioni della propria detenzione ed espulsione e, dall'altro lato, perché l'autorità giudicante stessa non aveva potuto prendere conoscenza di tutti gli elementi del giudizio, alcuni dei quali erano coperti da segreto per motivi di sicurezza nazionale.

Nel caso *A. and others v. United Kingdom*, invece, la Corte EDU ha affermato che la Special Immigration Appeals Commission, istituita in sostituzione della precedente commissione consultiva, costituiva una "corte" ai sensi dell'art. 5 comma 4, in virtù delle procedure maggiormente rispettose del contraddittorio<sup>202</sup>.

#### 6.4 *La natura del sindacato esercitato in sede di ricorso*

Uno dei profili rilevanti affinché il ricorso possa dirsi effettivo è la natura del sindacato esercitato dall'autorità adita sul provvedimento impugnato.

Anzitutto la Corte ha precisato che, per dirsi effettivo, un ricorso deve permettere all'autorità nazionale adita di considerare "the substance of an arguable complaint under the Convention", ossia decidere nel merito la questione relativa alla lamentata violazione di un diritto CEDU.

Sotto questo profilo la Corte EDU adotta un approccio differenziato a seconda del tipo di provvedimento e del tipo di violazione.

Nei casi di possibile violazione dell'art. 3, in particolare in relazione a provvedimenti di espulsione e respingimento, il principio di effettività richiede che l'organo adito eserciti un sindacato particolarmente rigoroso, definito come "close scrutiny" o "independent and rigorous scrutiny", in linea con l'importanza riconosciuta ai diritti protetti da tale norma<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Sul confronto tra le due procedure v. infra per maggiori dettagli.

<sup>203</sup> "An applicant's complaint alleging that his or her removal to a third State would expose him or her to treatment prohibited under Article 3 of the Convention must imperatively be subject to close

In linea di principio, può risultare conforme ai requisiti dell'art. 13 anche un ricorso che si fondi su un sindacato di legittimità del provvedimento (come ad esempio il *judicial review* nel Regno Unito)<sup>204</sup>.

Tuttavia, sebbene il sindacato di legittimità sia in astratto compatibile con la nozione di ricorso effettivo, lo *standard* di tutela richiesto dalla Corte in relazione all'art. 3 risulta in certi casi talmente rigoroso da apparire quasi prossimo ad un sindacato di merito del provvedimento amministrativo.

In particolare, la Corte ha precisato che l'organo adito ha l'obbligo di prendere in seria considerazione i rischi di violazione segnalati dal ricorrente, dando conto delle relative valutazioni in sede di motivazione della propria decisione<sup>205</sup>.

Né può limitarsi a valutare la correttezza del bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione, in quanto i diritti tutelati dall'art. 3 godono di protezione assoluta e non ammettono alcuna forma di bilanciamento (neanche con interessi pubblici rilevanti quali la sicurezza nazionale)<sup>206</sup>.

---

scrutiny by a national authority. That principle has led the Court to rule that the notion of 'effective remedy' within the meaning of Article 13 taken together with Article 3 requires firstly 'independent and rigorous scrutiny' of any complaint made by a person in such a situation, where 'there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3') *Hirsi Jamaa v. Italy*.

<sup>204</sup> *V. Vilvarajah and others v. the United Kingdom*, app. Nr. 13163-5/87, in cui la Corte aveva ritenuto che il sistema inglese, che al tempo non prevedeva una forma di appello avverso il rigetto della domanda d'asilo, ma soltanto un rimedio di *judicial review* avverso il provvedimento di espulsione, fosse comunque in linea con i requisiti di cui all'art. 13.

<sup>205</sup> "The Court reiterates that judicial review proceedings constitute, in principle, an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention in relation to complaints in the context of expulsion and extradition, provided that the courts can effectively review the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate. In the present case [...] despite the fact that the applicant had explicitly complained of the risk of torture or ill-treatment and that his allegations in this regard were sufficiently serious, the domestic courts ignored his arguments. The decisions of the domestic courts were silent as to the risk of torture and ill-treatment in Uzbekistan and it does not appear that the courts ever took these considerations into account when they examined the question of the applicant's extradition. In such circumstances, the Court finds that the applicant has been denied an effective domestic remedy by which to challenge his extradition on the ground of the risk of torture or ill-treatment. Consequently, there has been a violation of Article 13 of the Convention" *Garayev v. Azerbaijan*, 53688/08.

<sup>206</sup> Nel caso *Chahal*, in relazione ai rimedi offerti a livello nazionale avverso il provvedimento di espulsione dello straniero, la Corte ha osservato che "neither the advisory panel nor the courts could review the decision of the Home Secretary to deport Mr Chahal to India with reference solely to the question of risk, leaving aside national security considerations", al contrario "the courts' approach was one of satisfying themselves that the Home Secretary had balanced the risk to Mr Chahal against the danger to national security", e pertanto "these cannot be considered effective remedies in respect of Mr Chahal's Article 3 complaint for the purposes of Article 13 of the Convention" §153.

Anche nel caso in cui il rischio di violazione dell'art. 3 derivi da motivi di salute, l'amministrazione e le corti devono svolgere un esame rigoroso della questione<sup>207</sup>.

Oltre alle caratteristiche del sindacato sui provvedimenti di espulsione, sotto il profilo dell'art. 3 la giurisprudenza della Corte ha spesso valutato anche le caratteristiche dei procedimenti di riconoscimento del diritto d'asilo.

Possono comportare una violazione dell'art. 13, ad esempio, la previsione di termini troppo brevi per la presentazione delle richieste d'asilo<sup>208</sup>, la natura sommaria di alcune procedure giurisdizionali di riconoscimento del diritto d'asilo, o l'eccessivo affidamento dimostrato dalle autorità nazionali nei confronti delle rassicurazioni diplomatiche offerte dal Paese di destinazione (che risulta in conflitto con il dovere di svolgere, in sede di ricorso, una valutazione autonoma della condizione dello straniero, anche sulla base di informazioni ottenute da esperti indipendenti o organizzazioni non governative)<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> Nel caso *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* 10486/10, Court (Second Section), 20/12/2011, relative all'espulsione dal Belgio di una cittadina Congolese sieropositiva la Corte EDU ha ritenuto che né l'amministrazione né il CCE in sede di ricorso avessero svolto un esame sufficientemente approfondito della condizione della straniera, in quanto non era stato sentito il parere di un medico e le informazioni sanitarie in possesso dell'amministrazione non risultavano aggiornate sullo stato di sviluppo della malattia. "Dans ces conditions, la Cour est forcée de constater que les autorités belges ont tout simplement fait l'économie d'un examen attentif et rigoureux de la situation individuelle de la requérante pour conclure à l'absence de risque sous l'angle de l'article 3 en cas de renvoi au Cameroun [...]. La Cour en conclut que la requérante n'a pas bénéficié d'un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention et qu'il y a eu violation de l'article 13 combiné avec l'article 3".

<sup>208</sup> Stato che prevedeva un termine troppo breve entro il quale presentare domanda di asilo, a seguito del quale gli unici rimedi previsti a livello nazionale, in assenza di una procedura di appello avverso il rigetto della domanda d'asilo, erano costituiti da un ricorso avanti al giudice amministrativo avverso il provvedimento di espulsione. Tale rimedio è stato considerato non effettivo dalla Corte in quanto privo di effetto sospensivo e in quanto non assicurava l'analisi del merito della questione, relativa al timore di essere espulsa verso un Paese dove avrebbe subito una violazione dell'art. 3. *Jabari v. Turchia*.

<sup>209</sup> "The blanket terms used by the City Court to reject the applicant's complaint left no room for any qualified assessment of his underlying personal circumstances and the ensuing risk for his safety in the light of the Convention requirements [...] The above deficiencies in the City Court's examination of the applicant's claim were aggravated by its unexplained and unconditional reliance on the assurances provided by the Prosecutor's Office of Tajikistan". Nel caso di specie la Corte EDU ha condannato lo Stato perché le procedure per il riconoscimento del diritto d'asilo non avevano assicurato sufficienti garanzie avverso possibili violazioni dell'art. 3, ritenendo peraltro assorbita la questione della violazione dell'art. 13, avendo considerato le questioni processuali nel contesto dell'art. 3. *Savridin Dzhurayev v. Russia*, 71386/10. Nel caso di uno Stato che prevedeva un termine troppo breve entro il quale presentare domanda di asilo, a seguito del quale gli unici rimedi previsti a livello nazionale, in assenza di una procedura di appello avverso il rigetto della domanda d'asilo, erano costituiti da un ricorso avanti al giudice amministrativo avverso il provvedimento di espulsione,

Inoltre, può integrare una violazione dell'art. 13 il giudice che, rispetto al rischio di violazione dell'art. 3, si limiti a valutare la credibilità del ricorrente senza entrare nel merito della questione<sup>210</sup>.

In relazione alla tutela della vita privata e familiare dello straniero, invece, la Corte ha chiarito che il principio di effettività richiede che il ricorso avverso i provvedimenti lesivi di tale diritto si svolga “with sufficient procedural safeguards and thoroughness”, da un organo che offra “adequate guarantees of independence and impartiality”, in particolare permettendo all'organo adito di svolgere un giudizio di proporzionalità sul provvedimento, alla luce di quanto richiesto dallo stesso art. 8<sup>211</sup>.

In questi casi, pertanto, un giudizio che si limiti a valutare la mera legittimità formale del provvedimento sarebbe insufficiente, essendo necessario sindacare anche la discrezionalità della decisione, nelle forme del giudizio di proporzionalità<sup>212</sup>.

Lo stesso *standard* è stato richiesto anche nei casi di violazione della libertà di movimento (art. 2 prot. 4), che pure risulta soggetto ad un sindacato di proporzionalità<sup>213</sup>.

---

la Corte ha considerato che tale rimedio non fosse effettivo in quanto privo di effetto sospensivo e in quanto non assicura l'analisi del merito della questione, relativa al timore di essere espulsa verso un Paese dove avrebbe subito una violazione dell'art. 3. *Jabari v. Turchia*.

<sup>210</sup> “Or, la démarche opérée en l'espèce qui a consisté tant pour le CGRA que le CCE à écarter des documents, qui étaient au cœur de la demande de protection, en les jugeant non probants, sans vérifier préalablement leur authenticité, alors qu'il eut été aisé de le faire auprès du HCR, ne peut être considérée comme l'examen attentif et rigoureux attendu des autorités nationales au sens de l'article 13 de la Convention et ne procède pas d'une protection effective contre tout traitement contraire à l'article 3 de la Convention” *Singh et autres c. Belgique*.

<sup>211</sup> Nel caso *Liu v. Russia* la Corte ha ritenuto che l'art. 13 fosse stato violato in quanto, mentre “article 13 in conjunction with Article 8 of the Convention requires that [...] the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for his or her family life and, if so, whether a fair balance has been struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined”, nel caso di specie “the domestic proceedings did not provide an opportunity for a tribunal to examine whether the [...] removal [...] was proportionate under Article 8 § 2 to the legitimate aims pursued” e il ricorrente “was removed [...] without any possibility to have the proportionality of the measure determined by a tribunal and was therefore deprived of adequate procedural safeguards required by Article 8”, *Liu v. Russia* (No. 2) (Application no. 29157/09).

<sup>212</sup> “A procedure which, by reason of the limited scope of review, does not afford the possibility of dealing with the substance of an arguable complaint under the Convention cannot satisfy the requirements of Article 13”. Nel caso di specie i giudici avevano “treated as irrelevant the applicant's arguments attacking the justification for the measure, being concerned solely with the ban's formal validity and specifically holding that they could not scrutinise the authorities' discretionary assessment” *Stamose v. Bulgaria*.

Per quanto riguarda i provvedimenti di detenzione, invece, la Corte ha precisato che l'art. 5 comma 4 non richiede lo svolgimento di un giudizio nel merito, che permetta al giudice di sostituirsi alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione, ma deve permettere il sindacato degli elementi essenziali che determinano la "legalità" della misura<sup>214</sup>.

La tutela avverso l'arbitrarietà del provvedimento richiede, tuttavia, che anche in questo caso il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di detenzione non si limiti ad un controllo meramente formale, ma permetta allo straniero di contestare le ragioni stesse del provvedimento<sup>215</sup>. Fermo restando che, nel caso delle detenzione in fase di espulsione, la legittimità del provvedimento di detenzione risulta del tutto indipendente dalla legittimità del provvedimento di espulsione<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Nel caso *Stamose c. Bulgaria* un cittadino Bulgaro era stato espulso dagli Stati Uniti verso la Bulgaria, dove era stato fatto oggetto di un provvedimento di divieto di lasciare il territorio bulgaro per un certo numero di anni. La Corte ha condannato la Bulgaria per violazione del principio di proporzionalità e del rimedio effettivo, in quanto il rimedio giurisdizionale assicurato a livello nazionale non aveva operato un sindacato sulla proporzionalità della misura. Il sindacato di proporzionalità costituisce, del resto, un requisito procedurale implicito dell'art. 8 stesso, v. *Kaushal and Others v. Bulgaria* of 02/09/2010.

<sup>214</sup> "Article 5 § 4 does not guarantee a right to judicial review of such a scope as to empower the court, on all aspects of the case including questions of pure expediency, to substitute its own discretion for that of the decision-making authority. The review should, however, be wide enough to bear on those conditions which are essential for the "lawful" detention of a person according to Article 5 § 1 (E. v. Norway, judgment of 29 August 1990, § 50, Series A no. 181)". *A and others v. United Kingdom*. È interessante notare, peraltro, che la Corte sottolinea espressamente come la nozione di legalità includa la verifica del rispetto, non soltanto dei parametri normativi previsti a livello nazionale, ma anche dei parametri CEDU rilevanti. "The notion of 'lawfulness' under art. 5-4 has the same meaning as in art. 5-1, so that the detained person is entitled to a review of his detention in the light not only of the requirements of domestic law but also of the text of the Convention, the general principles embodied therein and the aim of the restrictions permitted by art. 5-1" *Chahal*, §127.

<sup>215</sup> Nel caso *Al-Agha v. Romania* ad esempio, uno straniero era stato trattenuto in vista dell'espulsione per un periodo superiore a tre anni, essendo stato dichiarato "indesiderato" per ragioni di sicurezza nazionale. Durante tutto il periodo, tuttavia, egli non aveva avuto modo di contestare le ragioni della detenzione poiché, da un lato, a suo carico non era stato avviato alcun procedimento (ad esempio di tipo penale) e, dall'altro lato, il sindacato giurisdizionale sul provvedimento di detenzione si era limitato ad un controllo formale sull'esistenza dei presupposti dello stesso (ossia la mera circostanza che lo straniero era stato dichiarato indesiderabile, senza possibilità di conoscere o contestare il merito di tale dichiarazione). Per questo motivo la Corte ha ritenuto che la normativa di riferimento a livello nazionale non aveva offerto sufficienti garanzie avverso l'arbitrarietà del provvedimento e, pertanto, non costituiva una "legge" conforme ai requisiti richiesti dall'art. 5. *Al-Agha v. Romania*.

<sup>216</sup> Il sindacato di cui all'art. 5 comma 4 non richiede l'esercizio di un sindacato giurisdizionale sul provvedimento di espulsione, ma soltanto su quello di detenzione. V. *Čonka v. Belgium* e *Chahal v. the United Kingdom*.

6.5 *I poteri dell'organo adito in sede di ricorso*

La Corte ha affermato che per essere considerato “effettivo” il ricorso deve prevedere l’obbligo per l’autorità adita di pronunciarsi espressamente (mentre viola l’art. 5 un ricorso che permetta all’autorità adita di non decidere)<sup>217</sup>.

Più nello specifico, la Corte ha precisato che l’organo adito deve avere il potere di ordinare la liberazione della persona nel caso in cui la detenzione risulti illegittima (mentre un mero potere di raccomandazione sarebbe insufficiente)<sup>218</sup>.

In relazione agli altri provvedimenti, invece, l’art. 13 non precisa quali siano i poteri di cui l’organo adito deve disporre, ma la giurisprudenza della Corte EDU rivela che il potere di annullare il provvedimento costituisce uno degli elementi presi in considerazione nella valutazione dell’effettività del ricorso<sup>219</sup>.

Per quanto riguarda la possibilità di riconoscere un risarcimento del danno a favore del ricorrente, esso risulta previsto espressamente soltanto in relazione ai provvedimenti di detenzione dall’art. 5, c. 4, che disciplina espressamente un “diritto ad una riparazione” (caso unico all’interno della CEDU, a indicazione dell’importanza attribuita alla tutela della libertà e della sicurezza)<sup>220</sup>.

Sotto questo profilo la Corte ha precisato che, sebbene la CEDU non riconosca al ricorrente il diritto ad una determinata somma in particolare<sup>221</sup>, un

---

<sup>217</sup> Nel caso di specie, violava l’art. 5 comma 4 la disciplina greca che prevedeva, come unico rimedio avverso la detenzione in vista dell’espulsione, un’istanza di scarcerazione da presentare al Ministero per l’Ordine Pubblico, rispetto alla quale il Ministro aveva la facoltà di non esprimersi nel merito. Caso *Dougoz c. Grecia*.

<sup>218</sup> “The reviewing ‘court’ must not have merely advisory functions but must have the competence to ‘decide’ the ‘lawfulness’ of the detention and to order release if the detention is unlawful”, *A. and others v. Regno Unito*.

<sup>219</sup> “The Court reiterates that judicial review proceedings constitute, in principle, an effective remedy within the meaning of art. 13 of the Convention in relation to complaints in the context of expulsion and extradition, provided that the courts can effectively review the legality of executive discretion on substantive and procedural grounds and quash decisions as appropriate”, *Garayev v. Azerbaijan*, 53688/08.

<sup>220</sup> Il diritto ad un risarcimento ha carattere autonomo rispetto agli altri requisiti dell’art. 5 (pertanto, ove non sia previsto un meccanismo di riparazione per i casi di violazione dell’art. 5, la Corte ritiene che la norma sia stata comunque violata, indipendentemente dal carattere legittimo o meno del provvedimento di volta impugnato). *Brannigan e McBride v. Regno Unito* §37; *Brogan e altri v. Regno Unito*, §67.

<sup>221</sup> *Damian-Burueana and Damian v. Romania*, § 89; *Çağdaş Şahin v. Turkey*, § 34.

risarcimento irrisorio o non proporzionato alla violazione subita non soddisferebbe il requisito dell'art. 5<sup>222</sup>.

Per il ricorrente è comunque necessario dare prova del danno subito<sup>223</sup>.

Per quanto riguarda i provvedimenti diversi dalla detenzione, invece, sebbene la possibilità di riconoscere un risarcimento non risulti espressamente prevista dal testo dell'art. 13, essa viene menzionata nella giurisprudenza della Corte come uno degli elementi impliciti nella nozione di ricorso effettivo (in particolare in relazione ai casi di violazione dell'art. 3)<sup>224</sup>.

#### 6.6 *I requisiti processuali e la durata del ricorso*

Sebbene in materia di immigrazione non si applichi il principio dell'equo processo, la giurisprudenza della Corte EDU richiede anche in questi casi il rispetto di alcuni requisiti minimi di giustizia processuale, che risultano in parte mutuati dalla nozione stessa di *fair trial* di cui all'art. 6.

Questo profilo sembra maggiormente sviluppato nella giurisprudenza relativa ai provvedimenti di detenzione amministrativa dello straniero.

Sotto questo profilo la Corte ha precisato che il ricorso di cui all'art. 5 c. 4 non deve necessariamente presentare le stesse garanzie di cui all'art. 6 CEDU, ma deve fornire garanzie adeguate rispetto al tipo di detenzione<sup>225</sup>.

In particolare, è necessario che il procedimento si svolga in contraddittorio e che assicuri la parità delle armi<sup>226</sup>.

Le procedure devono avere un carattere giurisdizionale e il ricorrente deve avere la possibilità di parteciparvi<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> *Cumber v. the United Kingdom*.

<sup>223</sup> *Wassink v. Paesi Bassi*, § 38. Peraltro, nel caso di danno non patrimoniale la Corte ha affermato che “nel caso in cui l’illegittimità della detenzione dipenda esclusivamente dalla carenza di garanzie procedurali che ne accompagnino la disposizione, la dichiarazione della sussistenza di una violazione della Convenzione costituisce ristoro adeguato e sufficiente ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dalla vittima”, *H.L. c. Regno Unito*.

<sup>224</sup> “as regards art. 13, where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an ‘effective remedy’ entails” tra le altre cose “payment of compensation where appropriate”, *Aksoy v. Turkey*, 21987/93.

<sup>225</sup> Il requisito di cui all'art. 5 comma 4, pertanto, ammette standard diversi in relazione ai diversi casi di detenzione previsti dall'art. 5 stesso. “The scope of the obligations under art. 5-4 is not identical for every kind of deprivation of liberty; this applies notably to the extent of the judicial review afforded”, *Chahal* § 127.

<sup>226</sup> *Reinprecht v. Austria*, § 31; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 204.

Tuttavia, la possibilità per il ricorrente di essere sentito personalmente, per quanto riconosciuta come elemento fondamentale del giusto processo, non viene ritenuta sempre necessaria dalla Corte (che in certi casi ha giudicato adeguato anche lo svolgimento di una procedura scritta)<sup>228</sup>.

La possibilità per il ricorrente di presentare le proprie difese può altresì dipendere dall'accesso all'assistenza legale e dalla conoscenza degli elementi su cui si fonda il provvedimento impugnato. Anche la mancanza di tali fattori può quindi costituire – come nel caso *Chahal* – motivo di violazione, tanto dell'art. 5, co. 4, quanto dell'art. 13<sup>229</sup>.

Anche ai sensi dell'art. 13, infatti, “there must be some form of adversarial proceedings”<sup>230</sup>.

In ogni caso l'art. 13 non conferisce diritto ad un doppio grado di giudizio (che la CEDU prevede soltanto in materia penale)<sup>231</sup>.

Un altro requisito richiesto dall'art. 5 comma 4 è che il tribunale adito decida della legittimità della detenzione “entro breve termine”.

La Corte EDU non dà una definizione di “speedy review” né fornisce un termine preciso, ma afferma che esso dipende dalle circostanze del caso<sup>232</sup>. La brevità dei tempi del ricorso, pertanto, deve essere valutata caso per caso (secondo un approccio analogo a quello previsto in materia di equo processo)<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> *Weeks v. Regno Unito*, §66.

<sup>228</sup> Più nello specifico, soltanto rispetto alla detenzione nel caso della lett. c il diritto di essere sentiti. La corte ha poi precisato che tale diritto non comporta la necessità di sentire il ricorrente ogni volta che questi ne faccia richiesta, ma che sia sentito ad intervalli ragionevoli, *Çatal v. Turkey*, § 33; *Altınok v. Turkey*, § 45. V. anche *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, 9862/82, October 21, 1986, § 51, in cui si ritiene sufficiente, in relazione al necessario rispetto del principio del contraddittorio, una procedura scritta.

<sup>229</sup> Nel caso *Chahal* la Corte ha ritenuto significativo, sia sotto il profilo dell'art. 5, c. 4 sia sotto il profilo dell'art. 13, il fatto che il ricorrete, nella procedura davanti all'*advisory panel*, “was not entitled, *inter alia*, to legal representation” e “was only given an outline of the grounds for the notice of intention to deport”.

<sup>230</sup> *Liu v. Russia*, No. 2.

<sup>231</sup> “Quant au grief tiré de l'article 13 de la Convention, la Cour rappelle qu'aucune disposition de la Convention n'ouvre un droit à plusieurs degrés de juridiction dans une procédure autre que pénale”, *Lupsa c. Roumanie* 10337/04.

<sup>232</sup> *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, §55. *E v. Norvegia* § 64.

<sup>233</sup> *Rehbock v. Slovenia*, § 84. Come per l'art. 6, esso non può essere definito in astratto ma va verificato caso per caso *R.M.D. v. Switzerland*, § 42.

A questo proposito la Corte ha individuato alcuni indici, prendendo in considerazione anche la diligenza dell'amministrazione, o l'eventuale presenza di ragioni di rallentamento del tutto indipendenti dalla volontà dello Stato<sup>234</sup>.

In genere, tuttavia, i tempi richiesti sono più rapidi di quelli ammessi ai sensi dell'art. 6 (trattandosi di una decisione che concerne una limitazione della libertà della persona) ammontando in genere a pochi giorni<sup>235</sup>. In ogni caso si tratta di un requisito meno stringente rispetto a quello richiesto dall'art. 5 c. 3<sup>236</sup>.

Costituiscono una violazione dell'art. 5, pertanto, i casi in cui la decisione del giudice sulla detenzione non sia tempestiva (ad esempio, giunga dopo cinque mesi<sup>237</sup>, o anche otto settimane)<sup>238</sup>.

Inoltre, nel caso di detenzione per periodi prolungati è necessario, in mancanza di un controllo giurisdizionale automatico sul provvedimento, che lo straniero abbia la possibilità di sollecitare un sindacato sullo stesso attraverso la sua impugnazione ad intervalli regolari<sup>239</sup>.

Anche in relazione all'art. 13, la tempestività del ricorso è uno dei fattori che incidono sulla sua effettività (in particolare nel combinato disposto con l'art. 3)<sup>240</sup>.

---

<sup>234</sup> *Mooren v. Germany* [GC], § 106; *Kolompar v. Belgium*, § 42.

<sup>235</sup> Pertanto, se in casi relative all'art. 6 la Corte ha valutato come ragionevoli processi di durata anche annuale, in casi relativi all'art. 5 comma 4 essa ha valutato come eccessivi anche periodi di pochi giorni. In un caso di arresto in vista dell'extradizione dal Paese, è stato giudicato non sufficientemente rapido il periodo di 17 giorni che il tribunale nazionale aveva impiegato per decidere il ricorso presentato avverso l'ordine di detenzione (*Kadem v. Malta*, §§ 44-45). In un altro caso, il ricorrente era stato oggetto di ordini di espulsione mentre era pendente la sua richiesta di asilo, nonostante questa procedura avesse, ai sensi del diritto nazionale, effetto sospensivo del procedimento di espulsione (per espressa ammissione del governo, l'emissione di tali ordini costituiva infatti un errore da parte delle autorità amministrative); poiché avverso tali provvedimenti non era comunque disponibile un rimedio impugnatorio avente effetto automaticamente sospensivo dell'esecuzione del provvedimento, la Corte ha condannato lo Stato per violazione dell'art. 13, *M.A. v. Cyprus*, application no. 41872/10.

<sup>236</sup> Che ha ad oggetto la persona arrestata o detenuta al fine di essere tradotta davanti all'autorità giudiziaria perché si sospetta che abbia commesso o stia per commettere un reato. In tal caso la persona ha diritto ad essere tradotta davanti al giudice "al più presto", *E v. Norvegia* §64.

<sup>237</sup> Come nel caso *Embenyeli v. Russia*.

<sup>238</sup> *E v. Norvegia* § 64-66. In *Sanchez Reisse* (caso di estradizione) è stato giudicato eccessivo un periodo tra 31 e 46 giorni e in *Kadem* un periodo di tre settimane.

<sup>239</sup> *Winterwerp v. The Netherlands*, § 55. *X. v. Regno Unito*, §52.

<sup>240</sup> "L'effectivité implique des exigences", tra le altre cose, "de rapidité", in particolare "compte tenu en particulier de l'importance que la Cour attache à l'article 3 et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements", *Jabari c.*

### 6.7 Tutela cautelare e sospensione del provvedimento impugnato

Altri profili che incidono sull'effettività del ricorso sono il regime delle tutele cautelari e la possibilità per l'organo adito di assicurare una tutela provvisoria al ricorrente, valida nelle more del procedimento.

In relazione ai provvedimenti in materia di immigrazione risulta particolarmente importante la possibilità di sospendere gli effetti del provvedimento, in particolare nel caso dell'espulsione (o del respingimento) dal territorio<sup>241</sup>.

La Corte EDU riconosce, infatti, che l'allontanamento dal territorio può compromettere l'effettività del ricorso, ove questo si svolga quando lo straniero sia stato già condotto verso un altro Paese.

Essa si è quindi pronunciata in più occasioni sul regime delle tutele cautelari del ricorso e sull'opportunità di sospendere l'esecuzione dell'espulsione in pendenza di ricorso, al fine di definire quali siano gli *standard* di tutela richiesti dall'art. 13 sotto questo profilo.

---

*Turquie*, no 40035/98, § 48, CEDH 2000-VIII. 133. “Une attention particulière doit être prêtée à la rapidité du recours lui-même puisqu’il n’est pas exclu que la durée excessive d’un recours le rende inadéquat”, *Doran c. Irlande*, no 50389/99, § 57, CEDH 2003-X. I.M. c. France. Anche nel caso De Souza Ribeiro si fa riferimento al diritto a ricevere “a particularly prompt response” (§ 82). Questo profilo ha rilievo, ovviamente, anche al di fuori della materia dell'immigrazione. Ad esempio, in un caso relativo al diritto di manifestazione, la Corte ha affermato che gli organizzatori avevano diritto ad ottenere una decisione definitiva sulla liceità del diniego opposto dalle autorità di pubblica sicurezza prima del giorno previsto per lo svolgimento della manifestazione, *Alekseyev c. Russia; Baczowski e altri c. Polonia*.

<sup>241</sup> E' stato sottolineato come “l'idée que le droit à un recours effectif pourrait exiger une protection juridictionnelle provisoire est apparue dans le cadre des recours contre les mesures d'éloignement d'étrangers qui estiment être exposés à un risque sérieux de subir, suite à leur éloignement, des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention”, O. DE SCHUTTER, G. DE BECO, *Les mesures conservatoires et d'urgence susceptibles d'être adoptées par le juge national aux fins de prévenir une violation de la Convention*, in G. COHEN-JONATHAN, J-F FLAUS, E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2006, pp. 130-160. Su questo punto, già la Recommendation 1236 (1994) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa sul diritto d'asilo affermava che, il richiedente asilo che faccia ricorso avverso il rigetto della propria domanda, non può essere espulso. Nella Raccomandazione 1327 (1997) relativa alla tutela dei richiedenti asilo e rifugiati si raccomandava “de prévoir dans leur législation l'effet suspensif de tout recours juridictionnel”. Nella Recommendation R(98)13 il Comitato dei Ministri affermava che, nel caso in cui il ricorrente lamenti una violazione dell'art. 3 CEDU, “l'execution de l'ordre d'expulsion est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue”. La Raccomandazione 2001(1) del Commissario ai diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, relativa ai diritti degli stranieri che chiedono di entrare nel territorio e all'esecuzione dei provvedimenti di espulsione, afferma che “le droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire” e che “ce recours doit être suspensif de l'execution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 [CEDH]”.

La maggior parte delle sentenze sul punto si riferisce a casi in cui l'espulsione comporta un rischio di violazione dell'art. 3, in relazione ai quali i tempi di esecuzione costituiscono un problema particolarmente sensibile, per la natura irreversibile del danno che l'espulsione potrebbe comportare<sup>242</sup>.

Per quanto riguarda la possibilità di esercitare poteri cautelari in sede di ricorso avverso i provvedimenti di espulsione, la Corte ha chiarito che esso costituisce uno dei fattori che incidono sull'effettività del ricorso a partire dal caso *Jabari v. Turchia*, in cui la Turchia è stata condannata perché, tra le altre cose, il giudice amministrativo non aveva sospeso il provvedimento di espulsione impugnato dal ricorrente, nonostante il ricorso si fondasse espressamente su un rischio di violazione dell'art. 3. La Corte ha quindi dichiarato che “the notion of an effective remedy under Article 13 requires [...] the possibility of suspending the implementation of the measure impugned”<sup>243</sup>.

Tale requisito, tuttavia, non impedisce che l'espulsione possa essere eseguita prima che il giudice possa pronunciarsi in sede cautelare.

La Corte ha quindi dovuto precisare se l'art. 13 richieda o meno che il ricorso avverso il provvedimento di espulsione produca esso stesso, per il solo fatto di essere presentato, un effetto sospensivo automatico del provvedimento impugnato.

In un primo momento la Corte ha dimostrato di ritenere compatibile con l'art. 13 un sistema in cui la sospensione dell'esecuzione in pendenza di ricorso, per quanto non prevista a livello normativo, veniva osservata a livello di prassi amministrativa<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Nella maggior parte dei casi, peraltro, si tratta di ricorsi presentati da stranieri richiedenti asilo e le sentenze hanno quindi ad oggetto le procedure di riconoscimento del diritto d'asilo (che fuoriescono dalla presente indagine) ed il rapporto tra queste ed il procedimento di espulsione. Esse risultano comunque interessanti ai fini della ricerca, anche per effettuare un confronto con i diversi standard richiesti dall'art. 13 negli altri casi (ossia nel combinato disposto con l'art. 8 anziché con l'art. 3).

<sup>243</sup> “Action before the Ankara Administrative Court could not be considered an effective remedy since that court could not suspend the deportation decision with immediate effect. The court did not give detailed reasons for its decision not to suspend the applicant's deportation since the decision was an interim one and a separate decision would have been required”, *Jabari v. Turchia*. La Corte ha anche precisato che “un recours qui n'a pas pour effet de suspendre l'exécution d'une décision d'expulsion n'est pas efficace aux fins de l'article [35 CEDH] et n'a pas à être exercé lorsque le concluant allègue une violation de l'article 3 de la Convention”, *Bahaddar c. Pays-Bas*, 19 février 1998, §44.

<sup>244</sup> Nel caso *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, 30 ottobre 1991, la Corte osserva che il rimedio del *judicial review* avverso i provvedimenti di rigetto della richiesta d'asilo risulta effettivo ai sensi dell'art. 13 in quanto, tra le altre cose, “the practice is that an asylum seeker will not be removed from the United Kingdom until proceedings are complete once he has obtained leave to apply for judicial review”.

A partire dal caso *Conka v. Belgio*, invece, la Corte ha affermato in modo più chiaro che “it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention”. Pertanto la nozione di rimedio effettivo, pur ammettendo che gli Stati “are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision”, richiede comunque che “the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible”<sup>245</sup>.

Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto che le tutele avverso i provvedimenti di espulsione previste in Belgio al tempo del ricorso non fossero conformi a tale requisito in quanto, né il ricorso in annullamento presso il giudice amministrativo, né la richiesta cautelare di sospensione (anche se presentata in *extrême urgence*) avevano un effetto sospensivo dell’espulsione.

La Corte ha quindi osservato che “dans un système où la suspension est accordée sur demande, au cas par cas, elle puisse être refusée à tort”<sup>246</sup>. Inoltre, in un sistema in cui mancano meccanismi di sospensione automatica del provvedimento, dipende esclusivamente dalla volontà dell’amministrazione assicurare che l’espulsione non sia eseguita prima che il giudice abbia verificato la sua conformità all’art. 3 (o in questo caso all’art. 4 Prot. 4), anche solo in sede di esame della richiesta cautelare<sup>247</sup>. La Corte ha quindi concluso che in tali condizioni “il y a là autant d’éléments qui rendent le traitement du recours trop aléatoire pour pouvoir satisfaire aux exigences de l’article 13”.

La pronuncia è interessante perché sottolinea il principio secondo il quale “les exigences de l’article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l’ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l’arrangement

---

<sup>245</sup> Nel caso di specie, peraltro, l’art. 13 risultava applicato in combinato disposto con l’art. 4 Prot. 4 (divieto di espulsioni collettive), ma la Corte ha chiarito che in tali ipotesi lo *standard* di tutela richiesto è lo stesso previsto per le violazioni dell’art. 3. Per un’analisi della giurisprudenza in materia, con particolare attenzione per questa sentenza v. G. PERIN, *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell’accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, in *GCos* 2003, 572 ss.

<sup>246</sup> E “quand bien même ce risque d’erreur serait négligeable en pratique [...] il convient de souligner que les exigences de l’article 13 [...] sont de l’ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l’arrangement pratique”, *Conka c. Belgique*, §§ 82-83.

<sup>247</sup> Secondo il quadro normativo dell’epoca “l’administration n’est pas tenue de surseoir à l’exécution de la mesure d’expulsion tant que le référé d’extrême urgence est pendant, pas même au cours d’un délai minimum raisonnable permettant au Conseil d’Etat de statuer”.

pratique”, ossia una sorta di requisito di certezza del diritto che risulta essere implicito nel diritto ad un ricorso effettivo (come in altre disposizioni della Corte). Un principio secondo il quale, cioè, non sono effettive le tutele la cui attuazione sia rimessa alla piena discrezionalità degli operatori (in questo caso amministrazioni e giudici).

Nel merito, pertanto, la sentenza sembra propendere per la necessaria sospensività del ricorso<sup>248</sup>.

In seguito a tale sentenza, peraltro, il Belgio ha riformato la struttura dei ricorsi avverso i provvedimenti di espulsione prevedendo un effetto sospensivo automatico della richiesta cautelare urgente (*recours en suspension d'extrême urgence*)<sup>249</sup>.

In altre sentenze successive la Corte ha confermato “the importance of having remedies with suspensive effect when ruling on the obligations of the State with regard to the right to an effective remedy in deportation or extradition proceedings”, in quanto “the notion of an effective remedy under Article 13 of the Convention requires a remedy capable of preventing the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible”<sup>250</sup>.

Nella sentenza *MSS v. Belgio e Grecia*, tuttavia, la Corte ha nuovamente condannato il Belgio per violazione dell’art. 13 in combinato disposto con l’art. 3, in relazione al funzionamento del *recours en suspension d'extrême urgence*. In questa sentenza la Corte ha ribadito che, ove sussista un rischio di violazione dell’art. 3, la possibilità di proseguire il ricorso dall’estero non costituisce un rimedio effettivo per lo straniero<sup>251</sup>.

Nella fattispecie essa ha osservato che, all’epoca del ricorso, il controllo esercitato dai giudici in sede cautelare non risultava sempre sufficientemente

---

<sup>248</sup> In questo senso: “la suspension de la mesure étatique querellée pour violation des droits fondamentaux garantis par la Convention doit avoir lieu de plein droit, et être par conséquent liée à l’introduction même du recours”, O. DE SCHUTTER, op. cit., p. 138.

<sup>249</sup> Sul quale si tornerà *infra*.

<sup>250</sup> *Mamatkulov And Askarov v. Turkey* 46827/99 46951/99, §124.

<sup>251</sup> Si osserva infatti che “une fois l’intéressé éloigné, le Conseil du contentieux des étrangers déclare le recours irrecevable au motif qu’il n’a plus d’intérêt à poursuivre l’annulation de l’ordre de quitter le territoire” pertanto “s’il est vrai que, dans cet arrêt, le Conseil du contentieux des étrangers a procédé à un examen des griefs sous l’angle de l’article 3 de la Convention, la Cour n’aperçoit pas comment, à défaut d’effet suspensif, la juridiction pouvait encore offrir au requérant un redressement approprié, quand bien même elle aurait conclu à une violation de l’article 3”.

approfondito, in particolare per quanto riguarda la verifica della sussistenza di un rischio di violazione dell'art. 3 in relazione all'esecuzione dell'espulsione. Nella prassi, inoltre, poteva accadere che i ricorrenti si scontrassero con diversi ostacoli pratici nella presentazione del ricorso.

Per tali motivi la Corte ha concluso che funzionamento del *recours en suspension d'extrême urgence* all'epoca del ricorso non risultava conforme ai requisiti dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3<sup>252</sup>.

Poco prima della sentenza *M.S.S.*, la Corte aveva confermato la linea interpretativa inaugurata con la sentenza *Conka* in un'importante pronuncia a carico della Francia, in cui ha affermato che “dans l'arrêt Čonka [...] la Cour a jugé, sur le terrain de l'article 13 combiné avec l'article 4 du Protocole no 4 [...], qu'un recours ne répond pas aux exigences de cette première disposition s'il n'a pas d'effet suspensif”<sup>253</sup>.

La sentenza *Gebremedhin v. France* ha ribadito che “compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé [...] où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature, l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif”.

In risposta a tale sentenza la loi du 20 novembre 2007 ha stabilito che il ricorso al giudice amministrativo avverso il *refus d'entrée au titre d'asile* abbia effetto automaticamente sospensivo del provvedimento.

In un altro caso contro la Francia (*I.M. c. Francia*) la Corte ha stabilito che nella fattispecie il ricorrente non aveva potuto esercitare in modo effettivo il proprio diritto di ricorso *ex art. 13*, in combinato disposto con l'art. 3, a causa di una serie di fattori, tra cui la non sospensività del ricorso avverso il rigetto della domanda d'asilo.

---

<sup>252</sup> Sul punto si ritornerà *infra*.

<sup>253</sup> *Gebremedhin v. France*. La Corte ha anche ricordato la Recommandation (no R (98) 13) “sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme”, adottata dal Comitato dei ministri il 18 settembre 1998 prevede che “l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue”. Anche i “vingt principes directeurs sur le retour forcé” approvati dal Comitato dei Ministri il 4 maggio 2005 prevedono, al principio 5, che “l'exercice du recours [contre une décision d'éloignement] devrait avoir un effet suspensif si la personne à éloigner fait valoir un grief défendable prétendant qu'elle serait soumise à des traitements contraires aux droits de l'homme visés au principe directeur 2.1 [risque réel d'être exécutée ou soumise à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants]”.

La Corte ha confermato questa linea di tendenza in altre pronunce contro la Bulgaria, la Repubblica Ceca e Cipro, condannando tali Paesi perché i ricorrenti (nella maggior parte dei casi si trattava di richiedenti asilo) non avevano potuto disporre, a livello nazionale, di un ricorso sospensivo avverso provvedimenti di espulsione che presentavano un rischio di violazione dell'art. 3<sup>254</sup>.

La Corte ha precisato che tale requisito vale anche in relazione alle espulsioni motivate da ragioni di sicurezza nazionale<sup>255</sup>, e comunque non può considerarsi soddisfatto ove l'effetto sospensivo del ricorso risulti assicurato soltanto a livello di prassi amministrativa<sup>256</sup>.

Anche nel caso *Hirsi Jamaa v. Italia* in tema di respingimenti in alto mare la Corte ha confermato che la nozione di effettività del ricorso di cui all'art. 13, in combinato disposto con gli artt. 3 e 4 Prot. 4, prevede anche la necessaria sospensività del rimedio (in questo caso avverso il provvedimento di respingimento)<sup>257</sup>.

Al tempo stesso, tuttavia, occorre osservare che la Corte continua a riconoscere un c.d. "margine di apprezzamento" agli Stati, in merito alle modalità con cui si conformano ai requisiti dell'art. 13.

Nella sua giurisprudenza, pertanto, non sono mancante sentenze in cui la Corte ha ritenuto che, a certe condizioni, anche un rimedio privo di effetto sospensivo può risultare effettivo.

---

<sup>254</sup> Nel caso *Diallo v. the Czech Republic*, no. 20493/07, § 74, 23 June 2011 due richiedenti asilo la cui richiesta era stata rigettata, nessuno dei ricorsi a loro disposizione, né contro l'espulsione né contro il rigetto della richiesta d'asilo, aveva effetto sospensivo. Nel caso *Auad v. Bulgaria*, no. 46390/10, § 120, 11 October 2011 la corte ha condannato la Bulgaria perché il ricorso avverso un provvedimento di espulsione a seguito di un diniego di richiesta d'asilo non aveva effetto sospensivo. L'espulsione per motivi di sicurezza nazionale non è sospesa in pendenza della richiesta d'asilo (a differenza degli altri casi di espulsione). L'espulsione per motivi di sicurezza nazionale è immediatamente esecutiva e non può essere sospesa in via cautelare dal giudice. Nel caso *MA c. Cipro* ha condannato Cipro perché i rimedi contro le misure di espulsione che possono minacciare gli artt. 2 e 3 e contro il rigetto di una richiesta d'asilo non hanno effetto sospensivo.

<sup>255</sup> *Auad v. Bulgaria*.

<sup>256</sup> *MA c. Cipro*, § 136. The Government emphasised that an application for a provisional order was suspensive "in practice". In particular, as a matter of administrative practice, the authorities refrained from removing the person concerned until a decision had been given by the Supreme Court on the application or, in the event of an agreement being reached between the parties entailing the withdrawal of the application and an early hearing, until the end of the main proceedings.

<sup>257</sup> Sul punto v. anche Parliamentary Assembly, Resolution 1821 (2011) e Recommendation 1974 (2011), The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants. V. anche *Garabayev v. Russia* 07.06.07: *M.A. v. Cyprus* (no. 41872/10) 23/07/2013.

Nel caso *Salah Sheekh v. the Netherlands*, ad esempio, essa ha ritenuto che il ricorrente (un richiedente asilo la cui domanda era stata rigettata), pur non potendosi avvalere di un rimedio sospensivo, aveva potuto esercitare effettivamente il proprio diritto di ricorso avverso il provvedimento di espulsione, in quanto quest'ultima era stata eseguita soltanto dopo che il giudice amministrativo, in sede cautelare, aveva effettivamente accertato che l'espulsione non comportava un rischio di violazione dell'art. 3 CEDU<sup>258</sup>.

In tempi più recenti la questione degli effetti sospensivi del ricorso si è posta anche in relazione a casi di espulsione contraria all'art. 8, anziché all'art. 3.

Nel recente caso *De Souza Ribeiro v. France*, 13 dicembre 2012, la Corte si è pronunciata in relazione al fatto che nella Guiana francese, come in altri territori francesi d'oltremare, il ricorso avverso il provvedimento di espulsione non ha effetto sospensivo, in deroga a quanto previsto dal regime ordinario in vigore sul continente. Nel caso del ricorrente, in particolare, il provvedimento di espulsione era stato adottato ed eseguito in tempi particolarmente rapidi (in un arco complessivo di 36 ore)<sup>259</sup>. Sebbene il ricorrente avesse impugnato il provvedimento e chiesto la sua sospensione, il giudice amministrativo non aveva potuto pronunciarsi prima della sua esecuzione (avvenuta meno di un'ora prima dell'udienza cautelare). Dichiarata inammissibile la richiesta cautelare per carenza di interesse, il giudice ha successivamente annullato l'espulsione per violazione dell'art. 8 CEDU, permettendo al ricorrente di rientrare nel Paese, dove risiedeva la propria famiglia.

La Corte EDU ha osservato che nei casi di espulsione potenzialmente contraria all'art. 8 “l'effectivité ne requiert pas”, a differenza di quanto avviene nei casi di violazione dell'art. 3, “que les intéressés disposent d'un recours de plein droit

---

<sup>258</sup> “The Court observes that the objection which the applicant lodged on 8 January 2004 against the manner in which his expulsion was to be carried out did not automatically suspend that expulsion. However, he was able to apply to the provisional measures judge of the Regional Court of The Hague requesting that the expulsion be stayed pending a decision on his objection. [...] Bearing in mind that the word “remedy” within the meaning of Article 13 does not mean a remedy bound to succeed (see *Hilal*, cited above, § 78), and that the compatibility of the planned removal with Article 3 was examined, the Court considers that the applicant was provided with an effective remedy in respect of the manner in which his expulsion was to be carried out”. *Salah Sheekh v. the Netherlands*.

<sup>259</sup> “Interpellé le matin du 25 janvier 2007, le requérant fit l'objet d'un APRF et fut placé en rétention administrative le même jour à 10 heures, pour être ensuite éloigné le lendemain à 16 heures. Il a donc été éloigné de Guyane moins de trente-six heures après son interpellation”. Il provvedimento di espulsione, peraltro, non risultava motivato da ragioni di ordine pubblico o sicurezza nazionale, ma dal fatto che lo straniero non aveva provveduto a regolarizzare la propria condizione di soggiorno al raggiungimento della maggiore età.

suspensif”. Tuttavia essa richiede comunque “une possibilité effective de contester la décision d’expulsion ou de refus d’un permis de séjour”<sup>260</sup>.

Nel caso di specie la tempestività dell’esecuzione del provvedimento “exclut toute possibilité pour le tribunal d’examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l’article 8 de la Convention en cas de mise à exécution de la décision d’éloignement”<sup>261</sup>. Pertanto, la Corte ha ritenuto che l’art. 13 fosse stato violato in quanto “la hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles”.

Trarre una regola generale da questa pronuncia della Grande Chambre risulta difficile, in parte per l’ambiguità di alcuni passaggi<sup>262</sup>, in parte perché si tratta della prima che affronta il problema della tutela cautelare avverso i provvedimenti di espulsione che incidono sull’art. 8.

Secondo alcuni commentatori, tuttavia, alla luce di questa sentenza sarebbe già possibile affermare che la tutela effettiva ai sensi dell’art. 13 in combinato disposto con l’art. 8 richiede che il provvedimento di espulsione non possa essere eseguito prima che il giudice adito si sia pronunciato sull’istanza cautelare avanzata dal ricorrente<sup>263</sup>. Se così fosse, il modello di tutela delineato dalla sentenza *De Souza*

---

<sup>260</sup> “et d’obtenir un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente fournissant des gages suffisants d’indépendance et d’impartialité”.

<sup>261</sup> Il provvedimento stesso, inoltre, era stato adottato in tempi molto rapidi e presentava una motivazione succinta e stereotipata, che la Corte ha ritenuto sintomatica del “caractère superficiel de l’examen de la situation du requérant”.

<sup>262</sup> In questo senso anche l’opinione concorrente dei giudici Pinto de Albuquerque e Vučinić che criticano l’opinione della maggioranza per essere poco chiara: “la règle énoncée dans le raisonnement de l’arrêt de la Grande Chambre n’est pas claire, puisque le paragraphe 83 n’impose pas un recours de plein droit suspensif s’agissant d’arrêtés d’expulsion contestés sur la base d’une atteinte alléguée à la vie familiale, alors qu’au paragraphe 96 la Cour critique l’éloignement du requérant avant qu’il n’ait pu obtenir un examen de la ‘légalité de l’arrêt d’expulsion’ par une instance indépendante”.

<sup>263</sup> N. HERVIEU, *Une progression européenne en demi-teinte de l’effectivité des recours en droit des étrangers*, in *Lettre “Actualités Droits-Libertés, du CREDOF*, 16 décembre 2012. “L’arrêt De Souza Ribeiro exige donc des autorités préfectorales et policières qu’elles s’abstiennent d’exécuter la mesure d’éloignement avant que l’intéressé n’ait pu déposer un référé-suspension ou un référé-liberté. Et le cas échéant, ils doivent attendre que ce référé ait été examiné par la juridiction compétente”. Anche l’opinione concorrente dei giudici Pinto de Albuquerque e Vučinić sembra propendere per una soluzione di questo tipo, laddove osserva che l’opinione della Corte “implique qu’il ne doit pas y avoir d’éloignement avant l’examen sur le fond de l’arrêt d’expulsion”. A commento v. N. HERVIEU, *Droit des étrangers (Art. 13 et 8 CEDH) : Conventionalité de l’absence de recours suspensif contre une mesure d’expulsion “seulement” susceptible d’affecter la vie privée et familiale*, in *Lettre*

*Ribeiro* risulterebbe molto simile a quello attualmente richiesto dal diritto dell'Unione Europea per l'allontanamento dei cittadini dell'UE<sup>264</sup>.

In ogni caso, la sentenza è importante perché precisa che alcuni profili del principio di effettività della tutela – collegati ai tempi del processo – possono valere anche per lo straniero che non vanta un diritto assoluto quale l'art. 3, bensì un diritto quale l'art. 8 (che a differenza del primo, cioè, non conferisce un vero e proprio diritto a restare nel territorio, ma si limita ad introdurre dei limiti all'esercizio del potere amministrativo).

Da ultimo, è possibile osservare che il rapporto tra esecuzione del provvedimento e tempi del ricorso costituisce un elemento rilevante anche in relazione ai provvedimenti di detenzione, per il rispetto degli *standard* di tutela richiesti dall'art. 5 comma 4.

Nel caso *Conka v. Belgio*, in particolare, uno dei motivi per i quali la Corte ha ritenuto che l'art. 5 c. 4 era stato violato è che i ricorrenti, a causa della celerità con cui era stato eseguito il provvedimento di espulsione, non avevano avuto tempo di contestare la legittimità del provvedimento di detenzione di cui erano stati oggetto ai fini dell'allontanamento<sup>265</sup>.

#### 6.8 Assistenza legale, traduzione degli atti e accessibilità delle tutele

Per lo straniero la possibilità di esercitare efficacemente i propri diritti può risultare ostacolata, nella realtà, da fattori pratici quali i costi delle procedure o il bisogno di assistenza legale e linguistica. L'effettività delle tutele a livello nazionale, pertanto, dipende anche dalla possibilità accedere a benefici e servizi di questo tipo.

---

*Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 1er juillet 2011; F. JAULT-SESEKE, *Le régime dérogatoire en Guyane des arrêtés de reconduite à la frontière et la Conv. EDH*, in *Revue critique de droit international privé*, Avril-Juin 2013, p. 448.

<sup>264</sup> Si ricorda infatti che, a differenza che nella disciplina dell'espulsione dello straniero extracomunitario, la disciplina dell'allontanamento del cittadino UE prevede che il provvedimento non possa essere eseguito prima della pronuncia del giudice sulla richiesta di sospensione cautelare (v. supra capitolo 1).

<sup>265</sup> “Quoi qu'il en soit – et cet élément apparaît décisif aux yeux de la Cour – comme l'a expliqué à l'audience l'avocat des requérants, sans avoir été contredit sur ce point par le Gouvernement, il n'a été informé des événements litigieux et de la situation de ses clients que le vendredi 1er octobre 1999 à 22 h 30, ce qui rendait vain tout recours à la chambre du conseil, puisqu'en saisissant celle-ci dès le 4 octobre, l'affaire n'aurait pas pu être plaidée avant le 6 octobre, alors que les requérants ont été expulsés le 5 octobre. Ainsi, bien qu'il se considérât toujours comme mandaté par les requérants (paragraphe 21 ci-dessus), leur avocat n'a pas pu tenter de recours devant la chambre du conseil” §45.

La giurisprudenza della Corte EDU ha sviluppato questo profilo soprattutto in relazione alla nozione di equo processo, in particolare per quanto riguarda l'accesso a servizi quali il gratuito patrocinio a spese dello Stato.

L'art. 6 può in certi casi richiedere che lo Stato debba fornire – non soltanto in material penale, ma anche in material civile, servizi di assistenza legale gratuita (*free legal aid*) per i meno abbienti<sup>266</sup>. Il diritto all'equo processo può infatti risultare violato se “denial of legal aid to the applicants deprived them of the opportunity to present their case effectively before the court and contributed to an unacceptable inequality of arms”<sup>267</sup>. Il diritto al gratuito patrocinio, peraltro, non ha natura assoluta, ma è soggetto ad un sindacato di proporzionalità<sup>268</sup>.

Per quanto riguarda gli stranieri, la Corte ha inoltre precisato che l'esclusione dei migranti irregolari dall'accesso a tali benefici può in certi casi risultare discriminatoria e, quindi, contraria all'art. 14 CEDU<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> Nel caso *Airey v. Ireland*, 9 October 1979.

<sup>267</sup> *Steel And Morris v. The United Kingdom*, 15 February 2005.

<sup>268</sup> “The right to legal aid or legal assistance from the State is not absolute, and proportionate restrictions that pursue a legitimate aim are lawful. The question whether the provision of legal aid is necessary for a fair hearing must be determined on the basis of the particular facts and circumstances of each case and will depend inter alia upon the importance of what is at stake for the applicant in the proceedings, the complexity of the relevant law and procedure and the applicant’s capacity to represent him or herself effectively”, *Steel And Morris v. The United Kingdom*. In questo la giurisprudenza della Corte EDU presenta forse qualche analogia con quella della CGE, elaborata in riferimento all'art. 47 della Carta di Nizza. Anche in questo caso, infatti, la corte ha stabilito che spetta al giudice (nazionale) verificare caso per caso se il mancato accesso ai benefici fiscali costituiscono una limitazione al diritto riconosciuto dal diritto comunitario al punto da impedirne l'esercizio (*Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH v Bundesrepublik Deutschland* ('D.E.B.' – Case C-279/09)).

<sup>269</sup> Nel caso *Anakomba Yula v. Belgium* (no. 45413/07, 10 Marzo 2009, § 34-39) la ricorrente era stata esclusa dal *legal aid* in quanto irregolare e la Corte ha ritenuto che tale decisione fosse discriminatoria, considerate le particolari circostanze del caso (da un lato, la questione risultava particolarmente delicata ed urgente, trattandosi della contestazione giudiziale di paternità della propria figlia e, dall'altro lato, il permesso di soggiorno della straniera era scaduto da poco e lei aveva comunque avviato le procedure per il rinnovo). Tale sentenza afferma che “il faut des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre personnes possédant une carte de séjour et personnes n'en possédant pas”. Essa applica pertanto uno *standard* particolarmente rigoroso alle distinzioni basate sullo statuto amministrativo della persona (in questo caso la distinzione tra stranieri regolari e irregolari) e, sebbene il caso non riguardi nello specifico la materia dell'immigrazione, è stato osservato che esso potrebbe “ouvrir la porte à une réflexion plus large de la Cour et, dans son sillage, des juridictions internes, sur la légitimité et la proportionnalité des différences de traitement affectant l'émigrant dans la jouissance de droit attachée à leur seule qualité de personne”, S. SAROLÉA, *Réactions de Silvie Saroléa au texte de Jaques Englebert relatif à l'accès à la justice. Le point de vue du droit des étrangers*, in AA.VV. *Les droits de l'homme et l'efficacité de la justice*, Bruxelles, 2010, p. 151.

La giurisprudenza relativa all'art. 6, tuttavia, non risulta applicabile alla materia dell'immigrazione, come la Corte ha espressamente ricordato, anche con specifico riferimento al problema dei costi di accesso alle procedure<sup>270</sup>.

Essa ha però affermato che tali questioni, relative all'accessibilità dei rimedi assumono rilevanza anche ai sensi dell'art. 13, in quanto “l'effectivité commande des exigences de disponibilité et d'accessibilité des recours en droit comme en pratique”<sup>271</sup>.

L'accesso all'assistenza legale costituisce pertanto uno dei profili che incidono sull'effettività della tutela ai sensi dell'art. 13<sup>272</sup>.

Particolarmente problematici sono i casi in cui lo straniero si trova in stato di detenzione amministrativa, dove l'accesso all'assistenza legale o linguistica può risultare ancora più difficile.

Nel caso *Conka v. Belgium*, ad esempio, il fatto che i ricorrenti non avevano potuto usufruire, mentre si trovavano in stato detenzione amministrativa in vista dell'espulsione, di assistenza legale (o linguistica), anche a causa dei tempi particolarmente rapidi con cui era stata data esecuzione al provvedimento, ha costituito uno dei fattori per ritenere che il diritto di ricorso previsto a livello nazionale non fosse effettivo ai sensi dell'art. 13<sup>273</sup>.

La Corte ha deciso in senso analogo nel caso *I.M. c. Francia*, in cui il ricorrente, un richiedente asilo che si trovava in stato di detenzione in pendenza della propria richiesta, non aveva potuto usufruire di assistenza idonea a causa di alcune carenze nei servizi offerti all'interno del centro di detenzione.

---

<sup>270</sup> “The effect of financial restrictions on access to court [...] is a matter which the Court has had occasion to consider under Article 6 of the Convention”, ma “article 6 is not applicable to proceedings concerning the legality of an alien's residence” *G.R. v. The Netherlands* 22251/07.

<sup>271</sup> *V. ex multis M.S.S. v. Belgio e Grecia*, § 318, *I.M. c. Francia*, § 150. Pertanto, dalla non applicazione dell'art. 6 “it does not follow [...] that principles of ‘access to court’ which the Court has developed under Article 6 § 1 of the Convention are irrelevant to Article 13” in quanto “as the Court has pointed out many a time, the two Articles overlap, the former being a *lex specialis* of, and absorbing, the latter when the substantive right claimed is “civil” in nature or the case concerns the determination of a “criminal charge” *G.R. v. The Netherlands* 22251/07.

<sup>272</sup> E' interessante osservare che anche la giurisprudenza comunitaria riconosce questo principio nella nota sentenza *Johnston C-222/1984*. In tale pronuncia, peraltro, la Corte fa espresso riferimento anche agli artt. 6 e 13 CEDU.

<sup>273</sup> “The circumstances voluntarily created by the authorities must be such as to afford applicants a realistic possibility of using the remedy”, §§ 46 and 55.

Anche nel caso *Hirsi Jamaa c. Italia*, la mancanza di assistenza legale e linguistica a bordo delle navi che avevano realizzato i respingimenti verso la Libia ha costituito uno degli elementi che la Corte ha sottolineato, nel ritenere non conformi ai requisiti dell'art. 13 le modalità di esecuzione dei respingimenti.

In un caso recente, invece, la Corte ha ritenuto contrario all'art. 13 il diniego di un'esenzione, per motivi di reddito, dal pagamento del contributo per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi familiari (applicando la nozione di effettività ad un procedimento amministrativo, anziché ad un ricorso)<sup>274</sup>.

L'accesso all'assistenza legale rileva non soltanto ai sensi dell'art. 13, ma anche ai sensi dell'art. 5, c. 4, in relazione alla tutela avverso i provvedimenti di detenzione.

Nel caso *Chahal v. Regno Unito*, ad esempio, il fatto che il ricorrente non avesse avuto diritto ad un difensore – in sede di ricorso avverso un provvedimento di detenzione in vista dell'espulsione per motivi di sicurezza nazionale – ha costituito uno degli elementi per stabilire che l'organo competente a decidere tali ricorsi non poteva costituire un "tribunale" ai sensi dell'art. 5 c. 4<sup>275</sup>.

Infine, per quanto riguarda la traduzione degli atti, soltanto in relazione al provvedimento di detenzione è previsto un diritto della persona ad "essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico" (art. 5, c. 4)<sup>276</sup>.

---

<sup>274</sup> Nel caso *G.R. v. The Netherlands* "the complaint was whether the administrative charge constituted a bar on access to the proceedings to obtain a residence permit" e "the problem before the Court is similar to that of the effect of financial restrictions on access to court", poiché "the applicant did not have available to him an 'effective remedy' appropriate to his complaint under Article 8 of the Convention". Nel merito la Corte ha ritenuto che il contributo fosse sproporzionato rispetto al reddito del ricorrente e che la sua richiesta di esenzione fosse stata rigettata, sia in sede amministrativa sia in sede di ricorso, sulla base di un formalismo. Tutto ciò "unjustifiably hindered the applicant's use of an otherwise effective domestic remedy". La sentenza è interessante, tra le altre cose, anche perché applica gli standard dell'art. 13 ad un procedimento amministrativo anziché ad un ricorso, sulla base di un'analogia tra il problema dei costi del processo (come ostacolo all'accesso alla giustizia per soggetti meno abbienti) e quello dei costi del procedimento amministrativo (come ostacolo alla possibilità di ottenere un provvedimento positivo che interessa la vita familiare della persona).

<sup>275</sup> Nel caso *Boumar v. Belgio* l'assistenza legale è stata ritenuta necessaria in un caso di detenzione di minore.

<sup>276</sup> Si tratta dello stesso diritto previsto dall'art. 6 in relazione alle accuse penali ("ogni accusato a diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico". La conoscenza della lingua è prevista anche nell'art. 5 comma 2 e si applica a tutti i casi di privazione della libertà di cui all'art. 5. V. Comm. EDU X. C. *Regno Unito* §103, Comm. EDU H. *Wilhelmina van der Leer*, §105.

Anche in relazione ai provvedimenti di espulsione, tuttavia, la Corte EDU riconosce che la notificazione del provvedimento in una lingua conosciuta al destinatario costituisce uno degli elementi strumentali all'esercizio delle tutele procedurali di cui all'art. 1 Prot. 7<sup>277</sup>.

### 6.9 *Il bilanciamento tra tutele processuali e ragioni di sicurezza nazionale*

Uno dei profili problematici della materia dell'immigrazione è la presenza di procedure speciali per l'adozione di provvedimenti a tutela di interessi pubblici particolarmente sensibili come la sicurezza nazionale, che possono prevedere una riduzione delle garanzie di difesa dello straniero, al fine di favorire l'efficacia e la tempestività dell'azione dell'amministrazione, o di proteggere la segretezza delle informazioni in suo possesso.

La giurisprudenza della Corte EDU ha quindi dovuto affrontare, tra le altre cose, anche la questione del bilanciamento tra le garanzie di equo processo a favore dello straniero e l'esigenza di protezione della sicurezza nazionale, stabilendo in che misura ed in che modi esso può risultare ammissibile.

Su questo punto, la Commissione aveva già riconosciuto che, in presenza di esigenze di sicurezza nazionale che impongono la riservatezza di certe informazioni (in questo caso si trattava della predisposizione di misure di sorveglianza segrete a carico di persone sospette di determinati reati), l'art. 13 richiede allo Stato di rendere disponibili alla persona rimedi "as effective as can be", ammettendo una riduzione delle ordinarie garanzie di equo processo ed effettività del ricorso, alla luce delle citate esigenze di segretezza<sup>278</sup>.

Nell'applicazione di questo principio ai provvedimenti in materia di immigrazione, tuttavia, la Corte EDU sembra richiedere particolari cautele, in ragione dell'importanza dei diritti colpiti da tali misure.

Nei casi in cui vi sia un rischio di violazione dell'art. 3 la Corte è chiara nell'affermare che non è ammesso alcun tipo di bilanciamento e che l'esigenza di

---

<sup>277</sup> In un caso recente la Corte ha affermato che l'art. 1 Prot. 7 era stato violato in quanto, tra le altre cose, "it appears that the decision on the applicant's expulsion was served on him on the date of his departure, in a language he did not understand and in circumstances which prevented him from being represented or submitting any reasons against his expulsion", *Nowak v. Ukraine* 60846/10.

<sup>278</sup> *Klass and Others v. Germany*, 6 September 1978; *Leander v. Sweden*, 26 March 1987, §. 84.

impedire torture o trattamenti degradanti prevale anche rispetto all'interesse alla sicurezza dello Stato<sup>279</sup>.

Sotto il profilo delle tutele processuali, in particolare, nel noto caso *Chahal* essa ha osservato che le esigenze di sicurezza nazionale risultano irrilevanti, nei casi in cui l'espulsione di uno straniero comporti un rischio di violazione dell'art. 3 CEDU, che richiede uno *standard* di tutela più alto rispetto a quello precedentemente elaborato dalla Commissione<sup>280</sup>.

In particolare, sebbene la Corte riconosca che “the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake”, essa ribadisce nondimeno che “this does not mean [...] that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved”<sup>281</sup>.

Nel caso *A and others v. United Kingdom* la Corte ha ritenuto che la nuova procedura introdotta dal Regno Unito a seguito del caso *Chahal* fosse compatibile con l'art. 5, precisando però che l'amministrazione, anche in presenza di esigenze di segretezza in casi che interessano la sicurezza nazionale, deve rendere noti allo straniero un numero sufficiente di elementi a suo carico per permettergli di esercitare efficacemente la propria difesa. Inoltre, la decisione amministrativa in merito all'opportunità di segretare determinate informazioni deve comunque essere soggetta al controllo di un organo indipendente<sup>282</sup>.

In un secondo gruppo di sentenze la Corte ha dedotto importanti *standard* di tutela anche dall'applicazione dell'art. 8 (sia considerato individualmente, sia in combinato disposto con l'art. 13) in relazione a provvedimenti di espulsione per ragioni di sicurezza nazionale che costituiscono un'interferenza con la vita privata e familiare dello straniero.

---

<sup>279</sup> V. *Ramirez Sanchez c. Francia, Saadi c. Italia*. V. sul punto B. CONCOLINO, *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1109 ss; M. PACINI, *Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 1081 ss.

<sup>280</sup> “The requirement of a remedy which is ‘as effective as can be’ is not appropriate in respect of a complaint that a person’s deportation will expose him or her to a real risk of treatment in breach of Article 3 (art. 3), where the issues concerning national security are immaterial”, §150.

<sup>281</sup> *Chahal*, § 131.

<sup>282</sup> Nel caso inglese la Corte ha osservato che “SIAC [...] was best placed to ensure that no material was unnecessarily withheld from the detainee”, *A and others v. the United Kingdom*.

In tali circostanze essa ha riconosciuto che “where national security considerations are involved, certain limitations on the types of remedies available to the individual may be justified”, ma ha altresì ribadito che “that can by no means justify doing away with remedies altogether whenever the executive has chosen to invoke the term ‘national security’”, in quanto l’art. 13 richiede comunque il rispetto di un minimo livello di tutela<sup>283</sup>.

Anche il requisito di legalità prescritto dall’art. 8 può subire delle limitazioni in presenza di esigenze di sicurezza nazionale. In particolare, il requisito della “prevedibilità” del parametro normativo di riferimento non richiede che le ipotesi di espulsione per motivi di sicurezza nazionale siano enumerate dal legislatore, trattandosi di una nozione che non si presta ad essere definita *ex ante*, ma necessariamente richiede l’esercizio di margini di discrezionalità da parte dell’amministrazione<sup>284</sup>.

Ciononostante, la Corte ribadisce che anche in tali casi è necessario che siano previste a livello nazionale idonee garanzie affinché tale discrezionalità sia esercitata in senso conforme a legge e senza abusi<sup>285</sup>.

In particolare, le nozioni di “legalità” e “rule of law” in una società democratica richiedono che, anche nei casi che interessano la tutela della sicurezza nazionale, i provvedimenti che possono incidere sui diritti fondamentali della persona siano soggetti ad un procedimento in contraddittorio, davanti ad un’autorità indipendente competente a sindacare le ragioni del provvedimento e gli elementi di fatto su cui si fonda<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Nel caso *Al Nashif c. Bulgaria*, 50963/99, 20 giugno 2002, relativo ad un caso di espulsione di un apolide di origine palestinese, la Corte ha affermato che le garanzie che l’art. 13 richiederebbe “as a minimum” sono quelle relative a: la conoscenza dei motivi dell’espulsione (cui l’autorità giudicante deve avere accesso, anche se non sono accessibili al pubblico), il potere di rigettare le ragioni dell’esecutivo circa la sussistenza di una minaccia per la sicurezza nazionale (di cui l’autorità giudicante deve poter disporre, se ritiene tali ragioni arbitrarie o irragionevoli), la possibilità di valutare il bilanciamento tra interesse collettivo e interesse individuale o il carattere contraddittorio del procedimento.

<sup>284</sup> “‘Foreseeability’ of the law does not go so far as to compel States to enact legal provisions listing in detail all conduct that may prompt a decision to deport an individual on national security grounds. By the nature of things, threats to national security may vary in character and may be unanticipated or difficult to define in advance” *Al-Nashif*, § 121.

<sup>285</sup> “There must, however, be safeguards to ensure that the discretion left to the executive is exercised in accordance with the law and without abuse *Al Nashif c. Bulgaria*, 122.

<sup>286</sup> “Even where national security is at stake, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights must be subject to some

Su queste basi la Corte ha emesso diverse sentenze di condanna, in particolare a carico della Bulgaria, per violazione degli artt. 8 e 13 in relazione al sistema di tutele previste avverso i provvedimenti di espulsione motivati da ragioni di sicurezza nazionale. Per un certo periodo di tempo, infatti, la legge sul procedimento amministrativo ha sottratto i provvedimenti adottati per ragioni di sicurezza nazionale all'obbligo di motivazione e a qualsiasi forma di sindacato giurisdizionale.

Nella sentenza *Al-Nashif* la Corte ha dichiarato che tale sistema costituiva una violazione degli artt. 8 e 13, che prevedono un diritto di accedere ad un ricorso presso un'autorità indipendente, che abbia il potere di sindacare la valutazione dell'amministrazione sul fatto che lo straniero possa costituire una minaccia per la sicurezza nazionale (e il potere di "reject" tale decisione, ove la giudichi "arbitrary or unreasonable"). Inoltre l'organo adito deve poter conoscere le ragioni su cui si fonda il provvedimento (anche ove non possano essere rese pubbliche) per poterlo sindacare<sup>287</sup>.

Sotto il profilo processuale, invece, il ricorso deve assicurare comunque una qualche forma di contraddittorio ("some form of adversarial proceedings")<sup>288</sup>.

La Corte ha inoltre precisato che l'esistenza di motivi di sicurezza nazionale non esime l'organo adito in sede di ricorso dal verificare se la misura interferisca con la vita privata e familiare della persona e, in tal caso, se rispetti o meno i parametri di cui all'art. 8<sup>289</sup>.

In risposta a tale pronuncia il Consiglio di Stato della Bulgaria ha modificato la propria prassi, stabilendo che i ricorsi avverso i provvedimenti adottati per ragioni di sicurezza nazionale sarebbero stati ritenuti ammissibili. Ciononostante, la Corte EDU ha emesso nuove sentenze di condanna a carico di quel Paese, perché il

---

form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the decision and relevant evidence, if need be with appropriate procedural limitations on the use of classified information", *Al Nashif*.

<sup>287</sup> "the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available" *Al Nashif*.

<sup>288</sup> "if need be through a special representative after a security clearance" (il riferimento, come si vedrà, è alla particolare procedura prevista nel Regno Unito).

<sup>289</sup> "the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined" *Al Nashif*.

sindacato esercitato dai giudici amministrativi risultava molto limitato e, pertanto, non conforme ai requisiti di effettività richiesti dagli artt. 8 e 13.

La Corte ha precisato che le esigenze di legalità di cui all'art. 8 impongono ai giudici di verificare che le valutazioni dell'amministrazione sul fatto che lo straniero rappresenta una minaccia per la sicurezza nazionale si fondino su fatti specifici e provati<sup>290</sup>.

A questo fine, si ribadisce che la mancanza di un'idonea motivazione, che renda conto dei fatti su cui si fonda il provvedimento (nel caso di specie si trattava di un'espulsione) compromette il diritto di difesa del destinatario in sede di ricorso<sup>291</sup>.

Il rispetto dell'art. 8, inoltre, richiede che le ragioni di sicurezza nazionale siano comunque bilanciate con l'interesse a tutelare la vita privata e familiare, nei vari fattori che la compongono. Anche in presenza di ragioni di sicurezza nazionale, pertanto, le corti devono esercitare un sindacato di proporzionalità sul provvedimento adottato, ove risulti che esso interferisce con la vita privata e familiare dello straniero<sup>292</sup>.

Inoltre, la nozione stessa di sicurezza nazionale, per quanto ampia, non può essere estesa "beyond its natural meaning". In questo senso, per quanto la sua definizione spetti anzitutto all'amministrazione, essa non può essere sottratta al

---

<sup>290</sup> Nel caso *C.G. and Others v. Bulgaria* la Corte ha deciso che la Bulgaria aveva violato l'art. 8 perché, tra le altre cose, "the courts had not examined whether the executive had been able to demonstrate the existence of specific facts serving as a basis for their assessments that Mr C.G. had presented a national security risk, and had instead rested their rulings solely on uncorroborated averments of the Ministry of the Interior" svolgendo una "purely formal examination of the decision to expel". Anche nel caso *Kaushal and others c. Bulgaria* la Corte ha constatato che "the domestic courts which reviewed the executive's decision to expel Mr Kaushal failed to verify the factual circumstances on which that decision had been based".

<sup>291</sup> "The Court finds it particularly striking that the decision to expel the first applicant made no mention of the factual grounds on which it was made", "it simply cited the applicable legal provisions and stated that he "present[ed] a serious threat to national security"; this conclusion was based on unspecified information contained in a secret internal document", pertanto "lacking even outline knowledge of the facts which had served as a basis for this assessment, the first applicant was not able to present his case adequately in the ensuing appeal to the Minister of Internal Affairs and in the judicial review proceedings" *C.G. and Others v. Bulgaria*.

<sup>292</sup> Nel caso *C.G. and Others v. Bulgaria* la Corte ha ritenuto che l'art. 8 fosse stato violato in quanto, tra le altre cose, i giudici amministrativi non avevano preso in considerazione la situazione familiare dello straniero (i cui figli di 7 e 13 anni, che avrebbero dovuto seguire il padre in caso di espulsione verso un altro Paese, erano nati e cresciuti in Bulgaria e pertanto "would encounter serious difficulties in adapting to life in another country"). Di conseguenza, esse non avevano valutato la proporzionalità del provvedimento di espulsione rispetto allo scopo perseguito.

sindacato di ragionevolezza, conformità a legge e non arbitrarietà (svolto, se non da una corte, quantomeno da un'autorità indipendente)<sup>293</sup>.

La Corte stessa, peraltro, ha dimostrato di essere disposta ad esercitare un sindacato sulla definizione di “sicurezza nazionale” fornita a livello statale (ad esempio, dove ha precisato che la lotta al traffico di stupefacenti sembra fuoriuscire da tale nozione)<sup>294</sup>.

La nozione di “sicurezza nazionale”, che può richiedere una riduzione delle garanzie processuali per lo straniero, in ragione della delicatezza della materia, non può quindi essere ampliata oltre i suoi “limiti naturali” fino ad includere fattispecie di minore gravità in relazione alle quali tale riduzione di garanzie non risulterebbe giustificata<sup>295</sup>.

Alla luce di questa giurisprudenza è possibile osservare come il sistema di tutele offerto ai diritti di cui agli artt. 3 e 8 (sia applicati da soli, sia in combinato disposto con l'art. 13), abbia permesso alla Corte EDU di elaborare *standard* di tutela processuale significativi, validi anche rispetto a provvedimenti amministrativi come quelli che interessano la sicurezza nazionale, in relazione ai quali risultano tradizionalmente più ampi, tanto i margini di discrezionalità dell'amministrazione

---

<sup>293</sup> “The individual must be able to challenge the executive’s assertion that national security is at stake. While the executive’s assessment of what poses a threat to national security will naturally be of significant weight, the independent authority or court must be able to react in cases where the invocation of this concept has no reasonable basis in the facts or reveals an interpretation of ‘national security’ that is unlawful or contrary to common sense and arbitrary” *C.G. and Others v. Bulgaria*, v. anche *Al-Nashif*, §§ 119-24, e *Lupsa*, §§ 33.

<sup>294</sup> Nel caso *C.G. and Others v. Bulgaria* il ricorrente era accusato di essere coinvolto nel traffico di stupefacenti. La Corte EDU, dopo aver verificato che il giudice amministrativo nazionale non aveva accertato se tali accuse si fondassero su fatti specifici e provati, ha concluso che l'art. 8 era stato violato perché, tra le altre ragioni, “the national courts had allowed the executive to stretch the notion of national security beyond its natural meaning, as Mr C.G.’s expulsion had been justified on the basis of his alleged involvement in unlawful trafficking in narcotic drugs”. In particolare, per quanto “it is true that the notion of “national security” is not capable of being comprehensively defined” e “it may, indeed, be a very wide one, with a large margin of appreciation left to the executive to determine what is in the interests of that security”, cionondimeno “it can hardly be said, on any reasonable definition of the term, that the acts alleged against the first applicant – as grave as they may be, regard being had to the devastating effects drugs have on people’s lives – were capable of impinging on the national security of Bulgaria or could serve as a sound factual basis for the conclusion that, if not expelled, he would present a national security risk in the future” §43.

<sup>295</sup> “While actions taken in the interests of national security may, in view of the sensitivity of the subject-matter and the serious potential consequences for the safety of the community, attract considerably less in terms of guarantees than might otherwise be the case, an expulsion designed to forestall lesser evils such as run-of-the-mill criminal activities may have to be reviewed in proceedings providing a higher degree of protection of the individual” *C.G. and Others v. Bulgaria*.

rispetto al controllo del legislatore e delle corti, quanto i margini di apprezzamento lasciati agli Stati dal diritto internazionale<sup>296</sup>.

#### 6.10 *Il bilanciamento tra tutele processuali e ragioni di organizzazione*

Le difficoltà che il fenomeno dell’immigrazione può porre per le strutture amministrative e giurisdizionali degli Stati – per la necessità di predisporre mezzi, strutture e procedure adeguate ad affrontarlo – emerge più volte come profilo problematico nelle sentenze della Corte EDU.

In più occasioni, ad esempio, la Corte si è dovuta pronunciare in relazione al funzionamento delle procedure predisposte dagli Stati per l’accoglimento dei richiedenti asilo, messe talvolta alla prova durante periodi di forte pressione migratoria (come avvenuto di recente con l’aumento dell’immigrazione proveniente dal Nord-Africa, a partire dal 2009).

Nel caso *M.S.S. v. Belgio e Grecia*, ad esempio, essa ha esaminato le condizioni di accoglimento dei richiedenti asilo in Grecia, giudicandole inadeguate per la mancanza di strutture, per le condizioni degradanti della detenzione amministrativa e perché esponevano i richiedenti asilo al rischio concreto di essere espulsi verso Paesi non sicuri, in violazione dell’art. 3.

Pur riconoscendo le difficoltà in cui il Paese versava all’epoca dei fatti – essendo interessato da un forte aumento della pressione migratoria, dalla necessità di accogliere un numero consistente di richiedenti asilo ed essendo colpito, al contempo, dagli effetti della crisi economica – la Corte ha affermato che tali

---

<sup>296</sup> E’ stato osservato che tali tutele risulterebbero anche maggiori rispetto a quelle previste dall’art. 1 Prot. 7, che invece prevede eccezioni espresso per le ipotesi di sicurezza nazionale. “The decision in *Al-Nashif* on procedural safeguards in the context of both Article 8 and Article 13 ECHR contrasts sharply with the requirements under Article 1 Protocol 7 ECHR [...]. Once again we thus find that the visibility of the interests of non-nationals appears to improve if there are a limited number of well-known and recognized fundamental rights involved in the decision to deport or expel these individuals”, G. CORNELISSE, cit. p. 202. Al pari della ECHR, anche la CGE svolge una funzione di controllo sul ricorso da parte degli Stati alla nozione di sicurezza nazionale, come giustificazione per la mancata applicazione di determinate tutele procedurali. Nel citato caso *ZZ c. Secretary of State for the Home Department* (C-300/11, 4 giugno 2013), essa ha affermato che l’eccezione al principio di motivazione dei provvedimenti limitativi del diritto di circolazione dei cittadini comunitari, ammessa per ragioni di sicurezza nazionale dall’art. 30 della direttiva 2004/38/CE, deve essere interpretata restrittivamente alla luce dell’art. 47 della Carta di Nizza. Anche in questo caso viene ribadita l’importanza del controllo giurisdizionale esercitato a livello nazionale, affermando che il giudice nazionale deve assicurarsi che la mancata comunicazione della motivazione all’interessato sia limitata allo stretto necessario e che, in ogni caso, sia comunicata all’interessato la sostanza di detti motivi.

circostanze non potevano esimere la Grecia dal dovere di osservare adeguati *standard* di protezione dei diritti umani, in particolare nell'applicazione di una norma fondamentale come l'art. 3<sup>297</sup>.

In altri casi la Corte si è dovuta pronunciare in relazione alla tendenza di alcuni Stati a predisporre, per ragioni di efficienza, procedure rapide e semplificate per il trattamento di certi tipi di richieste d'asilo.

Nella sentenza *Sultani c. Francia*, essa ha dichiarato che l'applicazione della *procédure prioritaire* per l'esame in appello della richiesta d'asilo dei ricorrenti non aveva comportato una violazione dell'art. 3 perché le loro richieste erano state comunque esaminate in modo sufficientemente approfondito in primo grado.

Nel caso *IM c. Francia*, invece, la Corte ha dichiarato che l'applicazione di tale procedura in primo grado può comportare una violazione degli artt. 3 e 13 ove, come era avvenuto nel caso di specie, non offra sufficienti garanzie e rimedi avverso il rischio di subire un'espulsione contraria all'art. 3.

La Corte ha quindi precisato che, pur essendo “consciente de la nécessité pour les Etats confrontés à un grand nombre de demandeurs d’asile de disposer des moyens nécessaires pour faire face à un tel contentieux, ainsi que des risques d’engorgement du système évoqués par le Gouvernement”, nel caso di specie “le classement de la demande d’asile du requérant en procédure prioritaire a abouti à un traitement extrêmement rapide, voire sommaire de cette demande” e una serie di ostacoli pratici avevano “affecté en pratique la capacité du requérant à faire valoir le bien-fondé de ses griefs tirés de l’article 3 de la Convention”.

In altri casi, la possibilità per lo straniero di esercitare i propri diritti in modo effettivo può risultare ostacolata dalle particolari tecniche adottate dagli Stati nella c.d. lotta all'immigrazione clandestina, ovvero per assicurare il controllo sugli ingressi e le presenze straniere sul territorio e per garantire il rispetto della relativa disciplina.

---

<sup>297</sup> “States which form the external borders of the European Union are currently experiencing considerable difficulties in coping with the increasing influx of migrants and asylum seekers. The situation is exacerbated by the transfers of asylum seekers by other Member States in application of the Dublin Regulation”. The Court does not underestimate the burden and pressure this situation places on the States concerned, which are all the greater in the present context of economic crisis. It is particularly aware of the difficulties involved in the reception of migrants and asylum seekers on their arrival at major international airports and of the disproportionate number of asylum seekers when compared to the capacities of some of these States. However, having regard to the absolute character of Article 3, that cannot absolve a State of its obligations under that provision”.

Nel caso *Hirsi Jamaa*, ad esempio, essa ha dovuto decidere se fosse compatibile con gli art. 3 e 13 (tra gli altri) la prassi dei respingimenti in alto mare operati dallo Stato italiano verso la Libia, come forma di contrasto all'immigrazione proveniente da tale Paese.

In quell'occasione la Corte ha concluso che lo Stato italiano aveva violato le proprie obbligazioni, perché la prassi dei respingimenti in alto mare non assicurava agli stranieri respinti sufficiente protezione dal rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. Essa ha infatti ribadito che, pur essendo consapevole delle difficoltà che gli Stati collocati ai confine esterni dell'Europa attraversano, nel contrasto all'immigrazione c.d. clandestina, ciò non può esimere tali Paesi dai loro obblighi di rispetto dei parametri CEDU<sup>298</sup>.

La sentenza è importante anche perché ribadisce che, ove le esigenze di efficienza ed effettività dell'azione amministrativa richiedano l'esercizio di funzioni amministrative in sede extraterritoriale, ciò non esime gli Stati dai loro obblighi di rispetto dei diritti CEDU<sup>299</sup>.

Nel caso *De Souza Ribeiro*, invece, essa ha dovuto pronunciarsi in ordine alla scelta dell'ordinamento francese di applicare, in alcuni territori d'oltremare interessati da una forte pressione migratoria, una disciplina speciale del processo amministrativo avverso i provvedimenti in materia di immigrazione, favorendo l'efficacia dei provvedimenti di espulsione a scapito delle garanzie processuali per lo straniero<sup>300</sup>.

---

<sup>298</sup> “The States which form the external borders of the European Union are currently experiencing considerable difficulties in coping with the increasing influx of migrants and asylum-seekers” e che “it does not underestimate the burden and pressure this situation places on the States concerned, which are all the greater in the present context of economic crisis”. Nella fattispecie “it is particularly aware of the difficulties related to the phenomenon of migration by sea, involving for States additional complications in controlling the borders in southern Europe”. Tuttavia “having regard to the absolute character of the rights secured by Article 3, that cannot absolve a State of its obligations under that provision”.

<sup>299</sup> Tale considerazione appare particolarmente rilevante in relazione alla tendenza degli Stati ad esternalizzare l'esercizio di alcune delle proprie funzioni. B. RYAN, V. MITSILEGAS (a cura di), *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges. The ExtraTerritorialisation of EU Migration policies and the Rule of Law (with Jorrit J. Rijpma)*, EUI Working Papers, LAW No. 2007/1.

<sup>300</sup> Come si ricorderà, la disciplina processuale vigente in Guiana francese prevedeva una deroga alla regola, vigente sul continente, della automatica sospensività del ricorso avverso il provvedimento di espulsione.

La Corte ha ritenuto non condivisibili le ragioni espresse dal governo francese perché<sup>301</sup>, pur dichiarandosi “consciente de la nécessité pour les Etats de lutter contre l’immigration clandestine et de disposer des moyens nécessaires pour faire face à de tels phénomènes, tout en organisant les voies de recours internes de façon à tenir compte des contraintes et situations nationales”, e riconoscendo che “les Etats jouissent d’une certaine marge d’appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur impose l’article 13 de la Convention”, essa ha osservato che “celle-ci ne saurait permettre [come era avvenuto nel caso di specie] de dénier au requérant la possibilité de disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d’éloignement arbitraire”<sup>302</sup>.

Anche in questo caso la Corte ha ribadito che gli Stati non possono esimersi – anche ove si trovino in condizione di difficoltà – dal rispettare certi *standard* minimi di tutela dei diritti umani, non soltanto nel rispetto dell’art. 3, ma anche in relazione al rispetto della vita privata e familiare dello straniero (v. art. 8, come nel caso di specie).

Un altro problema sollevato dagli Stati in sede CEDU è quello della gestione del contenzioso in materia di immigrazione, che in alcuni Paesi – come più avanti si vedrà – ha assunto dimensioni consistenti e talvolta problematiche.

In questo quadro, risulta particolarmente cruciale la disciplina della sospensione del provvedimento di espulsione e la possibilità che al ricorso in materia sia riconosciuto un effetto automaticamente sospensivo.

Gli Stati, infatti, avanzano il timore che le tutele in materia si prestino ad un uso strumentale e financo abusivo, consistente nel presentare ricorso principalmente allo scopo di ottenere, per quel tramite, una possibilità di prolungare la propria presenza sul territorio, perlomeno durante la pendenza del giudizio.

Sotto questo profilo, circa il “risque d’engorgement des juridictions” (“pouvant entraîner des conséquences contraires à la bonne administration de la

---

<sup>301</sup> “Quant à la situation géographique de la Guyane, et à la forte pression migratoire subie par ce département-région d’outre-mer, le Gouvernement soutient que ces éléments justifieraient le régime d’exception prévu par la législation ainsi que son fonctionnement. Au vu du cas d’espèce, la Cour ne saurait souscrire à cette analyse”.

<sup>302</sup> Nel caso di specie i tempi particolarmente rapidi di esecuzione del provvedimento di espulsione avevano impedito al giudice di esprimersi in sede cautelare in ordine alla compatibilità dell’espulsione con l’art. 8 prima che il ricorrente fosse allontanato dal territorio, privandolo quindi di un ricorso effettivo ai sensi dell’art. 13.

justice”)<sup>303</sup>, e “l’engorgement du rôle du Conseil d’Etat et [les] risques d’abus”<sup>304</sup>, la Corte ha osservato che la “tout comme l’article 6 de la Convention, l’article 13 astreint les Etats contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de cette disposition”.

Ancora una volta la Corte ha ribadito che le difficoltà organizzative lamentate dagli Stati non possono costituire una giustificazione per compromettere il rispetto degli obblighi di tutela imposti dalla CEDU<sup>305</sup>.

Al contrario, la tutela dei diritti umani ed il principio dell’effettività delle tutele costituiscono essi stessi i principi fondamentali in funzione dei quali devono essere organizzate le funzioni giurisdizionali (e amministrative) dello Stato.

La Corte ha anche ribadito che “il y a lieu de souligner l’importance de l’article 13 en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention”.

L’effettività delle tutele offerte a livello nazionale, infatti, svolge un ruolo essenziale per il rispetto del principio di sussidiarietà – in base al quale, come già si è detto, la tutela dei diritti CEDU deve essere assicurata prima di tutto a livello nazionale – e per la preservazione del carattere sussidiario delle tutele offerte dalla Corte EDU rispetto a quelle offerte dagli Stati.

Il mancato rispetto dei diritti umani nell’esercizio delle funzioni amministrative e la scarsa effettività delle tutele giurisdizionali offerte a livello statale si possono riflettere negativamente sul funzionamento del sistema di tutele offerte a livello europeo, che non avrebbe le risorse per operare come una sorta di sostituto rispetto alle lacune presenti a livello nazionale<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> *De Souza Ribeiro c. France.*

<sup>304</sup> *Conka c. Belgio.*

<sup>305</sup> Come più avanti si vedrà, sia nel caso francese (*De Souza Ribeiro*) che in quello belga (*Conka*), le pronunce della Corte hanno richiesto un miglioramento degli standard di tutela offerti a livello statale, sulla base di un diverso bilanciamento tra esigenze di organizzazione ed esigenze di tutela.

<sup>306</sup> Proprio con riferimento al problema della sospensione dei provvedimenti di espulsione, come si è ricordato la Corte EDU stessa ha conosciuto – tra il 2009 ed il 2011 – uno straordinario afflusso di richieste di sospensione *ex art. 39* del proprio Regolamento, in relazione a provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale. In diverse occasioni, inoltre, la presenza di un ordine di sospensione emesso dalla Corte ha costituito l’unica tutela avverso il rischio di *refoulement* per gli stranieri ricorrenti. Come si è detto, l’episodio ha portato l’allora Presidente della Corte EDU a rilasciare una dichiarazione rivolta agli Stati, in cui ha ricordato, tra le altre cose, la necessità di rispettare il principio di sussidiarietà e l’importanza di assicurare tutele effettive a livello statale, anche di tipo sospensivo.



## CAPITOLO TERZO

### L'ESPERIENZA DI ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI

#### 1. *La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione, in alcuni ordinamenti Europei*

Il tema della tutela giurisdizionale dello straniero può essere arricchito dall'analisi comparatistica, per verificare quali siano gli strumenti amministrativistici posti in campo dai vari Stati nel tentativo di regolare il fenomeno dell'immigrazione (che costituisce ormai un fatto comune a tutta l'Europa), e per analizzare le rispettive tutele riconosciute in capo agli stranieri, anche al fine di misurare analogie e differenze rispetto al sistema italiano.

La selezione di tre ordinamenti in cui l'impatto della CEDU appare più evidente ed immediato di quanto non si riscontri nel caso italiano – per ragioni che presto si spiegheranno – permette inoltre di comprendere meglio l'effetto che questa fonte esercita, o può esercitare, sui diritti nazionali.

La comparazione svolta in questo senso appare quindi, non soltanto possibile<sup>1</sup>, ma anche utile<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La comparazione diventa possibile quando “ovunque sono apparsi ed appaiono gli stessi problemi”, che nel caso del diritto amministrativo sono quelli “di un problematico rapporto tra i *poteri di autorità amministrative* e i *diritti e gli interessi* (comunque denominati) di coloro che a tali poteri devono bene o male sottostare”, G. FALCON, *Prefazione* a B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, p. XV. Lo stesso è valido nel settore specifico del diritto (amministrativo) dell'immigrazione, al cuore dei cui problemi c'è sempre – se pure declinato in termini più particolari – quel dualismo tra libertà e autorità che costituisce la cifra costante della materia del diritto amministrativo più in generale. Nella misura in cui questo dualismo tra libertà dello straniero migrante ed autorità degli Stati è presente, la comparazione tra i vari diritti amministrativi nazionali in materia di immigrazione diventa possibile. Ciò a maggior ragione in quanto l'immigrazione costituisce, come si è visto, una materia fortemente influenzata da varie fonti di diritto internazionale, che da un certo punto di vista esercitano già da tempo quella funzione di armonizzazione che altri settori del diritto amministrativo hanno cominciato a conoscere soltanto più di recente. Anche in questo caso pertanto “guardando all'ordinamento francese, inglese [...] ecc., il giurista italiano non vede più soltanto l'ordinamento ‘straniero’, ma l'ordinamento che in altra parte del territorio europeo applica in modo diverso gli stessi principi e spesso le stesse norme di diritto”, G. FALCON, *Prefazione*, cit., p. XVI.

<sup>2</sup> In questa sede l'utilità del metodo comparatistico si intende, non soltanto in una prospettiva conoscitiva, come strumento per una migliore comprensione del proprio ordinamento interno (v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992) ma anche come processo di apprendimento utile anche “ai fini della politica del diritto e dello *jus condendum*”, nella convinzione che “la continua trasformazione e mutazione delle regole del diritto amministrativo [tanto più evidente, come si è visto, in un settore come l'immigrazione] rende la comparazione giuridica allo stesso tempo più ricca e più feconda”, G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.

Per esigenze di spazio non ci si sofferma sulle caratteristiche generali del diritto dell'immigrazione dei vari Paesi membri (potendo rinviare alla letteratura che già si va formando sul punto<sup>3</sup>), ma si analizzano direttamente le caratteristiche della tutela giurisdizionale, per poi passare rapidamente all'analisi del tema della CEDU, nelle sue manifestazioni interne ai vari ordinamenti.

### 1.1 La Francia

In Francia la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti amministrativi in materia di immigrazione è assicurata quasi interamente dal giudice amministrativo<sup>4</sup>, fatta eccezione per alcune competenze riservate alla *Cour nationale du droit d'asile* in materia di asilo e al *juge des libertés et de la détention* (JDL) per i provvedimenti limitativi della libertà personale<sup>5</sup>.

Dal punto di vista procedurale la disciplina di fondo è contenuta nel *Code de justice administrative*, ma la legge in materia di immigrazione introduce alcune serie di disposizioni specifiche, anche in deroga al modello generale, che vengono a costituire una sorta di *lex specialis* della materia<sup>6</sup>.

Le deroghe riguardano anzitutto i termini a ricorrere (spesso più brevi di quelli ordinari, salvo nel caso in cui lo straniero si trovi all'estero), la struttura del

---

<sup>3</sup> In generale v. G. CORDINI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto comparato*, Modena, 2010; P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina dell'immigrazione irregolare*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Studi e ricerche di diritto comparato*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sui provvedimenti di espulsione v. B. NASCIBENE, *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries = L'éloignement et la détention des étrangers dans les états membres de l'Union Européenne*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>4</sup> Sul diritto dell'immigrazione in Francia v. X. VANDENDRIESSCHE, *Le droit des étrangers*, Parigi, 2011; GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, 2011; T. RIBÉMONT, *Introduction au droit des étrangers en France*, Bruxelles, 2012; E. AUBIN, *Droit des étrangers*, Paris, 2012; G. SALA CHIRI, *Il diritto dell'immigrazione in Francia*, in G. CORDINI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto comparato*, Modena, 2010, pp. 449 – 494. Sul contenzioso in materia di immigrazione v. in particolare D. SEGUIN, *Guide du contentieux des étrangers*, LexisNexis, Parigi, 2013; GISTI, *Les étrangers face à l'administration. Droits, démarches, recours*, Parigi, 2013; T. RIBÉMONT, *Introduction au droit des étrangers en France, Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, GISTI, 2013.

<sup>5</sup> Il Conseil Constitutionnel ha riconosciuto il diritto degli stranieri ad avvalersi dei rimedi previsti a tutela dei loro diritti e libertà fondamentali (13 agosto 1993) ed il diritto a proporre ricorso avverso una decisione amministrativa (22 aprile 1997); sul punto v. C. BLAIRON, *L'immigrazione, ovvero la variabile geometria dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale francese*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 169 – 188.

<sup>6</sup> Si tratta del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (c.d. CESEDA), entrato in vigore il 1 marzo 2005.

procedimento (in genere semplificata) e la possibilità di proporre appello (che in certi casi risulta ridotta)<sup>7</sup>. I poteri del giudice amministrativo, invece, non sembrano presentare particolarità<sup>8</sup>.

Oltre ai ricorsi giurisdizionali, nel sistema francese svolgono un ruolo importante un insieme di forme alternative di tutela, a partire dai ricorsi amministrativi, che in certi casi assumono natura propriamente obbligatoria, come requisito preliminare per l'accesso alla tutela giurisdizionale<sup>9</sup>.

Anche il versante processuale del diritto dell'immigrazione francese è soggetto ad interventi legislativi molto frequenti<sup>10</sup>.

Una riforma del 2006, ad esempio, ha modificato diversi tratti del sistema di tutela degli stranieri, (loi 26 juillet 2006, décret 23 décembre 2006), accelerando le procedure di espulsione e respingimento ed introducendo un ricorso unico contro il provvedimento negativo sul soggiorno ed il relativo provvedimento di espulsione.

Negli anni, inoltre, è stata ampliata, in funzione di semplificazione, la possibilità di utilizzare lo strumento della videoconferenza per lo svolgimento delle udienze (soprattutto nei casi in cui lo straniero si trovi in stato di trattenimento amministrativo, ma non solo)<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Come noto, la giustizia amministrativa francese risulta strutturata, di regola, su tre gradi di giudizio: i tribunaux administratifs, le cours administratives d'appel e il Conseil d'Etat in funzione di giudice di cassazione.

<sup>8</sup> Di regola in materia di immigrazione il giudice francese esercita una giurisdizione di legittimità, mentre in alcuni casi specifici, in particolare in materia d'asilo, esercita una competenza *de plein droit* (313-11). I poteri del giudice amministrativo includono altresì *pouvoirs d'injonction* (lois n°95-125 du 8 février 1995, L911-1 et L911-2 du CJA), e *pouvoirs d'astreinte* (n°80-539 du 16 juillet 1980, L911-3 du CJA); mentre i primi risultano utilizzati anche in questa materia, ad esempio in relazione al rilascio di permessi di soggiorno, i secondi sono invece utilizzati di rado e la cosa è stata vista come un limite proprio nel campo della tutela degli stranieri. J.-M. BELORGEY, *L'insuffisance des outils d'exécution*, in *Défendre la cause des étrangers en justice*, co-édition Dalloz/GISTI, juillet 2009.

<sup>9</sup> L'obbligatorietà del ricorso amministrativo in Francia è stata giudicata costituzionale, fintanto che sia possibile esperire, successivamente, un ricorso giurisdizionale (décision n°92-316 DC du 20 janvier 1993, Rec. P. 14).

<sup>10</sup> Su questo punto v. le osservazioni critiche di D. SEGUIN, *Guide du contentieux du droit des étrangers*, LexisNexis, 2013, che parla di "frénésie législative". Sull'evoluzione del diritto dell'immigrazione francese v. anche GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, 2011.

<sup>11</sup> Oltre al *juge des libertés et de la détention* per i casi di *retention*, anche il giudice amministrativo può ricorrere a questo strumento, anche durante il ricorso contro un diniego di permesso di soggiorno (art. L. 213-9 CESEDA, introdotto nel 2007). Anche la Cour nationale du droit d'asile può ricorrervi in certi casi (art. L. 733-1). Lo strumento è oggetto di diverse critiche in dottrina, ma la giurisprudenza

La loi Besson del 2011 ha introdotto altresì alcune modifiche al ricorso contro il provvedimento di detenzione amministrativa, prolungando i termini massimi della detenzione e ampliando la possibilità di ricorrere al trattenimento amministrativo in fase di ingresso dello straniero.

In termini quantitativi il contenzioso sugli stranieri costituisce la voce più significativa del carico di lavoro della giustizia amministrativa francese<sup>12</sup>.

Oltre alle dimensioni del contenzioso, anche la frammentarietà del sistema delle tutele – in particolare per quanto riguarda il rapporto tra giudice amministrativo e giudice ordinario, in materia di asilo e detenzione amministrativa – costituisce uno dei problemi rilevati da alcuni commentatori.

Un rapporto di studio commissionato dal Senato francese (*Rapport Mazeaud*), in particolare, ha recentemente valutato la possibilità di riformare il contenzioso amministrativo sull'immigrazione, unificando la giurisdizione del giudice amministrativo e del JDL, oppure istituendo un giudice *ad hoc* per la materia dell'immigrazione. La Commissione ha però concluso la propria analisi in senso negativo, ritenendo che tale riforma sarebbe inutile, sia dal punto di vista della riduzione del carico di lavoro di corti e tribunali, sia dal punto di vista dell'effettività delle misure di allontanamento dello straniero irregolare<sup>13</sup>.

## 1.2 Il Belgio

In Belgio la tutela giurisdizionale in materia di immigrazione è assicurata dal Conseil du Contentieux des Etrangers (CCE), un giudice amministrativo

---

lo ritiene costituzionale (Cons. Const. déc. N. 2003-848 DC, 20 novembre 2003). V. anche Cassation, 16 avril 2008.

<sup>12</sup> Nelle statistiche sulla giustizia amministrativa la voce “étrangers” è la più consistente e rappresenta il 24% del contenzioso amministrativo complessivo. V. *Annuaire Statistique de la Justice*, Édition 2011-2012, 11 juillet 2012, in [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr).

<sup>13</sup> Lascia forse perplessi l'osservazione del Rapport Mazeaud, secondo la quale, tra i rischi che si verificherebbero con la creazione di una giurisdizione specializzata in materia di immigrazione, vi sarebbe, non soltanto, la possibilità che questa diventi una giurisdizione “di serie B”, ma anche l'esatto opposto: cioè che il giudice specializzato possa sviluppare una giurisprudenza tendenzialmente più sfavorevole per l'amministrazione e che “un juge non familier de la privation de liberté hésiterait à accorder les 4/5ème des prolongations de retention demandées, comme l'ont fait les JLD en 2006”. Piuttosto, il rapport Mazeaud raccomandava l'estensione dei recours préalable obligatoire RAPO a tutta la materia degli stranieri. COMMISSION SUR LE CADRE CONSTITUTIONNEL DE LA NOUVELLE POLITIQUE D'IMMIGRATION, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, juillet 2008.

specializzato istituito dalla loi du 15 septembre 2006 (réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers)<sup>14</sup>, come risposta al problema della gestione del contenzioso dell'immigrazione in termini numerici da parte del Consiglio di Stato (Conseil d'Etat, o CE)<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> La legge del 15 settembre 2006 ha riformato sia la legge sull'ingresso, il soggiorno e l'espulsione dello straniero (*Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*), sia la normativa sul funzionamento del Consiglio di Stato Belga. Successivamente è stato approvato il regolamento che disciplina la procedura davanti al CCE: arrêté royal del 21 dicembre 2006, che ricalca la procedura davanti al Consiglio di Stato. La giustizia amministrativa generale è rappresentata dal Consiglio di Stato, al quale si affiancano una serie di tribunali amministrativi speciali, competenti in materie specifiche. Sul punto v. S. SAROLÉA, M. KAISER, I. DOYEN, J. JACQUES, *La réforme du droit des étrangers. Les lois du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers*, Kluwer, Waterloo, 2008; M. KAISER, *La réforme du contentieux des étrangers*, in H. DUMONT, P. JADOU, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, pp. 317-404; I. DOYEN, *La mise en place de la nouvelle juridiction administrative spécialisée en matière de contentieux des étrangers*, in P. HUBERT, *Le statut administratif des étrangers après les réformes du 15 septembre 2006*, Waterloo, 2009; *La barque du Conseil d'Etat est trop chargée*, interview de R. ANDERSEN par J. BOURTENBOURG et F. TULKENS, J.T., 2006, p. 49; S. BODART, *La création d'un Conseil du contentieux des étrangers: compétence, mesures transitoires et affaires pendants*, in M. FOLETS, S. LUST, D. VANHEULE, P. DE BRUYCKER (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 12. De nieuwe Vreemdelingenwet. België in lijn met de Europese regelgeving*, Die Keure, Bruges, 2007. Per il regime in vigore prima della riforma del 2006 v. J. VANHAEVERBEEK, *Les procédures particulières au contentieux des étrangers devant le Conseil d'Etat*, Bruxelles, 2005; I. SCHIPPERS, Z. MAGLIONI, *Le contentieux des étrangers, deux ans après les lois du 15 septembre 2006*, in P. LEWALLE, op. cit., 145-176. In generale, sul diritto dell'immigrazione in Belgio v. ASSOCIATION POUR LE DROIT DES ÉTRANGERS ASBL (ADDE), *Le statut administratif des étrangers*, Bruxelles, 2009; D. DAIE, E. DERRIKS, K. SBAI, C. VAILLANT, *Le droit des étrangers chronique de jurisprudence*, Bruxelles, 2012; J.Y. CARLIER, *Évolution procedural du statut de l'étranger: constats, défis, propositions*, in *Journal des tribunaux*, 12 février 2011, n. 6425, 130 année – 7, pp. 117 – 125; J.Y. CARLIER, S. SAROLÉA, *Droit des étrangers et nationalité*, Larcier, 02-03/2005, vol. 77; J. Y CARLIER, *L'étranger face au droit, vingtième journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

<sup>15</sup> Il problema del sovraccarico di lavoro del Consiglio di Stato Belga era emerso anche in sede CEDU. Nella sentenza *Conka c. Belgio*, come si vedrà, in relazione alla necessità di introdurre ricorsi amministrativi ad effetto automaticamente sospensivo rispetto ai provvedimenti negativi sul riconoscimento del diritto d'asilo, il Governo Belga aveva opposto che ciò avrebbe determinato un significativo aumento del contenzioso, difficilmente gestibile dal parte del Consiglio di Stato. La Corte ha invece risposto che: “as to the overloading of the Conseil d'Etat's list and the risks of abuse of process, the Court considers that, as with Article 6 of the Convention, Article 13 imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet its requirements” § 84. Negli ultimi anni il carico di lavoro del CCE è regolarmente aumentato e nel 2012 ha subito un incremento sensibile del 37% (per un totale di 29480 ricorsi ricevuti e 21,153 decisioni). V. CCE, *Rapport annuel 2012*, dove si precisa che tale aumento sarebbe dovuto all'incremento, a monte, delle decisioni adottate dall'OE e dal CGRA. Dal punto di vista organizzativo, il CCE è composto da una trentina di giudici di nomina regia, selezionati attraverso procedure interne al Conseil stesso, ma con potere di veto ministeriale. La procedura è analoga a quella prevista per la nomina dei membri del Conseil d'Etat, ma i requisiti di accesso sono inferiori, sia dal punto di vista dell'età (30 anni anziché 37) sia dal punto di vista dell'esperienza professionale

Il CCE assorbe attualmente le competenze che in passato erano assegnate al CE in materia di immigrazione e alla *Commission permanente de recours des réfugiés* in materia di asilo. Esso è quindi competente per l'impugnazione dei provvedimenti adottati dal *Commissariat général aux Réfugiés et aux Apatrides* (in materia di diritto d'asilo) e di quelli dell'*Office des Etrangers* (OE) sull'ingresso, il soggiorno e l'espulsione di stranieri dal territorio (oltre che, più in generale, di tutti i provvedimenti adottati in applicazione della *loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* (c.d. *Loi sur les étrangers*)).

Ne risulta escluso, tuttavia, il contenzioso relativo alle misure privative della libertà adottate dall'OE (che la legge sull'immigrazione, art. 71, assegna al *tribunal correctionnel*).

Lo straniero può inoltre avvalersi dello strumento del *référé judiciaire*, mediante il quale può richiedere al giudice ordinario l'emissione di una misura cautelare a tutela dei propri diritti soggettivi<sup>16</sup>.

Prima della riforma del 2006 erano previsti, come in Francia, una serie di ricorsi amministrativi (in particolare, avverso i provvedimenti espulsivi) che tuttavia sono stati eliminati con la creazione del CCE<sup>17</sup>.

---

(5 anni anziché 10) e dei titoli ulteriori rispetto alla laurea in giurisprudenza (richiesti soltanto per il Conseil d'Etat e non per il CCE). I giudici decidono di regola in composizione monocratica, con alcune eccezioni in cui decide un collegio di tre (art. 39/6 par. 3).

<sup>16</sup> Nel sistema Belga, infatti, il riparto di giurisdizione previsto dall'art. 144 della Costituzione prevede che i giudici ordinari siano i soli competenti a decidere le questioni relative ai "droit subjectif civil". "Par l'effet de l'article 144 de la Constitution, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour connaître des demandes dont l'objet véritable tend à obtenir le respect des articles 3 et 8 de la C.E.D.H. qui sont d'effet direct dans l'ordre juridique interne belge et qui conferment des droits subjectifs à toute personne se trouvant sur le territoire belge, même en séjour irrégulier, ainsi qu'en dispose l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales", P. HUBERT, *Le status administratif des étrangers*, p. 50. Sul punto v. P. LEVERT, *L'intervention du juge des référés dans le droit administratif*, in *Le référé judiciaire*, J.B., 2003, p. 382. Il ricorso in *référé* davanti al giudice amministrativo e quello in *référé* davanti al giudice ordinario coabitano in quanto perseguono obiettivi diversi. Il controllo esercitato dal giudice ordinario si differenzia da quello del giudice amministrativo, non risultando limitato alla legittimità del provvedimento, ma avendo natura di controllo *de plein juridiction*.

<sup>17</sup> Per un riferimento a tali ricorsi v. J.-Y. CARLIER, SAROLEA, *La Belgique*, in B. NASCIBENE, *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries*, cit., Milano, Giuffrè, 2001, p. 25-63.

Il giudizio nel CCE è strutturato su un doppio grado di giudizio, con possibilità di ricorso al Consiglio di Stato (CE) in funzione di giudice di cassazione<sup>18</sup>.

La giurisdizione del CCE è di regola di annullamento (*procédure en annulation*), mentre soltanto in relazione a certi provvedimenti in materia di diritto d'asilo esso esercita una giurisdizione di merito (*procédure de plein contentieux*)<sup>19</sup>.

I poteri istruttori del CCE, che ricalcano quelli del Consiglio di Stato, appaiono particolarmente limitati<sup>20</sup>. Di fatto, il CCE non gode di poteri istruttori autonomi, ma può soltanto richiedere alle parti la consegna di atti e documenti<sup>21</sup>. Alcuni osservano come nella prassi la Corte faccia uso sporadicamente anche di tale possibilità<sup>22</sup>.

Come in Francia, anche in Belgio le procedure in materia di stranieri presentano alcune specificità rispetto al modello generale della procedura amministrativa (per quanto riguarda i termini a ricorrere generalmente brevi e le modalità di svolgimento delle procedure). Il CCE, inoltre, sembra assumere un

---

<sup>18</sup> L. CAMBIER, *Le role du Conseil d'Etat suite à la réforme du contentieux des étrangers*, in RDE, 145; D. RENDERS, J. SOHIER, *Les procédures devant le Conseil d'État*, Waterloo, 2009.

<sup>19</sup> La Corte Costituzionale ha stabilito la legittimità della decisione di distinguere tra giurisdizione di merito e di legittimità (81/2008). Ha tuttavia annullato alcune differenze previste tra le due procedure, come in particolare quello relativo al termine a ricorrere – di 15 giorni in materia di asilo, anziché che 30, come per tutti gli altri provvedimenti in materia di immigrazione. Con la creazione del CCE è scomparsa la giurisdizione speciale prima competente in materia di asilo (la Commissione permanente de recours des réfugiés); oggi i provvedimenti del Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA) sono impugnabili davanti al CCE. La competenza di merito, tuttavia, non copre tutti i provvedimenti amministrativi in materia di asilo, ma soltanto quelli del CGRA. Ne sono quindi esclusi i provvedimenti che, nell'ambito della procedura di riconoscimento dello status di rifugiato e di titolare di protezione internazionale, sono assegnati alla competenza dell'Office des étrangers (OE), in particolare in relazione alla decisione preliminare sulla presa in carico della richiesta d'asilo. In questi casi, infatti, è soltanto ammesso un ricorso in giurisdizione di annullamento, privo di effetto sospensivo. Per il resto, di regola, il CCE esercita una giurisdizione di merito, potendosi sostituire al CGRA, confermando o riformando i suoi provvedimenti e, quindi, negando o riconoscendo ai ricorrenti il diritto ad essere riconosciuti come rifugiati o a divenire titolari di protezione sussidiaria. V. S. SAROLEA, I. DOYEN, *Le statut administratif des étrangers*, p. 281.

<sup>20</sup> “Le Conseil ne dispose d’aucune compétence d’instruction, un élément confirmé par la jurisprudence récente du Conseil d’Etat, section du contentieux administratif”, CCE, *Rapport annuel 2007/2008*, p. 18.

<sup>21</sup> Art. 39/62.

<sup>22</sup> Come osservano, criticamente, I SCHIPPERS E Z. MAGLIONI, op. cit., p. 152, M. KAISER, *La réforme du contentieux des étrangers*, in P. JADOUL, S. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, La Charte, p. 357. Ciò si riflette direttamente sulla competenza di merito del CCE, che in certi casi risulta limitata.

approccio di *favor* verso i ricorrenti quanto alla valutazione di alcuni requisiti formali di ammissibilità del ricorso<sup>23</sup>.

### 1.3 Il Regno Unito

Come in Francia, anche nel regno Unito la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione segue il modello generale della giustizia amministrativa, fatte salve alcune specificità proprie di questo settore.

Il modello di tutela avverso i provvedimenti amministrativi risulta incentrato, come noto, sul dualismo tra il giudizio di legittimità operato dalle Corti attraverso il *judicial review* ed un sistema di rimedi alternativi alla giurisdizione, istituiti anche in funzione di deflazione del *judicial review*, costituito dagli *administrative appeals*<sup>24</sup>.

Questi ultimi rappresentano un istituto tipico del sistema inglese e di difficile definizione dal punto di vista della dottrina continentale, che lo colloca a metà strada tra amministrazione giustiziale e funzione giurisdizionale<sup>25</sup>.

Sotto il profilo organizzativo gli *administrative tribunals* si sono sempre collocati a cavallo tra amministrazione e giurisdizione, ma una recente riforma li ha

---

<sup>23</sup> “Au niveau de la recevabilité formelle des recours, le Conseil entend appliquer avec discernement les sanctions de nullité prévues par l’article 39/69 de la loi sur les étrangers. Ainsi, se basant sur la finalité des mentions prévues par cette disposition et tenant compte des différentes pièces constituant le recours, le Conseil a généralement rejeté les exceptions d’irrecevabilité tirées de l’absence d’indication de la nationalité de l’intéressé (dans la mesure où cette mention ne fait pas obstacle au bon déroulement de la procédure) ou de son domicile (l’élection de domicile étant suffisante), du numéro de dossier de la partie défenderesse (celui-ci figurant sur la copie de l’acte attaqué, jointe au recours), ou encore de la langue utilisée à l’audience (la sanction étant la perte du droit à un interprète). Le Conseil se montre par contre extrêmement rigoureux quant à la signature - manuscrite du recours par l’intéressé lui-même ou son représentant légal s’il est mineur, ou par son avocat. Le Conseil est pareillement strict concernant l’élection de domicile en Belgique, et déclare ainsi irrecevables les recours qui mentionnent une unique adresse à l’étranger”. CCE, Rapport annuel 2007/2008, p. 44.

<sup>24</sup> Sul punto v. P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, 2009; G. LIGUNANA, *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremarica*, Torino, 2010. Sugli *appeals* nel settore dell’immigrazione (ma con particolare riferimento al diritto d’asilo), v. R. THOMAS, *Administrative justice and asylum appeals. A study of tribunal adjudication*, Oxford – Portland, 2011. Sul *judicial review* v. P. LEYLAND, G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, 2013. Sul diritto dell’immigrazione inglese v. I. MACDONALD, R. TOAL, *Macdonald’s Immigration Law and Practice*, London, 2012; M. PHELAN, J. GILLESPIE, *Immigration Law Handbook*, Oxford, 2013; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2012; L. P. VANONI, *Il diritto dell’immigrazione nel Regno Unito*, in G. CORDINI (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione*, cit., pp. 495 – 526.

<sup>25</sup> G. LIGUNANA, op. cit.

unificati in un'unica struttura, rafforzandone l'indipendenza rispetto all'esecutivo e accentuandone i tratti giurisdizionali<sup>26</sup>.

Il sistema dei *tribunal* risulta strutturato su un doppio grado di giudizio (First Tier Tribunal, FT, e Upper Tribunal, UT<sup>27</sup>) e suddiviso in sezioni specializzate, tra cui la Immigration and Asylum Chamber<sup>28</sup>.

Sotto il profilo dei poteri essi si caratterizzano per la possibilità di esercitare, anche grazie a strumenti istruttori molto ampi<sup>29</sup>, un sindacato particolarmente

---

<sup>26</sup> L'unificazione del sistema degli *appeals* è stata attuata a seguito del *Leggatt review of tribunals* (Report of the Review of Tribunals by Sir Andrew Leggatt 'Tribunals for Users, One System, One Service', HMSO, 2001) e un libro bianco del governo (Secretary of State for Constitutional Affairs, 'Transforming Public Services: Complaints, Redress and tribunals' 2004, Cm 6243. Negli ultimi anni il sistema inglese ha provato a valorizzare il ruolo degli Administrative Tribunals – anche in funzione deflattiva del *judicial review* – attraverso un graduale ampliamento delle loro competenze e soprattutto con una riforma strutturale, il Tribunals Court and Enforcement Act del 2007, tesa ad unificarli e a collocarli più chiaramente – se non altro dal punto di vista organizzativo – nel ramo giurisdizionale del potere statale, piuttosto che in quello amministrativo.

<sup>27</sup> Il secondo grado è ammesso soltanto per errore di diritto (*error of law*) e non di fatto ed è subordinato ad un'autorizzazione richiesta al First Tier Tribunal stesso in prima istanza e, in caso di diniego, all'Upper Tribunal. Avverso il diniego di quest'ultimo è possibile proporre *appeal* alla Court of Appeal, che può ammettere il caso soltanto nel caso in cui la questione sollevi "an important point of principle or practice" oppure se "there is some other compelling reason to hear the appeal".

<sup>28</sup> I cui poteri rispetto ai provvedimenti in materia di immigrazione sono in larga parte disciplinati dallo Immigration and Asylum Act 2002. Il sistema degli *appeals* in materia di immigrazione era stato inizialmente istituito, con lo Immigration Appeals Act nel 1969, attraverso la creazione di un tribunale specializzato strutturato su due gradi di giudizio, in risposta alla Wilson Committee on Immigration Appeals (Cmnd 3387, 1967), dopo che nel 1962 erano stati introdotti alcuni limiti all'ingresso per i cittadini del Commonwealth, allo scopo di assicurare una corretta applicazione di tale legislazione. Solo successivamente, con lo Immigration Act 1971 (IA 1971), tale meccanismo è stato esteso a tutti i provvedimenti in materia di immigrazione, anche se con numerosi limiti. Nel 1993 è stata aperta la possibilità di proporre appello in sede giurisdizionale avverso i provvedimenti dello IAT, in funzione deflattiva rispetto al rimedio del *judicial review*. Il potere di fare appello, tuttavia, è stato successivamente ridotto. Lo Nationality Immigration and Asylum Act (NIAA) 2002 section 101, in particolare, ha ridotto la giurisdizione dello IAT alle questioni di diritto e limitato la possibilità di proporre *judicial review* avverso i provvedimenti dello IAT di diniego del permesso di agire in appello. Lo Asylum and Immigration Treatment of Claimants Act 2004 ha sostituito il sistema di *administrative appeals* con un organo di *appeal* in unico grado, lo AIT (Asylum and Immigration Tribunal). Con lo Asylum and Immigration Treatment of Claimants Act 2004 erano stati avanzati dei tentativi di limitare il *judicial review* in materia, attraverso la c.d. "ouster clause", successivamente bocciata dalla House of Lords. Il meccanismo a grado unico è rimasto in vigore per un periodo di tempo molto breve, anche a causa delle sue ridotte capacità deflattive, e nel 2005 è stata reintrodotta una forma limitata appello, chiamata *reconsideration*. Lo Asylum and Immigration Tribunal è stato abolito il 15 febbraio 2010 e le sue funzioni sono state trasferite al First Tier Tribunal. La scelta di far confluire anche questa materia nel nuovo sistema unificato degli *appeals* è stata motivata, tra le altre cose, anche dal fatto che la struttura del sistema precedente ne aveva compromesso la funzione deflattiva, determinando un eccessivo aumento del contenzioso a carico delle corti.

<sup>29</sup> I ricorsi al First Tier Tribunal sono "rehearings of the whole case" ed il tribunal può valutare prove su "any matter which it thinks relevant to the substance of the decision" NIAA 2002 s 85(4). Pertanto

penetrante sull'atto amministrativo, giungendo a valutare anche il merito del provvedimento impugnato<sup>30</sup>, e adottando decisioni che in certi casi hanno valore sostitutivo (e non meramente caducatorio) del provvedimento stesso.

Dal punto di vista procedurale, invece, risulta particolarmente evidente l'esigenza di celerità, che il legislatore esprime nei principi generali stessi della materia<sup>31</sup>, e che si manifesta in modo particolarmente evidente nei termini processuali particolarmente rapidi, soprattutto per quanto riguarda l'impugnazione dei provvedimenti<sup>32</sup>.

Attualmente il rimedio degli *appeals* nella materia dell'immigrazione è previsto in relazione ad alcune categorie di provvedimenti tassativamente elencati (*appealable decisions*), tra i quali risultano inclusi la maggior parte dei provvedimenti in tema di ingresso, soggiorno ed espulsione, per quanto con alcune

---

“the bulk of first-tier tribunals are overwhelmingly concerned with fact-finding and their work is influenced by a complex variety of non-legal considerations”, v. P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, 2009.

<sup>30</sup> Per quanto riguarda i criteri di sindacato sull'atto impugnato, la maggior parte di essi sembra presentare qualche analogia con la nozione di violazione di legge, trattandosi di casi che consistono nella violazione di specifici parametri normativi – le *immigration rules* (atti dell'amministrazione, aventi valore quasi-legislativo), lo Race Relations Act 1976 s 19B, lo Human Rights Act sec. 6, (relativa all'obbligo di rispettare i diritti umani da parte delle pubbliche amministrazioni), le norme di diritto comunitario (per quanto riguarda i cittadini UE e i loro familiari) – o comunque nella contrarietà alla legge (ossia se l'atto è “not in accordance with the law”). Attraverso questo vizio è possibile fa valere il mancato rispetto di *policy* pubblicate dall'amministrazione o il mancato rispetto di principi di diritto pubblico, come nel caso in cui l'amministrazione abbia omesso di prendere in considerazione una circostanza rilevante, come indica G. CLAYTON, op. cit. p. 268. oppure per aver violato una *legitimate expectation* del ricorrente. Nell'individuazione di tali principi i *tribunal* godono di un certo margine di interpretazione, potendo applicare anche principi generali non espressamente riconosciuti dalla legge, ma ricavati in via di interpretazione. Oltre a questi, costituisce un possibile vizio dell'atto anche il fatto che l'amministrazione “avrebbe dovuto esercitare diversamente la discrezionalità conferitale dalle *immigration rules*” (“the person taking the decision should have exercised differently ai discretion conferred by immigration rules”). Questa nozione illustra molto chiaramente l'estensione dei poteri dei *tribunals*, che di fatto possono sindacare anche le scelte discrezionali dell'amministrazione. La dottrina inglese, tuttavia, sottolinea come si tratti di un criterio di sindacato il cui campo di applicazione può di fatto essere ridotto dall'intervento del legislatore, attraverso un ampliamento dei casi di potere vincolato a discapito delle ipotesi discrezionali (come avvenuto, ad esempio, in materia di *deportation*). G. CLAYTON, op. cit., p. 169. Inoltre, la s 86 precisa che tali ipotesi non includono la “refusal to depart from or to authorise departure from immigration rules”, sicché deve pur sempre trattarsi di *discretion* esercitata all'interno dei limiti posti dalle *immigration rules*.

<sup>31</sup> Le Procedure Rules 2005 affermano che le procedure debbano essere gestite “as fairly, quickly and efficiently as possibile”.

<sup>32</sup> Che in certi casi sono di 10 giorni o anche 5 giorni.

eccezioni (in relazione alle quali l'unica forma di impugnazione è quella del *judicial review*)<sup>33</sup>.

Le decisioni del Tribunal possono essere impugnate in sede di *judicial review*, strumento che riveste un ruolo centrale non soltanto in funzione di appello rispetto a molti provvedimenti dei Tribunal, ma anche come giudici di primo grado in relazione ai provvedimenti per i quali non è ammesso l'*appeal*.

Il *judicial review* è sensibilmente diverso dal sistema degli *appeal*, in quanto caratterizzato da poteri istruttori limitati, procedure generalmente documentali ed un sindacato limitato ad un controllo di legittimità del provvedimento<sup>34</sup>.

In compenso, esso presenta termini di impugnazione più lunghi e una legittimazione ad agire piuttosto ampia, in linea con un'impostazione di tipo oggettivo volta al ripristino della legalità violata più che alla tutela dell'interesse individuale colpito dall'atto.

Le corti godono inoltre del potere di sospendere il provvedimento impugnato (mentre i Tribunal non esercitano poteri di questo tipo).

Sotto il profilo quantitativo il contenzioso in materia di immigrazione risulta uno dei più importanti nel carico di lavoro delle Corti<sup>35</sup>.

Per questo motivo il problema della sua gestione risulta, ormai da alcuni anni, al centro di un dibattito molto acceso nel sistema inglese, anche a fronte di recenti riforme promosse dal governo, che sembrano mirare ad una progressiva riduzione

---

<sup>33</sup> L'elenco è definito alla Sec 82. Tra i provvedimenti avverso i quali non è ammesso *appeal*, ad esempio, vi sono le *removal orders*, ossia, come vedremo, il provvedimento con cui si dispone che venga data esecuzione ad un provvedimento di *deportation*.

<sup>34</sup> Tra i criteri di sindacato operanti nel *judicial review* le categorie principali sono la *illegality*, la *irrationality* e la *procedural irregularity*. Nella materia di immigrazione rivestono un ruolo particolarmente centrale la *natural justice* o *fairness*, che incarna principi del giusto procedimento amministrativo (ed in base alla quale possono essere fatti valere anche vizi procedurali relativi alla fase di *appeal*), la *unfairness amounting to abuse of power*, la violazione di una *legitimate expectation*, la *fettering discretion*, e la *unreasonableness*. Rispetto agli *appeal* – nei quali l'attenzione si concentra sull'accertamento dei fatti e sulla corretta applicazione delle norme da parte dell'amministrazione – nel *judicial review* il profilo fattuale risulta più carente e la natura dei rimedi permette di affrontare, piuttosto, questioni giuridiche e di interpretazione normativa più complesse. Le sentenze delle corti possono quindi elaborare in via interpretativa nuovi principi e regole (in particolare in materia di garanzie procedurali, grazie alle nozioni di *fairness* e *natural justice*).

<sup>35</sup> Le *Judicial Review Statistics 2007-2011*, pubblicate il 18 aprile 2013 dal Ministry of Justice rivelano che nel periodo analizzato le richieste di *judicial review* in materia di asilo e immigrazione sono aumentate del 70%. Inoltre, delle 11,359 richieste di *judicial review* presentate nel 2011, ben 8711 riguardavano casi di "immigration/asylum". V. V. BONDY, M. SUNKIN, *Unpacking JR statistics*, p. 1.

dell'accesso alle tutele giurisdizionali in materia di immigrazione, il ricorso alle quali viene percepito come eccessivo o addirittura pretestuoso<sup>36</sup>.

Una prima tendenza che si afferma è quella di restringere le possibilità di accesso agli *administrative appeal*<sup>37</sup>.

Una seconda tendenza che si afferma è quella della riduzione delle possibilità di accesso al *judicial review* al fine di contenere il carico di lavoro delle corti, sia limitando le possibilità di impugnare le decisioni dei *tribunal* in sede di *judicial review*, sia trasferendo una porzione delle funzioni di *judicial review* dalle corti ai *tribunal* stessi<sup>38</sup>.

Una terza tendenza, infine, riguarda la restrizione delle possibilità di accesso alle forme di assistenza legale gratuita (c.d. *legal aid*), la cui effettività negli anni è già stata gradualmente compromessa da progressivi tagli di bilancio<sup>39</sup>.

Un ultimo profilo da sottolineare con riferimento al Regno Unito è la presenza di una legislazione anti-terrorismo particolarmente sviluppata, con procedure speciali per i provvedimenti motivati da ragioni di sicurezza nazionale.

---

<sup>36</sup> In quanto strumentale, si afferma, a prolungare il periodo di permanenza dello straniero sul territorio in pendenza di giudizio.

<sup>37</sup> Oltre a risultare controversi, questi provvedimenti sembrano giungere ad esiti talvolta paradossali. Secondo alcuni commentatori, infatti, la riduzione dell'accesso agli *appeal* comporterebbe un maggior ricorso allo strumento del *judicial review*. "Where there is no adequate alternative remedy, a person who alleges that a decision made by the Executive branch of government may bring an application for judicial review", pertanto "the removal of immigration appeal rights will create many more such people, and will therefore increase the number of applications for judicial review at the same time that politicians are trying to reduce the number of applications for judicial review", C. YEO, *Appeals and the Immigration Bill*, 31 October 2013, in [www.freemovement.org.uk](http://www.freemovement.org.uk).

<sup>38</sup> La Section 53 del *Borders Citizenship and Immigration Act* del 2009 prevedeva che potessero essere trasferiti alcuni casi molto specifici (in particolare il *judicial review* sulle decisioni con cui il Secretary of State rifiuta di considerare una richiesta d'asilo precedentemente rigettata, ove fondata su motivi nuovi). Una *direction* del Lord Chief Justice of England and Wales del 21 agosto 2013, invece, ha trasferito ai *tribunal* le funzioni di *judicial review* su alcuni provvedimenti in materia di immigrazione, fatta eccezione per i casi più sensibili (come le dichiarazioni di invalidità o incompatibilità con la Carta di una norma di legge o *immigration rule*, o i ricorsi avverso i provvedimenti di detenzione, i provvedimenti dell'Upper Tribunal e quelli della Special Immigration Advisory Commission, su cui v. infra).

<sup>39</sup> Il patrocinio a spese dello Stato è assicurato, principalmente, dalla Legal Aid Agency. A partire dal 2004 i finanziamenti al Legal Aid sono stati progressivamente ridotti e negli anni più recenti, da ultimo con il Legal Aid Sentencing and Prevention of Offences Bill del 2012 (LASPO), l'accesso al gratuito patrocinio in materia di immigrazione è stato significativamente limitato, con l'esclusione di interi settori di contenzioso. In materia di immigrazione l'assistenza può essere ottenuta soltanto in casi eccezionali, tra cui quelli in cui si vanti una *human rights claim* o una pretesa fondata sul diritto dell'Unione Europea.

In particolare, la funzione di *appeal* sui provvedimenti relativi all'ingresso, il soggiorno e l'espulsione motivati da ragioni di sicurezza nazionale risulta devoluta alla Special Immigration Appeals Commission (SIAC), un tribunale speciale a composizione mista<sup>40</sup>, che esercita poteri simili a quelli dei *tribunal*<sup>41</sup>, ma applicando norme speciali a tutela della riservatezza delle informazioni in possesso dell'amministrazione<sup>42</sup>.

### 2. Specificità della tutela nelle diverse fasi del percorso migratorio

#### 2.1 L'impugnazione dei provvedimenti sull'ingresso nel territorio

In tutti gli ordinamenti analizzati l'ingresso nel territorio non costituisce un diritto dello straniero e la sua disciplina rientra nella discrezionalità dello Stato<sup>43</sup>, salvo alcuni casi particolari che godono di regimi di favore.

In tutti gli ordinamenti, inoltre, i controlli sugli ingressi includono, sia controlli svolti all'esterno del territorio nazionale (tipicamente in sede di rilascio dei visti di ingresso)<sup>44</sup>, talvolta con privatizzazione di alcune funzioni istruttorie<sup>45</sup>, sia controlli alle frontiere (anche nei confronti di soggetti già in possesso di un visto).

---

<sup>40</sup> E' composta da tre persone: una con esperienze nei più alti gradi della funzione giurisdizionale, una con esperienza all'interno dei Tribunal e una terza con esperienza nel settore della sicurezza nazionale. La devoluzione consegue alla dichiarazione del Secretary of State che il provvedimento in questione è stato adottato per ragioni di sicurezza nazionale (s 97 dello Nationality, Immigration and Asylum Act 2001), la quale può essere pronunciata anche in pendenza di un giudizio davanti ai *tribunal* (determinandone il trasferimento davanti alla SIAC). Avverso tali dichiarazioni è ammesso ricorso in *judicial review*, ma le corti osservano uno *standard* particolarmente deferente, trattandosi di valutazioni che pertengono strettamente all'esecutivo.

<sup>41</sup> La Supreme Court ha stabilito che il compito della Commission è quello di "review the merits of the case in full". I provvedimenti della SIAC sono poi impugnabili davanti alla Court of Appeals, ma soltanto per questioni di diritto (*error of law*).

<sup>42</sup> Se il Segretario di Stato dichiara che il caso riguarda materiale "riservato" (*closed material*), la SIAC può escludere chiunque dalle udienze, compreso il difensore del ricorrente, i cui interessi vengono in tal caso rappresentati da uno *Special Advocate* (i cui poteri sono tuttavia limitati, non potendo discutere con il proprio rappresentato i materiali riservati).

<sup>43</sup> "Aucun principe, ni aucune regle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droit d'accès et de séjour sur le territoire national. Seules des exigences constitutionnelles particulières telles que le droit d'asile ou le droit de mener une vie familiale normale peuvent faire obstacle au pouvoir du législateur de revoir dans un sens plus restrictif le droit au séjour des étrangers" Cour Constitutionnelle, 20 luglio 2006.

<sup>44</sup> In Francia la materia è disciplinata a livello nazionale dal Décret n° 2008-1176 du 13 novembre 2008 (relatif aux attributions des chefs de mission diplomatique et des chefs de poste consulaire en matière de visas) che affida il rilascio dei visti alla competenza delle autorità consolari (o in alcuni

A questo proposito sembra costituire un dato comune che la normativa sul rilascio dei visti riserva un margine di discrezionalità piuttosto ampio all'amministrazione in ordine alla valutazione dei requisiti per il rilascio<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda le tutele giurisdizionali in questa fase, sembra possibile individuare alcune tendenze comuni.

Nella fase procedimentale, ad esempio, si ha talvolta una riduzione dell'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego del visto d'ingresso, riscontrata sia in Italia sia in Francia, se pur con qualche differenza tra i due casi<sup>47</sup>.

---

casi – come quando il rilascio del visto tocca interessi di politica estera dello Stato – diplomatiche), secondo le istruzioni del Ministero dell'Interno (o degli esteri nel caso di competenza diplomatica). La maggior parte dei visti rilasciati sono visti uniformi Schengen, la cui disciplina procedimentale, come si è visto, è di matrice quasi interamente comunitaria. Sono invece oggetto di una disciplina quasi del tutto nazionale i visti di lungo periodo (*visas de long séjour*, per soggiorni più lunghi di tre mesi e necessari per ottenere un permesso di soggiorno). V. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 49. Nel Regno Unito la funzione di controllo sugli ingressi era storicamente esercitata con il rilascio del *leave to enter* alla frontiera, ma l'esigenza di anticipare i controlli ad un momento anteriore all'ingresso sul territorio ha portato a sviluppare una fase di controllo preliminare detta *entry clearance*, svolta dalle autorità consolari, che nel tempo è stata sempre più valorizzata (e ora svolge funzioni equivalenti al rilascio del visto di ingresso). La *entry clearance* si formalizza in provvedimenti diversi a seconda della posizione soggettiva del richiedente: si distingue infatti tra la *visa*, provvedimento altamente discrezionale avente natura autorizzatoria, richiesto ai cittadini dei Paesi inseriti in un apposito elenco contenuto nelle Immigration Rules (c.d. *visa-nationals*), ed *entry certificate*, provvedimento introdotto per la prima volta dall'Immigration Appeals Act del 1969, per controllare l'ingresso dei soggetti esenti dall'obbligo di visto (titolari quindi di un diritto all'ingresso). Sono del tutto esentati dalla *entry clearance*, invece, i cittadini dei Paesi della European Economic Area e della Svizzera, che godono di un vero e proprio diritto di circolazione, salvo per soggiorni superiori ai 6 mesi (per i quali la *entry clearance* torna ad essere necessaria).

<sup>45</sup> In Inghilterra il ricorso a soggetti privati per la raccolta di dati biometrici è molto diffuso. Per la Francia si veda il rapporto della CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), Délibération n°2009-494 du 17 septembre 2009 portant avis sur le projet de décret modifiant les articles R. 611-10 et R. 611-13 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans le but de pouvoir confier à des prestataires agréés le recueil des données biométriques des demandeurs de visa.

<sup>46</sup> In Inghilterra i possibili motivi per un diniego di visto sono disciplinati nelle *Immigration Rules* ed in alcune *Guidances* molto dettagliate, il cui contenuto è sempre stato reso pubblico (fatta eccezione per alcune parti che l'amministrazione mantiene riservate, c.d. *non-disclosable*).

<sup>47</sup> In Italia, come si è visto, è prevista un'eccezione all'obbligo di motivazione in presenza di ragioni di sicurezza nazionale, che tuttavia non riguarda una varietà di visti relativi a situazioni qualificate (come i visti per motivi familiari o di studio) sicché, di fatto, sono interessati dall'eccezione soltanto i visti turistici. In Francia, all'opposto, vige una regola generale di non motivazione dei visti d'ingresso (anche in assenza di ragioni di sicurezza nazionale). Il Consiglio di Stato ha escluso che si trattasse di misure di polizia ai sensi della loi n°79-587 du 11 juillet 1979, e quindi che fossero soggetti all'obbligo di motivazione previsto da tale disposizione (v. *arrêt Ngako Jeuga*). Il legislatore ha poi tradotta tale regola in legge (loi n°86-1025 du 9 septembre 1986, che il Consiglio di Stato ha giudicato conforme alla CEDU, CE, 13 novembre 1996, M. Rholami, n°142003). Con il tempo, tuttavia, a questa eccezione sono state apportate gradualmente una serie di limitazioni, sicché anche in questo

L'eccezione all'obbligo di motivazione, tuttavia, riguarda un numero di casi ormai limitato, essendo stata progressivamente ridotta nel corso degli anni.

Nell'ordinamento francese e in quello inglese, invece, si ha una valorizzazione delle tutele alternative alla giurisdizione e, in certi casi, una riduzione delle tutele giurisdizionali.

Nell'ordinamento francese è stato introdotto, avverso i provvedimenti di rifiuto del visto d'ingresso, un meccanismo di ricorsi amministrativi preliminari obbligatori (*recour preliminaire obligatoire*, RAPO<sup>48</sup>) presso la *Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France* (CRV)<sup>49</sup>, organo di nomina ministeriale, a composizione mista<sup>50</sup>, afferente ai Ministeri degli esteri e degli interni.

Il ricorso va presentato entro due mesi dalla notificazione del provvedimento e può essere inoltrato dall'estero. La *Commission* non ha poteri decisori ma può soltanto esprimere raccomandazioni non vincolanti. I suoi provvedimenti possono

---

Paese il campo di applicazione dell'eccezione risulta ormai relativamente ridotto (art. L. 211-2 du CESEDA).

<sup>48</sup> A rigore, il ricorso preliminare alla *Commission* ha carattere obbligatorio soltanto per i provvedimenti di diniego del visto, mentre ha carattere facoltativo per quanto riguarda i provvedimenti di revoca del visto. Una deroga all'obbligo di effettuare il RAPO è inoltre prevista per alcune categorie di visti "vie privée et familiale", art. L.313-11 4° du CESEDA.

<sup>49</sup> Disciplinata dagli articles D211-5 à D211-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Décret n°2000-1093 du 10 novembre 2000 (Journal Officiel du 11 novembre 2000).

<sup>50</sup> Tre su quattro dei componenti della Commissione sono rappresentanti ministeriali, mentre il quarto è un membro attivo o onorario della magistratura amministrativa. Il Presidente, invece, deve venire dalla carriera diplomatica o consolare. Il giudizio sull'utilità di questo istituto appare non concorde. Alcuni osservatori ne sottolineano i limiti, non tanto per la natura non vincolante delle raccomandazioni che esprime, quanto per le percentuali relativamente basse di pareri negativi emessi; sembra infatti che nel 90% dei casi la *Commission* confermi il provvedimento negativo impugnato (e questo potrebbero indicare, secondo alcuni, un eccessivo grado di deferenza nei confronti delle valutazioni effettuate dalle autorità consolari). V. M. ADRIEN GOUTEYRON, *Trouver une issue au casse-tête des visas*, Rapport d'information n° 353, 2006-2007, 27 juin 2007, Sénate e v. ENA, *Le droit des visas et les droits fondamentaux* (ricerca condotta dagli allievi dell'Ecole nationale d'administration, Promotion 2009-2011). Del resto, anche in sede giurisdizionale il tasso di annullamenti dei provvedimenti di diniego dei visti d'ingresso è relativamente basso. Soltanto il 15% dei casi portati davanti al Consiglio di Stato sfocia in un annullamento del provvedimento impugnato. Il Rapport Gouteyron afferma che nel 2006 sono stati presentati 480 ricorsi per annullamento di un diniego di visto d'ingresso e che in 74 casi il Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento. Sembra invece che l'effettività delle raccomandazioni della *Commission* sia relativamente buona, in quanto l'amministrazione vi si conforma nel 75% dei casi.

poi essere impugnati presso il Tribunal Administratif de Nantes, dove la Commission ha sede, e successivamente in appello al Consiglio di Stato<sup>51</sup>.

Sempre in materia di visti d'ingresso, risultano proposti di frequente anche i ricorsi amministrativi in opposizione (*recours gracieux*)<sup>52</sup>.

Nel sistema inglese, invece, la decisione del First-tier Tribunal (Immigration and Asylum Chamber, FTIAC) in sede di *appeal* è preceduta dalla valutazione di un *entry clearance manager*, che ha la possibilità di riformare il provvedimento impugnato alla luce dei motivi di impugnazione del ricorrente<sup>53</sup>.

Negli ultimi anni si è avuta inoltre una graduale riduzione delle possibilità di proporre *appeal* avverso i provvedimenti di *entry clearance*, che attualmente possono essere impugnati soltanto in casi particolari (ad esempio i visti d'ingresso per motivi familiari), nonché ove lo straniero lamenti una *human rights claim* o abbia fondato la propria richiesta su *race discrimination grounds*<sup>54</sup>.

L'unico rimedio disponibile negli altri casi è il *judicial review*, che per le sue caratteristiche – in quanto strumento più formale e costoso degli *appeal*, oltre che limitato ad un mero esame di legittimità del provvedimento – risulta però meno vantaggioso e particolarmente difficile da presentare dall'estero (il che spiega la relativa scarsità di pronunce in materia, osservata da alcuni commentatori)<sup>55</sup>.

Un istituto particolare – che il legislatore inglese ha istituito anche come forma di compensazione per la graduale riduzione dei rimedi individuali in fase di ingresso – è la figura del *Chief Inspector of the UKBA* (United Kingdom Border

---

<sup>51</sup> Fino al 2010 i ricorsi avverso i provvedimenti della *Commission* potevano essere impugnate in unico grado davanti al Conseil d'Etat, ma l'aggravio che ciò comportava per quel giudice ha determinato lo spostamento in primo grado al Tribunale di Nantes (i ricorsi in materia di visto costituivano il 22% del carico di lavoro del Consiglio di Stato in sede di *compétence directe*, che a sua volta costituisce il 25-30% del carico di lavoro complessivo della Corte). Décret 2010-164 du 22 février 2010. Si osserva peraltro che in questo modo anche nel sistema francese (oltre che in quello italiano, dove la materia è di competenza del TAR Lazio) la giurisdizione sui visti d'ingresso risulta concentrata, per ragioni di competenza territoriale, presso un unico tribunale.

<sup>52</sup> ADRIEN GOUTEYRON, *Trouver une issue au casse-tête des visas*, cit.

<sup>53</sup> Si tratta di uno strumento limitato in confronto agli *appeal*, anzitutto dal punto di vista istruttorio (non essendo ammessi fatti nuovi, ma dovendosi decidere sulla base delle informazioni raccolte dall'amministrazione al momento della prima decisione).

<sup>54</sup> NIAA 2002, S 88A.

<sup>55</sup> G. CLAYTON, op. cit., p. 383.

Agency), un ispettore indipendente con funzioni di controllo amministrativo sugli atti dell'agenzia amministrativa competente in materia di controlli alle frontiere.

A tal fine esso si avvale di poteri istruttori, può ricevere segnalazioni da parte di individui o associazioni ed esprime le proprie valutazioni tramite *report* e raccomandazioni<sup>56</sup>.

In questa fase del percorso migratorio, infine, possono essere previsti accorgimenti processuali *ad hoc* volti a facilitare la presentazione del ricorso dall'estero (trattandosi di provvedimenti che, per definizione, vengono richiesti da soggetti che non si trovano nel territorio dello Stato)<sup>57</sup>.

### 2.2 *L'impugnazione dei provvedimenti relativi al soggiorno nel territorio*

L'impugnazione dei provvedimenti relativi al soggiorno presenta minori profili di specialità rispetto alle altre fasi del percorso migratorio.

Di regola, infatti, non sono previste eccezioni (quali quelle previste per i visti d'ingresso) alle garanzie procedurali tipiche del diritto amministrativo<sup>58</sup>, né forme di specialità per quanto riguarda la proposizione del ricorso e lo svolgimento del processo.

Alcune particolarità sono tuttavia presenti.

In alcuni casi, per ragioni di semplificazione, il legislatore prevede che il provvedimento negativo sul soggiorno possa essere impugnato congiuntamente con

---

<sup>56</sup> Il giudizio dei commentatori su tale istituto è complessivamente positivo, trattandosi di un organo capace di operare in modo effettivamente indipendente e di incidere sulle prassi della UKBA in senso migliorativo. Tuttavia vengono percepiti come limiti l'assenza di poteri vincolanti e la mancata previsione della possibilità di esprimersi in relazione a casi individuali. In particolare, il Select Committee on Home Affairs (Fifth Report of session 2007-8 HC 425, Conclusions and recommendations) ha raccomandato che al *chief inspector* sia conferito il potere di decidere su casi individuali e di rilasciare specifici rimedi. Per il momento, l'utilità dell'istituto emerge piuttosto in relazione alle ipotesi di violazioni "seriali" (peraltro non infrequenti in questo settore), che possono originare da prassi amministrative non pienamente conformi agli obblighi di tutela dei diritti umani.

<sup>57</sup> Nel sistema francese, ad esempio, il ricorso giurisdizionale (successivo al RAPO), è gratuito e non richiede l'assistenza di un avvocato (Art. R431-2 CJA), il termine a ricorrere è ampliato a 40 giorni (Art. R421-7 CJA) e sembra che il Consiglio di Stato interpreti in senso ampio i criteri di ammissibilità del ricorso (ammettendo anche ricorsi presentati da membri della famiglia dello straniero CE SSR, 30 settembre 1998, M. Kurekci, n°186185, p. 946-1080, e 159 CE SSR, 13 novembre 1998, Mme Belhaj, n°186263).

<sup>58</sup> In Francia è previsto che il provvedimento di diniego debba sempre essere notificato al destinatario (la mancata notifica costituendo un vizio rilevabile d'ufficio dal giudice), sia sempre motivato e debba indicare le vie di ricorso disponibili. X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 105.

altri provvedimenti, relativi all'ingresso o all'espulsione, a cui risulta collegato. Ciò avviene per alcuni tipi di permesso di soggiorno per motivi familiari, impugnabili congiuntamente al provvedimento sul visto di ingresso (in Francia) e, come si vedrà, in relazione alla disciplina dell'*ordre de quitter le territoire* (in Francia e Belgio).

Un altro caso particolare si segnala nel Regno Unito, con l'introduzione di un sistema a punti per il rilascio dei permessi di soggiorno per motivi di lavoro e studio (c.d. *point-based system*, PBS), volto anche a ridurre i margini di discrezionalità dell'amministrazione nel rilascio dei permessi.

Infatti, la pretesa "oggettività" del nuovo meccanismo di assegnazione dei punti è stata assunta come giustificazione per una riduzione dei diritti di proporre *appeal*, sia avverso i provvedimenti sulla *entry clearance*, sia per le *in-country applications* presentate da chi si trova già sul territorio inglese<sup>59</sup>.

Anche in questo caso la riduzione dei diritti di *appeal* è stata accompagnata dall'istituzione di un sistema di ricorsi amministrativi (c.d. *administrative review*), in funzione di compensazione<sup>60</sup>.

Un secondo profilo di interesse del sistema inglese è il ruolo svolto dagli *sponsor*, ossia quei soggetti esterni all'amministrazione – datori di lavoro, istituti universitari o altri enti – presso le cui strutture sono inseriti gli stranieri immigrati

---

<sup>59</sup> Avverso i provvedimenti di *entry clearance* che rientrano nel PBS possono essere proposti soltanto due motivi di *appeal*: che il provvedimento è discriminatorio ("unlawful by virtue of section 19B of the Race Relations Act 1976, discrimination by public authorities"), o che viola uno dei diritti tutelati dalla CEDU ("the decision is unlawful under section 6 of the Human Rights Act 1998, public authority not to act contrary to Human Rights Convention, as being incompatible with the appellant's Convention rights"), v. Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, section 84 (1) (b) e (c). La riduzione delle possibilità di presentare *appeal* riguarda soltanto i provvedimenti adottati sulla base del PBS. "The government justified loss of entry clearance appeal rights by the 'objective and verifiable' criteria of the PBS", G. CLAYTON, op. cit., p. 347. Infatti, il progetto di riforma si fonda su una distinzione tra "decisions based on a wide range of entry criteria, some of which are subjective and therefore have recourse to appeal" e "decisions made using an expanded point-based system and other objective criteria where possible, thus providing more consistency, and support by administrative review where appropriate", Home Office, A Points-Based System: Making Migration Work for Britain, 2005, p. 2.

<sup>60</sup> Il ricorso amministrativo va presentato entro 28 giorni ad un *entry clearance manager*, il quale deciderà entro altri 28 giorni. In sede di *administrative review* non sono ammesse prove nuove ("the review may not be used to introduce new evidence") e questo – viene osservato – può costituire un ostacolo per il ricorrente, nel caso di sopravvenienze normative in relazione alle quali sia necessario dimostrare la presenza di nuovi requisiti (in questa materia vale infatti il principio che il diritto applicabile alla fattispecie è quello in vigore al momento della decisione (*Odelola v SSHD* [2009] UKHL 25). "The rules to be applied to the application are those in force at the date of the decision, and not of the application. If rules change against the applicant after the application, the applicant has no opportunity to demonstrate compliance with new requirements" G. CLAYTON, p. 347.

(per motivi di lavoro, studio o altro) e che risultano coinvolti in modo significativo nella funzione amministrativa di controllo sulla regolarità degli ingressi e dei soggiorni<sup>61</sup>.

Dal punto di vista della tutela giurisdizionale, il funzionamento del meccanismo degli *sponsor* risulta infatti sottratto al sistema degli *appeals*<sup>62</sup>.

### 2.3 *L'impugnazione dei provvedimenti di espulsione*

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione dal territorio presenta alcune specificità rispetto al modello di tutela ordinario avverso i provvedimenti amministrativo, in quanto è caratterizzato dall'esigenze di bilanciare due interessi contrapposti, che in questa fase del percorso migratorio si manifestano con particolare forza: da un lato l'interesse pubblico ad assicurare l'efficacia (ed in

---

<sup>61</sup> La presenza di uno *sponsor* è obbligatoria per il rilascio di gran parte dei titoli di soggiorno e lo *sponsor* è soggetto ad una serie di responsabilità in ordine al controllo sul rispetto della legalità da parte degli stranieri che afferiscono a lui. L'assunzione del ruolo di *sponsor* è inoltre regolamentata da un articolato meccanismo di accreditamento obbligatorio (che rende di fatto abusivo lo svolgimento di tali funzioni – ad esempio l'iscrizione di studenti stranieri o l'assunzione di lavoratori immigrati – da parte di soggetti non accreditati). La possibilità per gli stranieri di entrare e soggiornare nel territorio viene quindi a dipendere anche da una serie di circostanze indipendenti dalla propria volontà, collegate agli atti e comportamenti di tali soggetti (ad esempio, la capacità del proprio *sponsor* di osservare gli *standard* qualitativi richiesti per conservare il proprio accreditamento)

<sup>62</sup> La UKBA esercita un controllo sugli *sponsor* e può, a titolo di sanzione, revocare l'accreditamento a quei soggetti o istituti che si rivelino non affidabili nell'esercizio del controllo sugli stranieri inseriti presso le loro strutture. Rispetto a questi provvedimenti le corti hanno dichiarato di esercitare, in sede di *judicial review*, un sindacato deferente, in ragione della particolare importanza degli interessi pubblici perseguiti dalla UKBA. In un caso recente, in cui un istituto universitario aveva impugnato la revoca del proprio accreditamento, la Corte (pur decidendo di annullare il provvedimento per motivi procedurali, per mancato preavviso al soggetto interessato) ha osservato che: “the primary judgment about the response to breaches of a College’s duty is the Defendant’s, and the Court’s role is simply supervisory”, “the capacity for damage to the national interest in the maintenance of proper immigration control is substantial if Colleges are not assiduous in meeting their responsibilities”, pertanto “it seems [...] that the Defendants are entitled to maintain a fairly high index of suspicion as they go about overseeing colleges and a light trigger in deciding when and with what level of firmness they should act”, infine “it is not for the Court to weigh with a finely calibrated scale just what response was justified” bensì “the Defendant have the responsibility of policing these arrangements and ensuring immigration control is not open to abuse by incompetent or dishonest sponsors and it is entitled to resort to revocation in circumstances as potentially serious as these”. *The London Reading College Ltd, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 2561 (Admin) (18 October 2010). In compenso, il meccanismo degli *sponsor* prevede alcuni accorgimenti procedurali *ad hoc*, anche a tutela dell'affidamento dello straniero. Ad esempio, poiché la perdita dell'accreditamento da parte di un istituto comporta la revoca del titolo di soggiorno per gli studenti stranieri iscritti presso di esso, gli studenti hanno diritto a ricevere adeguata comunicazione del provvedimento stesso e hanno un termine (generalmente 6 mesi) per cercare un altro *sponsor*. Questi principi sono in parte codificati ed in parte elaborati dalla giurisprudenza alla luce del principio di *fairness* V. G. CLAYTON, op. cit., p. 366.

certi casi la tempestività) dell'esecuzione delle misure di espulsione e, dall'altro lato, l'interesse a fornire tutele speciali allo straniero, i cui diritti e interessi sono colpiti in modo particolarmente diretto ed immediato dai provvedimenti di questo tipo<sup>63</sup>.

Le modalità di impugnazione dei provvedimenti di espulsione cambiano inoltre in relazione al tipo di provvedimento.

La maggior parte degli ordinamenti, infatti, distingue tra l'espulsione di stranieri irregolari e l'espulsione di soggetti ritenuti pericolosi per l'ordine pubblico, con discipline diverse tanto sul piano sostanziale<sup>64</sup>, quanto su quello procedurale e processuale.

In Francia<sup>65</sup>, in particolare, si distingue tra l'*obligation de quitter le territoire français* (OQTF), provvedimento che consegue alle decisioni negative sul soggiorno motivate da ragioni diverse dall'ordine pubblico<sup>66</sup>, e l'*expulsion*, il tipo più grave di espulsione, nei confronti dello straniero giudicato pericoloso per l'ordine pubblico. La *reconduite à la frontière*, invece, costituisce un'ipotesi ormai residuale che colpisce lo straniero che ha compiuto determinati reati (elencati dal legislatore) o ha violato la disciplina del lavoro<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Per un'analisi comparata della disciplina dell'espulsione in vari Paesi v. B. NASCIMBENE(ed.), *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Milano, 2001.

<sup>64</sup> Uno dei profili più importanti sul piano sostanziale è quello dei divieti di espulsione previsti a favore di certe categorie di persone. Essi non possono essere oggetto di analisi approfondita in questa sede. Per la Francia v. G. SALA CHIRI, op. cit..

<sup>65</sup> Per una ricostruzione di questi istituti francesi in lingua italiana v. D. GENOVESE, *La recezione della direttiva 2008/115/CE. Aspetti giuridici e sociologici in una prospettiva comparata*, in Ricerche, [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

<sup>66</sup> L'OQTF si qualifica come provvedimento del Prefetto accessorio alla decisione negativa sul soggiorno. L'OQTF è stato introdotto dalla *loi "Sarkozy"* del 24 luglio 2006 per ragioni di semplificazione procedurale, al fine di riunire in un unico provvedimento (nel caso in cui l'espulsione consegua ad un provvedimento negativo sul soggiorno) le decisioni sul soggiorno, sull'espulsione e sulla determinazione del Paese di destinazione.

<sup>67</sup> Oltre a queste tre forme principali di espulsione, sono previsti procedimenti speciali per l'espulsione di cittadini di Paesi terzi verso il Paese UE attraverso il quale hanno fatto ingresso o l'espulsione di soggetti segnalati nel sistema SIS ai fini della non ammissione o oggetto di provvedimenti di espulsione emessi da un altro Stato del sistema Schengen (art. L. 531). In quest'ultimo caso non sarà possibile, in sede di giudizio sul provvedimento di espulsione, sollevare in via di eccezione motivi di illegittimità del provvedimento negativo adottato dallo Stato estero.

Per quanto riguarda gli effetti, mentre l'*expulsion* comporta un divieto di rientrare nel territorio francese per un tempo indeterminato<sup>68</sup>, la *reconduite* e l'OQTF possono essere accompagnati o meno, a seconda delle circostanze, dal rilascio di una *interdiction* temporanea dal territorio.

Sul piano procedurale, l'OQTF non richiede sempre una motivazione (perché quest'ultima si ritiene contenuta nel provvedimento negativo sul soggiorno cui l'OQTF consegue), mentre la richiedono necessariamente la *reconduite* e l'*expulsion*<sup>69</sup>. Il provvedimento di *expulsion*, inoltre, per la particolare gravità degli effetti, è rilasciato a seguito di un procedimento amministrativo aggravato, in contraddittorio con lo straniero e con l'intervento di una commissione consultiva speciale<sup>70</sup>.

Per quanto riguarda l'esecuzione, mentre l'OQTF prevede di regola un termine per la partenza volontaria dello straniero<sup>71</sup>, l'*expulsion* e la *reconduite* sono eseguite in modo coattivo, con possibilità di porre lo straniero in stato di *rétenion administrative*.

---

<sup>68</sup> Gli effetti di questa interdizione vengono meno con l'*abrogation* del provvedimento, d'ufficio o su richiesta dello straniero. L'amministrazione ha l'obbligo di riesaminare i motivi dell'espulsione ogni cinque anni.

<sup>69</sup> Questi ultimi sono infatti qualificati come *mesure de police* ai sensi della legge del 11 luglio 1979 (che disciplina tra le altre cose l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi). L'OQTF, invece, può fare rinvio alla motivazione contenuta nel provvedimento negativo sul soggiorno al quale consegue.

<sup>70</sup> Lo straniero è convocato, con preavviso di 15 giorni, avanti alla Commission d'expulsion (art. L. 522-1), composta da tre magistrati (due civili ed uno amministrativo). Essa si pronuncia entro un mese, con un parere obbligatorio ma non vincolante. È possibile procedere senza consultare la Commission, in deroga alla procedura ordinaria, soltanto in casi di *urgence absolue*. L'*expulsion* si articola a sua volta in tre sottocategorie, di gravità diversa: l'*expulsion simple*, per *menace grave pour l'ordre public* (art. L. 521-1), l'*expulsion* ministeriale adottata per *nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique* (art. L. 521-2) e infine la più grave *expulsion* ministeriale per comportamenti che minacciano gli interessi fondamentali dello Stato, hanno carattere terroristico o incitano all'odio o alla violenza (art. L. 521-3). A differenza della prima, le seconde presentano quasi per definizione il requisito dell'urgenza e seguono pertanto la procedura derogatoria.

<sup>71</sup> Di regola l'OQTF prevede un termine per la partenza volontaria (*délai de départ*) pari a un mese, trascorso il quale l'amministrazione può procedere all'esecuzione d'ufficio e predisporre, ma soltanto entro il termine di un anno dalla notificazione dell'OQTF, la *rétenion administrative* dello straniero. Nel caso in cui lo straniero non abbia adempiuto spontaneamente, trascorso un anno dalla notificazione dell'OQTF potrà essere adottato un provvedimento di *reconduite à la frontière*.

Per i soggetti per i quali sia impossibile procedere all'espulsione (né verso il Paese d'origine, né verso altri) è prevista la misura alternativa della *assignation à résidence*<sup>72</sup>.

Anche in Belgio si distingue tra un provvedimento di espulsione accessorio al diniego di un titolo di soggiorno (*ordre de quitter le territoire*, di competenza del prefetto<sup>73</sup>) ed altri tipi di espulsione, motivati da ragioni di ordine pubblico o da specifiche violazioni della normativa sul soggiorno da parte dello straniero: il *renvoi*, di competenza ministeriale<sup>74</sup>, e l'*arrêt royal d'expulsion*, provvedimento regio di espulsione dei soggetti che abbiano ottenuto lo *status* di soggiornanti a tempo indeterminato (*établissement*)<sup>75</sup>.

Il *renvoi* e l'*expulsion* hanno entrambi effetti più gravi in quanto determinano un divieto decennale di fare ingresso nel territorio.

Come in Francia, anche in Belgio l'adozione dei provvedimenti di allontanamento richiede – nei casi previsti dalla legge<sup>76</sup> – un aggravio

---

<sup>72</sup> Si tratta di una misura che limita la libertà di circolazione dello straniero, obbligandolo a risiedere in un determinato luogo e a presentarsi periodicamente presso le autorità di polizia. La misura può essere impugnata singolarmente, con ricorso avanti al giudice amministrativo (eventualmente corredato da richieste cautelari) oppure congiuntamente al relativo provvedimento di allontanamento (osservandosi, in tal caso, il relativo regime processuale).

<sup>73</sup> Come in Francia l'OQTF non richiede di essere motivato, anche in Belgio la natura accessoria dell'OQTF si riflette sul regime della motivazione. “Lorsque l'Office des étrangers a pu déclarer la demande d'autorisation de séjour irrecevable, l'ordre de quitter qui est pris accessoirement à cette décision 'est motivé à suffisance de fait et de droit par la constatation [...] que l'intéressés demeurent dans le Royaume au-delà du délai fixé”, CCE, n. 5498, 8 janvier 2008, cit. in P. HUBERT, op. cit., p. 63.

<sup>74</sup> Sono previsti alcuni divieti progressivi di *renvoi* a favore di tre categorie di persone: alcune possono essere espulse soltanto in caso di minaccia grave all'ordine pubblico o alla sicurezza nazionale (ad esempio lo straniero che risiede regolarmente nel territorio da almeno 10 anni), le seconde soltanto in caso di minaccia grave alla sicurezza nazionale (ad esempio le persone che risiedono regolarmente da almeno 20 anni), le altre godono di un divieto assoluto di espulsione (il rifugiato e lo straniero che ha sempre vissuto regolarmente in Belgio da quando vi è nato, o da quando vi è giunto prima dell'età di 12 anni).

<sup>75</sup> Si tratta dell'*arrêt royal d'expulsion*, provvedimento regio, cui si applicano limiti molto simili a quelli del *renvoi*, ed è richiesto il parere della Commissione negli stessi casi. Il termine per la partenza volontaria non può essere inferiore a un mese. In questo caso, però, il ricorso contro la misura espulsiva non ha effetto sospensivo in sé. Tuttavia, se lo straniero si trova in stato di detenzione può ricorrere alla *procédure de l'extrême urgence*.

<sup>76</sup> Per lo straniero cui il diritto di soggiorno è stato riconosciuto nel quadro della protezione sussidiaria, oppure per lo straniero che, prima della detenzione, aveva un rapporto familiare stabile con un coniuge residente in Belgio o esercitava la potestà di un figlio regolarmente soggiornante in Belgio.

procedimentale, che consiste nella richiesta di un parere obbligatorio alla *Commissione consultative des étrangers*, organo consultivo a composizione mista (in parte giurisdizionale e in parte amministrativa)<sup>77</sup>.

Per quanto riguarda la loro esecuzione, i tre provvedimenti prevedono di regola un termine per l'allontanamento volontario (almeno 15 giorni per il *renvoi*, o un mese per l'*expulsion*). In casi di eccezionale gravità il Ministro dell'Interno, ove necessario per la protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, può disporre l'esecuzione coattiva dell'allontanamento, mediante *remise à la frontière*<sup>78</sup>. A questo fine lo straniero può essere trattenuto per il tempo strettamente necessario per l'esecuzione della misura<sup>79</sup>.

Anche in Gran Bretagna si distingue tra il provvedimento di *deportation*, che colpisce lo straniero che ha commesso determinati crimini, e il provvedimento di *removal*, che invece colpisce lo straniero privo dei requisiti per il soggiorno, o che ha violato le condizioni del soggiorno sul territorio<sup>80</sup>.

Mentre al primo si ricollegano conseguenze più gravi – segnatamente un divieto di fare ingresso nel territorio a durata indeterminata (interrotto soltanto dall'eventuale revoca del provvedimento stesso) – il secondo comporta divieti di rientro per periodi più brevi<sup>81</sup>.

Al primo si ricollegano inoltre maggiori garanzie sul piano processuale e procedurale che al secondo. Nei casi di *deportation*, ad esempio, non è infrequente che il Secretary of State dia allo straniero la possibilità di avanzare proprie

---

<sup>77</sup> Istituita dalla loi du 15 décembre 1980.

<sup>78</sup> Art. 25 loi du 15 décembre 1980.

<sup>79</sup> Art. 27 e art. 29 loi du 15 décembre 1980.

<sup>80</sup> Per quanto riguarda i cittadini UE, per i quali l'ingresso nel territorio costituisce un diritto, è difficile ipotizzare dei casi in cui possano essere oggetto di un provvedimento di *removal* (salvo, ad esempio, il caso di ingresso in violazione di un divieto di rientro derivante da un precedente provvedimento di *deportation*). Per una ricostruzione di questi istituti in lingua italiana v. D. GENOVESE, *La recezione della direttiva 2008/115/CE. Aspetti giuridici e sociologici in una prospettiva comparata*, in Ricerche, [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

<sup>81</sup> Il fatto che lo straniero sia stato removed costituisce un motivo obbligatorio di diniego (*mandatory ground for refusal of entry clearance or leave to enter*) per un periodo di dieci anni. Da quanto il termine è stato portato a dieci anni (nel 2008) è stato osservato come la differenza tra *removal* e *deportation*, sotto questo punto di vista, si sia ridotta. Va comunque osservato che nei casi di *removal* fanno eccezione a tale divieto di rientro le richieste per motivi familiari (mentre il divieto di reingresso dei provvedimenti di *deportation* non è soggetto a tale eccezione).

osservazioni prima dell'adozione del provvedimento<sup>82</sup>. Lo straniero ha comunque diritto, in relazione a entrambi i provvedimenti, a ricevere la notificazione dello stesso, con l'indicazione delle relative ragioni e dei *right of appeal*<sup>83</sup>.

Negli ultimi anni l'ordinamento inglese si caratterizza per una duplice tendenza. In primo luogo si ha un ampliamento delle ipotesi di *deportation* – attraverso la creazione, sia di fattispecie ampiamente discrezionali (la *deportation conducive to a public good*), sia di ipotesi di *deportation* automatica e del tutto vincolata<sup>84</sup>. In secondo luogo, si ha un trasferimento di alcune fattispecie dalla disciplina della *deportation* a quella della *removal* (che, come si è anticipato, presenta minori garanzie della prima).

L'esecuzione forzata dei *deportation order* e delle *removal* si realizza con l'emanazione delle *removal directions*, dirette dal Secretary of State o da un *immigration officer* al trasportatore responsabile per effettuare l'allontanamento. Peraltro, le *removal directions* non possono essere eseguite in pendenza di un *appeal*<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> “Representations are normally sought from the proposed deportee before the decision is reached”, I. MACDONALD, op. cit., p. 1306. Ciò al fine di entrare in possesso di tutti gli elementi rilevanti per l'assunzione della decisione.

<sup>83</sup> Immigration (Notice) Regulations 2003.

<sup>84</sup> Competente ad adottare i provvedimenti di *deportation* è il Secretary of State, oppure gli *officials* dello Home Office ed altri *immigration officers*, su delega del Secretary. Il provvedimento di *removal*, invece, è di regola discrezionale. V. I. MACDONALD, op. cit., p. 1355. I casi di *deportation* sono quattro: 1) quando lo straniero, maggiorenne, ha subito una condanna penale ad almeno 12 mesi di detenzione (*custody*), v. UK Borders Act 2007, s 32; 2) quando il Secretary of State ritiene che l'espulsione sia *conducive to the public good*, v. Immigration Act 1971, s 3(5)(a); 3) quando un membro della famiglia dello straniero è stato espulso; 4) a seguito di raccomandazione del giudice penale. Di regola il provvedimento di *deportation* richiede un bilanciamento tra l'interesse pubblico ad espellere lo straniero e l'interesse di quest'ultimo a rimanere nel territorio (tenendo conto di vari fattori, quali la sua età, la durata del suo soggiorno nel Regno Unito e la presenza di legami familiari o lavorativi nel territorio, v. HC 395, para 364). La *deportation on public good grounds* conferisce un margine di discrezionalità molto ampio all'amministrazione. Lo *UK Borders Act 2007* (ss 32-39) ha però introdotto una serie di ipotesi di “automatic deportation order”, per i quali opera una sorta di presunzione che l'espulsione sia “conducive to the public good” (in altri termini, che l'interesse pubblico all'espulsione dello straniero prevalga sugli interessi di quest'ultimo), salvo casi eccezionali. In particolare, l'unica ipotesi di espulsione automatica attualmente in vigore è quella dello straniero condannato ad almeno 12 mesi di *custody*; lo *UK Borders Act 2007* ha conferito al Secretary of State il potere di ampliare il novero delle ipotesi di espulsione automatica dello straniero che sia stato *imprisoned* per gravi reati, ma non risulta che tale potere sia stato ancora esercitato. L'automaticità della fattispecie viene meno, in via di eccezione, soltanto in ipotesi particolari, tra cui i casi in cui la *deportation* potrebbe violare la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, la CEDU, o il diritto comunitario.

<sup>85</sup> 2002 Act s 78, 2006 Act s 47.

L'esecuzione dell'espulsione costituisce una delle fasi più problematiche del percorso migratorio, perché soggetta ad una serie di ostacoli, anche pratici, che dipendono solo in parte dall'amministrazione, quali la mancanza di documenti di identificazione, la mancanza di coordinamento istituzionale, la mancanza di vettori per eseguire il trasporto o di tragitti sicuri<sup>86</sup>. Anche il Regno Unito prevede quindi programmi di *voluntary departure*<sup>87</sup>.

Tanto premesso in ordine alla disciplina sostanziale dei vari istituti, è possibile evidenziare le caratteristiche della tutela giurisdizionale avverso gli stessi.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale in Francia, l'OQTF può essere impugnato davanti al giudice amministrativo mediante una procedura speciale che prevede l'impugnazione unitaria di vari provvedimenti (il provvedimento negativo sul soggiorno, l'OQTF e il provvedimento che individua lo Stato di destinazione dell'espulsione). Il ricorso ha effetto automaticamente sospensivo e i termini per ricorrere sono dimezzati rispetto a quelli ordinari (1 mese anziché 2)<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> E' possibile notare come i problemi che emergono in questa fase siano comuni a tutti gli ordinamenti. Questi fattori organizzativi, infatti, "are at least as important as legal issues in explaining why, although someone may be an illegal entrant or their asylum claim may have failed, they cannot necessarily be removed from the UK. The gap between the numbers of people who have no rights in law to remain and the numbers removed is not just due to government inefficiency or non-compliance by those to be removed" G. CLAYTON, op. cit., p. 605. Questo tipo di difficoltà può poi comportare il prolungamento dei tempi di detenzione. Ad esempio "obstacles to obtaining travel documents to effect a removal may result in extended detention while the authorities attempt to resolve the problem". G. CLAYTON, p. 606. In definitiva "obstacles to return are commonly an amalgam of fact, governmental practice and policy, international law and local law, often in a form which is impossible to disentangle" *R (MS, AR and FW) v SSHD* [2009] EWCA Civ 1310, punto 26.

<sup>87</sup> Prima dell'emanazione del *deportation order*, sicché non si produce il divieto di rientro. Il provvedimento cui si ricollega il divieto di rientro è infatti il *deportation order*. I benefici di questo strumento sono tuttavia relativi, se si considera che le ragioni dell'espulsione potranno essere fatte valere come motivi per negare il rilascio di un'autorizzazione all'ingresso. I. MACDONALD, op. cit., p. 1313. Inoltre, nel caso in cui il *deportation order* sia stato emesso ma lo straniero è partito volontariamente prima di esserne notificato, egli è ritenuto comunque come *deported* (e quindi non gode dei benefici della *voluntary departure*). Un altro istituto volto a facilitare l'allontanamento dello straniero è la *supervised departure*, a mezzo della quale il Secretary of State copre tutte le spese di viaggio, ma lo straniero rinuncia espressamente al proprio diritto di presentare *appeal* avverso la misura.

<sup>88</sup> Il termine a ricorrere è di un mese. Lo stesso vale per l'appello (a effetto non sospensivo) che può essere proposto alla Cour Administrative d'Appelle competente. I poteri che il giudice può esercitare in questa sede sono quelli ordinari e includono il *pouvoir d'injonction*. L'effetto dell'annullamento dell'OQTF comporta, ove consegua all'annullamento del provvedimento sul soggiorno, il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo in attesa che l'amministrazione adotti un nuovo provvedimento. Altrimenti, ove l'annullamento sia dovuto ad altri motivi, non comporta strumenti di esecuzione particolari.

Tuttavia, nel caso in cui l'OQTF sia stato rilasciato senza concedere un termine per la partenza volontaria, lo straniero dispone soltanto di 48 ore per impugnarlo. Il giudice deve decidere di regola entro 3 mesi, oppure entro il termine molto più breve 72 ore nel caso in cui lo straniero si trovi in stato di detenzione amministrativa<sup>89</sup>. Segue la stessa disciplina anche il ricorso avverso la *reconduite à la frontière*, (promosso entro 48 ore e deciso entro 72).

Invece, il ricorso contro il provvedimento di *expulsion* – storicamente considerato un provvedimento di *haute police*, sottratto al controllo giurisdizionale<sup>90</sup> – segue oggi le forme del normale *recours pour excès de pouvoir* davanti al giudice amministrativo, con termine di impugnazione ordinario di due mesi<sup>91</sup>. Esso non ha effetto sospensivo ma può essere accompagnato da una richiesta di misura cautelare<sup>92</sup>.

La fissazione del Paese di destinazione è contenuta in un provvedimento separato, la cui impugnazione segue, di regola, il regime del relativo provvedimento di allontanamento<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Alcuni commentatori sottolineano l'illogicità della disciplina, perché non si spiegherebbe il contrasto tra i termini particolarmente lunghi per la decisione (3 mesi) e l'urgenza espressa dal breve termine di impugnazione. Nel caso in cui lo straniero si trovi in stato di detenzione, invece, i termini particolarmente brevi per la decisione sono volti a far sì che il giudice amministrativo possa esprimersi sulla legittimità dell'espulsione prima che il *juge des libertés et de la détention* si pronunci sulla legittimità del provvedimento di detenzione (come si vedrà, l'intervento del JLD è necessario soltanto dopo 4 giorni di detenzione). In questo modo si facilita l'espulsione, evitando di fatto la possibilità che lo straniero venga liberato prima della sua esecuzione. D. SEGUIN, *Guide du contentieux*, op. cit., p. 72.

<sup>90</sup> Il Consiglio di Stato ha accolto per la prima volta un ricorso in materia nel 1884, ma fino agli anni '70 del secolo scorso il sindacato esercitato in sede giurisdizionale risultava limitato all'errore di fatto e di diritto, escludendo qualsiasi controllo sui motivi del ricorso. Oggi esso risulta esteso anche all'*erreur manifeste d'appréciation*, ma le ipotesi di annullamento sono comunque statisticamente infrequenti. X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 180.

<sup>91</sup> L'annullamento dell'espulsione fa rivivere il titolo di soggiorno di cui lo straniero fosse eventualmente in possesso al momento dell'adozione della misura.

<sup>92</sup> *Référé-suspension* (che può essere chiesto anche nel caso in cui il provvedimento sia già stato eseguito, per ottenere la sospensione degli effetti del divieto di reingresso nel territorio), o *référé liberté* (ad esempio nel caso in cui la misura violi la libertà di vivere con la propria famiglia).

<sup>93</sup> L'*arrêté fixant le pays de destination* deve essere motivata. Può essere impugnata assieme all'OQTF o alla *reconduite* ed in tali casi l'effetto sospensivo del ricorso si estende anche ad essa. Ove invece la misura sia impugnata separatamente da tali provvedimenti si applica il regime processuale ordinario, caratterizzato dalla mancanza di effetto sospensivo automatico del ricorso ma con possibilità di chiederne la sospensione con un *référé-suspension*.

In Belgio, invece, i provvedimenti di allontanamento possono essere impugnati entro 30 giorni dalla notificazione, davanti al CCE (anche in questo caso il termine è dimezzato rispetto a quello ordinariamente previsto per i provvedimenti amministrativi)<sup>94</sup>.

Il ricorso al CCE non ha effetto sospensivo, ma per alcuni casi specifici indicati dal legislatore è stabilito che il provvedimento non possa essere eseguito durante la pendenza del termine a ricorrere (a meno che lo straniero non vi acconsenta)<sup>95</sup>.

Inoltre, è possibile avanzare al CCE una richiesta di misura cautelare nelle forme del *référé suspension* e, quando l'esecuzione del provvedimento risulta imminente (ossia, in genere, quando lo straniero si trova già in stato di detenzione amministrativa), un *recours en suspension d'extrême urgence*, che consiste nella richiesta di rilasciare una misura cautelare urgente *inaudita altera parte*<sup>96</sup>. Tale richiesta ha l'effetto di sospendere automaticamente l'esecuzione del provvedimento, fino alla pronuncia del giudice in sede cautelare<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> In quanto provvedimento accessorio (*accessoire*) rispetto al provvedimento negativo sul soggiorno, il vizio di quest'ultimo si trasmette al primo. Il rapporto di vera e propria presupposizione tra i due provvedimenti si traduce anche in un onere per il ricorrente di impugnare l'atto presupposto congiuntamente a quello presupponente, come condizione di ammissibilità della domanda. Il CCE, infatti, ritiene che il ricorso contro il provvedimento espulsivo sia inammissibile per carenza di interesse ove non sia stato presentato ricorso avverso il provvedimento negativo sul soggiorno (CCE 2337, 4 ottobre 2007, R11523).

<sup>95</sup> L'elenco di questi casi è previsto all'art. 39/79 (ad esempio l'allontanamento dei familiari di uno straniero regolarmente residente, o il provvedimento di *renvoi* che, in sede procedimentale, non sia stato oggetto di un parere della Commission). Inoltre, l'espulsione forzata non può essere eseguita mentre sono pendenti i termini per presentare ricorso o in pendenza del ricorso (art. 39/70).

<sup>96</sup> Article 39/82, §2, alinéa 1er, L. 15/12/1980. Per la presentazione di questa richiesta lo straniero gode di un termine di 5 giorni, durante i quali la misura non può comunque essere eseguita. Tale termine era originariamente pari a 24 ore, ma la Corte Costituzionale lo ha giudicato incostituzionale in quanto troppo breve (C. Cost. 81/2008).

<sup>97</sup> La richiesta di sospendere il provvedimento può altresì essere accompagnata da una richiesta di *mesure provisoire* (ossia misure cautelari anche diverse dalla sospensione, quali il rilascio di un titolo di soggiorno provvisorio per la durata del giudizio, artt. 39/84, 39/85). Il CCE può infatti ordinare, ove sia stato fatto oggetto di una domanda di sospensione, “toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire, à l'exception des mesures qui ont trait à des droits civils”. Infine, trova applicazione soprattutto in relazione ai provvedimenti di espulsione lo strumento del *référé judiciaire*, a mezzo del quale “les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent [...] interdire temporairement à l'État belge la mise à execution d'un ordre de quitter le territoire”, Cour d'appelle de Bruxelles, 20 novembre 2008, 2007/KR/140, cit. in P. HUBERT, *Le status administratif de étrangers après les réformes du 15 septembre 2006*, 2009, p. 51.

In Francia, inoltre, avverso i provvedimenti di espulsione è possibile presentare anche ricorso amministrativo (mentre in Belgio tale possibilità è stata eliminata con la creazione del CCE)<sup>98</sup>.

In Inghilterra, avverso i provvedimenti di espulsione sono di regola ammessi sia l'*appeal* sia il *judicial review*.

A differenza delle corti, l'Administrative Tribunal non ha il potere di sospendere l'espulsione, ma la sospensione opera comunque in modo automatico in alcuni casi. Infatti, in alcune ipotesi la legge prevede che sia possibile presentare *appeal* all'interno del territorio (c.d. *in-country appeal*) e che il provvedimento di espulsione debba rimanere sospeso fino alla decisione del Tribunal<sup>99</sup>. In altri casi, invece, l'*appeal* può essere richiesto soltanto *out-of-country*, ossia dopo che l'allontanamento è stato eseguito.

Soltanto il ricorso in *judicial review*, permette di ottenere, in tali casi, una sospensione del provvedimento (*stay*) e di prolungare la permanenza dello straniero sul territorio per la durata del giudizio<sup>100</sup>. Inoltre, durante la pendenza del *judicial review* lo Home Office osserva comunque la prassi di non eseguire l'espulsione.

Il *deportation order* offre maggiori garanzie in quanto di regola può essere impugnato in *appeal* all'interno del territorio (salvo nel caso di *automatic deportation*)<sup>101</sup>, mentre la *removal* è impugnabile *in-country* soltanto in certi casi (principalmente nel caso di pretese fondate sul diritto d'asilo o sulla violazione di un diritto umano, c.d. *asylum claim e human rights claim*)<sup>102</sup>. Peraltro, nel caso in cui il

---

<sup>98</sup> V. CARLIER, SAROLEA, *La Belgique*, in B. NASCIMBENE, op. cit.

<sup>99</sup> Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, s 92(4)(a). "Enforcement action cannot be effected whilst a suspensive rights of appeal under sec 82(1) of the Nationality Immigration and Asylum Act 2002 is pending", I. MACDONALD, op. cit., p. 1363.

<sup>100</sup> G. CLAYTON, op. cit., p. 588.

<sup>101</sup> NIAA 2002 92 (2) e (1). Avverso le *automatic deportation* non è possibile fare *appeal*, salvo in presenza di una delle eccezioni.

<sup>102</sup> Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, Parts 4 e 5. Questa differenza deriva dal fatto che il *removal* nasce come provvedimento analogo al respingimento, che realizza – secondo la disciplina originariamente prevista dall'Immigration Act 1971 – l'allontanamento dei soggetti privi dei requisiti all'ingresso fermati presso i valichi di frontiera (*people who have been refused leave to enter*) o entro poco tempo dall'ingresso (*illegal entrants*). Con il tempo, tuttavia, la fattispecie è stata ampliata. La definizione di *illegal entrant*, inizialmente limitata in senso temporale, a includere soltanto le persone fermate entro un certo periodo dall'ingresso (24 ore secondo il Commonwealth Immigrants Act del 1962, estesi a 28 giorni da un Act del 1968) risulta oggi priva di tali limiti. Uno straniero fermato sul territorio privo dei requisiti per il soggiorno può quindi essere qualificato come *illegal entrant* ed essere oggetto di *removal* anche a distanza di anni dall'ingresso nel territorio. Lo Immigration and

Secretary of State certifichi che la *human rights claim* è “clearly unfounded” l’effetto sospensivo dell’*appeal* non si produce<sup>103</sup>.

Nel caso in cui il Secretary of State certifichi che l’espulsione è motivata da ragioni di sicurezza nazionale o di tipo politico, l’*appeal* va presentato alla SIAC<sup>104</sup>. Di regola, mentre i termini per presentare *appeal* sono in corso e in pendenza di giudizio non possono essere emessi o eseguiti *deportation orders*<sup>105</sup>. Salvo nei casi in cui il provvedimento sia motivato da esigenze di sicurezza nazionale<sup>106</sup>.

Le *removal directions* non sono autonomamente impugnabili in sede di *appeal* e l’unico rimedio disponibile è il *judicial review*<sup>107</sup>. La prassi prevede che esse siano notificate almeno 72 ore prima dell’esecuzione (anche se in casi particolari è possibile prevedere termini più brevi). Durante questo termine lo straniero può presentare *judicial review* e ottenere un’*injunction* che intimi all’amministrazione di non dare corso all’espulsione. E’ prassi dello Home Office non eseguire l’espulsione se lo straniero ha presentato richiesta di *judicial review* avverso le *removal directions*<sup>108</sup>.

---

Asylum Act 1999 ha esteso la *removal* a tre ipotesi prima coperte dalla *deportation*: gli stranieri rimasti sul territorio oltre la scadenza del proprio titolo (*oversatyers*), gli stranieri che hanno violato le condizioni del soggiorno, o quelli che hanno ottenuto il titolo di soggiorno in modo fraudolento. V. G. CLAYTON, op. cit., p. 598.

<sup>103</sup> NIAA 2002 s 94.

<sup>104</sup> Questo ricorso può essere presentato di regola soltanto *out-of country*, a meno che lo straniero non vanti una *human rights claim*. In tal caso l’*appeal* può essere presentato *in-country*, a meno che il Secretary of State non certifichi che l’espulsione non viola i diritti umani del ricorrente. Avverso questa decisione del Secretary of State è ammesso comunque un *in-country appeal*.

<sup>105</sup> Anche nel caso in cui la *deportation* sia raccomandata da un giudice, in pendenza dei termini per presentare *appeal* e in pendenza di giudizio, non può essere emanato il *deportation order*. V. s 79 Act 2002.

<sup>106</sup> Lo Immigration, Asylum and Nationality Act 2006 s 7 esclude l’applicabilità in questi casi della s 79 dell’Act del 2002.

<sup>107</sup> L’Act del 2002 non le include tra le *appealable decisions*. Peraltro, se nella maggior parte dei casi le *removal directions* sono rilasciate anche a molta distanza dal provvedimento espulsivo cui danno esecuzione, nel caso in cui siano rilasciate a poca distanza dallo stesso, il *tribunal* potrà prenderle in considerazione in sede di *appeal* contro il provvedimento principale. “Where removal directions are given as part of, or incidental to, an appealable decision [...] the directions may also be considered as part of the appeal, though normal practice is to give the removal directions well after any appealable decision”, G. CLAYTON, op. cit., p. 606.

<sup>108</sup> Tuttavia “after some representatives achieved suspension of their client’s removal by giving notice within 72 hours of their intention to seek judicial review but then taking no further steps in the proceedings, the Home Office amended its policy so that removal would only be suspended if grounds were lodged in full (Policy note, 2 March 2007)”, G. CLAYTON, op. cit., p. 608. Sul punto v. anche R.

#### 2.4 *L'impugnazione dei provvedimenti di respingimento*

In tutti gli ordinamenti è prevista la possibilità che lo straniero sia allontanato alla frontiera, ove privo dei requisiti per l'ingresso, con un provvedimento analogo a quello del respingimento nell'ordinamento italiano. Tali provvedimenti sono spesso simili all'espulsione, ma presentano alcune particolarità sotto il profilo procedurale e delle tutele giurisdizionali.

Nell'ordinamento francese, in particolare, lo straniero privo dei requisiti per l'ingresso può essere fermato alla frontiera e, se privo dei requisiti per l'ingresso, essere oggetto di un provvedimento di *refus d'entrée*<sup>109</sup>, un provvedimento scritto e motivato che comporta l'obbligo di lasciare il territorio volontariamente, ma può essere oggetto di esecuzione forzata da parte dell'amministrazione in caso di inottemperanza.

La tutela giurisdizionale avverso tale provvedimento è disciplinata dal rito ordinario davanti al giudice amministrativo (con termine di decadenza pari a 2 mesi) e, a differenza del ricorso avverso il provvedimento di espulsione, risulta privo di effetto sospensivo.

Soltanto per il *refus d'entree opposé aux demandeurs d'asile*, a seguito della sentenza *Gebremedhin* della Corte EDU, è stato previsto che il ricorso abbia effetto automaticamente sospensivo del provvedimento. In tali casi il ricorso deve essere presentato al presidente del tribunale amministrativo territorialmente competente entro il termine molto breve di 48 ore ed il giudice decide entro il termine di 72 ore (l'esecuzione del provvedimento rimane sospesa fino alla scadenza del termine di impugnazione e, poi, durante la durata del ricorso)<sup>110</sup>.

---

THOMAS, *Judicial review challenges to removal decisions*, in *Immigration Law Digest*, vol. 14, no. 1 Spring, pp. 2-6.

<sup>109</sup> I casi possono essere principalmente tre: la mancanza dei documenti richiesti all'ingresso dal codice frontiere Schengen, il fatto che lo straniero sia già oggetto di un provvedimento di espulsione, oppure che costituisca una minaccia per l'ordine pubblico (indipendentemente dal fatto che sia titolare o meno di un permesso di soggiorno, la valutazione è discrezionale, con l'unico limite del dovere per l'amministrazione di esaminare il caso concreto e di motivare il provvedimento in modo specifico, non essendo sufficiente il mero richiamo alla pericolosità del soggetto, e di dare prova della sua pericolosità). Art. 213 – 2 CESEDA. X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 58.

<sup>110</sup> Loi 20 novembre 2007, art. L213-9 CESEDA.

In Belgio lo straniero privo dei requisiti per l'ingresso può essere oggetto di una misura di *refoulement*<sup>111</sup>. Esso può essere impugnato entro 30 giorni presso il CCE ed il ricorso non ha effetto sospensivo a meno che lo straniero non presenti una richiesta di *suspension en extrême urgence* quando l'esecuzione del provvedimento sia imminente. In questo caso l'esecuzione del provvedimento resta sospesa fino alla pronuncia sulla richiesta cautelare di sospensione<sup>112</sup>.

Nell'ordinamento inglese, invece, lo straniero privo del requisito di ingresso è oggetto di un *refusal of entry* e, se non si allontana spontaneamente dal territorio, può essere respinto con un provvedimento di *removal* (ossia la procedura di espulsione più semplice, in confronto alla *deportation*)<sup>113</sup>.

Avverso tale provvedimento, come si è detto, può essere proposto *appeal* soltanto *out-of-country*, salvo nei casi di *asylum claim* o *human rights claim*, per i quali l'esecuzione del respingimento rimane sospesa durante la pendenza del giudizio<sup>114</sup>.

E' interessante osservare come sia presente in tutti i Paesi analizzati una tendenza a spostare verso l'esterno del territorio lo svolgimento dei controlli sull'ingresso (e in certi casi l'adozione dei provvedimenti di respingimento).

---

<sup>111</sup> Il provvedimento può essere adottato nei confronti del soggetto non ancora entrato nel territorio, pertanto anche il soggetto mantenuto in un *centre fermée*. Nel caso in cui sia superato il limite massimo della detenzione o la stessa non sia stata prolungata, lo straniero viene liberato ma – avendo fatto, a quel punto, ingresso irregolare nel territorio – potrà essere allontanato con un OQTF. Art. 74/5, §4, L. 15/12/1980.

<sup>112</sup> Viene peraltro osservato come nella prassi la sospensione cautelare del provvedimento di *refoulement* da parte dei giudici sia molto infrequente. V. L'ADDE, *La détention administrative des étrangers*, Dossier thématique, Décembre 2011, p. 18.

<sup>113</sup> E' infatti stabilito che la persona che giunge nel Regno Unito a cui è rifiutato il *leave to enter* può essere rimossa su ordine di un *immigration officer*, Immigration Act 1971 Sch 2 para 8(1). Tecnicamente, poiché non sono stati autorizzati all'ingresso, questi soggetti sono sempre rimasti esterni al territorio. Avverso la *refusal of leave to enter* è possibile chiedere *appeal in-country* solo da parte di alcuni soggetti (ossia quelli in possesso di *entry clearance*, i cittadini UE, quelli che hanno avanzato una *human rights claim* o una *asylum claim*) Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 s 92, a meno che il Secretary of State non certifichi che la *asylum* o *human rights claim* è “clearly unfounded” s 94). Per questi soggetti la *removal* non viene eseguita in pendenza di *appeal* (s 78). La *removal* all'ingresso sembra peraltro distinguersi dalle altre fattispecie di *removal* per una certa sinteticità della disciplina di riferimento, in quanto non risultano presenti *immigration rules* specifiche sul punto.

<sup>114</sup> 2002 Act s 84.

Per l'ordinamento italiano l'esempio più importante è quello più volte citato dei respingimenti in alto mare, già condannati dalla Corte EDU<sup>115</sup>.

Negli altri ordinamenti l'esempio principale è forse costituito dai c.d. controlli giustapposti (*juxtaposed controls*, o *controles juxtaposées*) realizzati da funzionari della polizia di frontiera dislocati presso i punti di imbarco presenti in altri Paesi. In questo modo, il rifiuto di ingresso nel territorio viene comunicato allo straniero prima ancora dell'imbarco, che viene di fatto impedito.

Tale prassi è stata criticata da certi commentatori, da un lato perché apparirebbero in contrasto con il diritto di lasciare il proprio Paese (tutelato anche dalla CEDU) e, dall'altro lato, perché il regime delle tutele avverso tali provvedimenti sarebbe talvolta poco chiaro<sup>116</sup>.

In Francia, peraltro, il Consiglio di Stato ha precisato che in ogni caso “une decision pris en dehors du territoire francais émane d'une autorité francaise et relève de la compétence du tribunal administratif de Paris”<sup>117</sup>.

Costituisce una tendenza comune in vari ordinamenti, inoltre, il coinvolgimento di soggetti esterni all'amministrazione – in particolare i trasportatori – nella funzione di controllo sugli ingressi degli stranieri nel territorio, prevedendo, anche su impulso del diritto europeo, sanzioni penali a carico dei trasportatori che non ottemperano alle relative responsabilità.

Anche questo fenomeno può risultare problematico sotto il profilo della tutela dei diritti umani (anche se non risulta che la Corte EDU si sia ancora pronunciata a riguardo)<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Nella citata sentenza *Hirsi Jamaa c. Italia*. Sul punto v. anche la Recommendation 1850(2008) dell'Assemblea Parlamentare del consiglio d'Europa, *Europe's boat people: mixed migration flows by sea into southern Europe*, che prevede varie raccomandazioni in tema di accoglienza dei richiedenti asilo che giungono in Europa via mare. V. anche la Resolution 1821 (2011) *The interception and rescue at sea of asylum seekers and irregular migrants*, che prevede varie raccomandazioni sull'intercettazione di migranti in alto mare.

<sup>116</sup> “By means of these incremental changes the control zones are increasingly treated as part of UK jurisdiction, and the network of border control is established outside the actual territory, including by the use of new detection technologies [...] however, it is not at all clear that the appeal provisions of the Nationality Immigration and Asylum Act 2002 apply in control zones”, G. CLAYTON, op. cit., p. 218.

<sup>117</sup> CE, 15 juin 2007, n. 286667, cit. in D. SEGUIN, op. cit., p. 1.

<sup>118</sup> “Transporters are fined and increasingly subject to criminal sanctions if they bring to EU member states persons who are not admissible or who have forged documents. But refugees are often unable to get genuine documents as they fear persecution from their authorities. Thus carriers' sanctions may result in refugees being obliged to use the services of smugglers who provide them with false or

2.5 *L'impugnazione dei provvedimenti di detenzione amministrativa*

La detenzione amministrativa dello straniero costituisce uno strumento proprio del diritto dell'immigrazione di tutti gli Stati analizzati, nonché uno degli strumenti più restrittivi fra quelli previsti da questa materia e, per questo, particolarmente problematici.

Nonostante le molte critiche, volte anche a mettere in discussione la stessa efficacia dello strumento, il suo utilizzo è in aumento<sup>119</sup>.

A differenza del sistema italiano, in cui le ipotesi di trattenimento dello straniero nella fase di ingresso nel territorio sono oggetto di poche e scarse disposizioni, gli altri Paesi analizzati prevedono una disciplina più articolata.

La detenzione in fase di ingresso può essere disposta per vari fini.

Nel sistema francese la *maintien en zone d'attente* è una misura introdotta dalla legge 6 luglio 1992 per rendere più efficace la misura del *refus d'entrée*. Il provvedimento può essere adottato nei confronti di stranieri cui è stato notificato un *refus d'entrée*, di richiedenti asilo durante il periodo necessario per la determinazione preliminare intorno alla manifesta infondatezza della richiesta e, infine, di stranieri il cui ingresso nel territorio, in uno dei punti di transito, è stato per qualche motivo impedito<sup>120</sup>. In ogni caso, lo straniero che si trova in *zone d'attente* non si ritiene tecnicamente entrato nel territorio francese.

Anche in Belgio lo straniero può essere fermato in fase di ingresso in un *centre fermée*, in attesa del provvedimento sull'ingresso o sul respingimento. Anche

---

forged documents in order to get around the vigilance of the carriers. The result, however, may be that the refugee commits a criminal offence the moment he or she arrives on the territory of the state by having false documents”, in E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implication*, Issue Paper commissioned and published by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights, in [www.coe.int](http://www.coe.int). Sul punto v. anche la Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, *Recommendation 1163 (1991) on the arrival of asylum seekers at European airports*, che osserva: “some countries have imposed airline sanctions which undermine the basic principles of refugee protection and the right of refugees to claim asylum while placing a considerable legal, administrative and financial burden upon carriers, and moving the responsibility away from the immigration officer”.

<sup>119</sup> Nel Regno Unito, ad esempio, si osserva che “the trend continues to be one of increasing use of detention” e “the number of detention places available has increased to around 3000 in 2011” G. CLAYTON, op. cit., p. 535.

<sup>120</sup> Ossia di stranieri che si trovano in una zona di transito in una stazione, porto o aeroporto, privi dei requisiti per l'ingresso, ove il trasportatore si rifiuti di ricondurli verso il Paese di provenienza, oppure lo Stato verso il quale è stato ricondotto si rifiuta di accoglierli.

questi luoghi sono equiparati ai valichi di frontiera, sicché lo straniero che vi è trattenuto non si considera tecnicamente entrato in territorio Belga.

In Inghilterra, la *detention on arrival* o *detention pending examination* può essere effettuata nei confronti di stranieri privi dei requisiti per l'ingresso (o per i quali siano necessari ulteriori accertamenti) o per richiedenti asilo.

Rispetto alla detenzione in fase di espulsione, la detenzione in fase di ingresso tende a presentare durata inferiore e tutele procedurali ridotte.

In Francia la durata massima del trattenimento in fase di ingresso è di 20 giorni. Un provvedimento amministrativo può autorizzare il trattenimento fino a quattro giorni, allo scadere dei quali è necessario un intervento del *juge des libertés et de la détention* (JLD)<sup>121</sup>, che può ordinare il prolungamento della misura fino ad altri otto giorni, con possibilità di rinnovo per altri otto in casi eccezionali. Il giudizio davanti al JLD si svolge in tempi molto celeri e secondo procedure semplificate (anche in locali attigui alle zone di trattenimento)<sup>122</sup>.

Il provvedimento iniziale può essere impugnato davanti al giudice amministrativo prima dello scadere dei primi quattro giorni, mentre avverso le proroghe concesse dal JLD è possibile proporre appello alla corte d'appello entro 48 ore<sup>123</sup>. In quest'ultimo caso il giudice dovrà valutare se il mantenimento *in zone d'attente* risulta o meno necessario per l'attuazione del *refus d'entrée*.

Una procedura più articolata (con tempi di trattenimento massimi pari a 30 giorni) è invece prevista per i richiedenti asilo.

---

<sup>121</sup> Figura simile al nostro Tribunale del Riesame, competente in materia di misure coercitive temporanee, generalmente limitative della libertà personale, disposte in pendenza di giudizio.

<sup>122</sup> Per il giudizio sono previsti tempi particolarmente celeri: di regola 24 ore, mentre in caso di esigenze particolari soltanto 48 (prima del 2011 il termine era sempre di 48 ore). L'udienza può essere tenuta, oltre che nelle sale del tribunale territorialmente competente, anche in sale appositamente messe a disposizione al Ministero della Giustizia o dall'impresa ferroviaria, portuaria o aeroportuaria, o ancora, nel caso in cui il giudice decida in tal senso – e lo straniero, debitamente informato, non vi si sia opposto – in collegamento telematico, tra la sala del tribunale e il centro di trattenimento. Nel caso in cui l'ordinanza del JLD metta fine alla detenzione, lo straniero non viene subito rimesso in libertà, bensì deve rimanere a disposizione della giustizia per il termine di sei ore (prima del 2011 si trattava di quattro ore) dalla notificazione del provvedimento al procuratore, durante il quale quest'ultimo può proporre appello e chiedere la sospensione del provvedimento appellato. Se la *maintien en zone d'attente* non è prolungata entro i termini fissati da legislatore, lo straniero è autorizzato a entrare nel territorio francese con un visto a durata temporanea di otto giorni (*visa de regularization*), alla scadenza del quale sarà tenuto ad allontanarsi dal territorio francese (a meno che non abbia nel frattempo ottenuto un'autorizzazione provvisoria al soggiorno, o la ricevuta di una richiesta di permesso di soggiorno o di domanda d'asilo). Art. L. 224-1.

<sup>123</sup> X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 64.

La riforma del 16 giugno 2011 (c.d. Loi Besson) ha introdotto varie disposizioni volte a prolungare i termini della detenzione, abbreviare i tempi dei relativi interventi giurisdizionali e ridurre le possibilità di appello.

La riforma ha inoltre introdotto la possibilità per le autorità di polizia di esercitare i poteri di trattenimento anche al di fuori delle zone a ciò predisposte, nel caso in cui lo straniero che ha fatto ingresso irregolare sia stato fermato in punti diversi dai valichi di frontiera (dove normalmente si trovano le *zone d'attente*). Lo strumento sembra presentare qualche analogia con l'istituto del respingimento differito, anche per l'apparente rischio di sovrapposizioni con la disciplina dell'espulsione<sup>124</sup>.

L'ordinamento inglese, invece, si distingue da quello francese e da quello italiano in quanto il provvedimento di privazione della libertà personale dello straniero non presuppone passaggi giurisdizionali necessari e non è soggetto a limiti temporali predefiniti dal legislatore.

La tutela principale avverso un provvedimento di detenzione consiste in una richiesta di rilascio (*bail*), che può essere proposta in tre modi diversi: in sede amministrativa ad un *Chief Immigration Officer*, in sede giustiziale al *First-tier Tribunal (Immigration and Asylum Chamber)*, anche senza l'assistenza di un difensore, dallo straniero che si trovi in territorio inglese da almeno sette giorni, oppure in sede di *judicial review* presso la High Court<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> La legge prevede una sorta di estensione in senso spaziale della relativa disciplina: “la zone d'attente s'étend [...] du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche”, L. 221-2 CESEDA. La norma è stata introdotta a seguito di un episodio che ha avuto una certa visibilità – lo sbarco di profughi a Bonifacio, in Corsica – e che ha messo in luce quella che è stata percepita come una lacuna legislativa nel sistema francese (in quell'occasione la polizia aveva temporaneamente trattenuto gli stranieri in una palestra, ma il provvedimento era stato annullato in sede giurisdizionale, trattandosi di un'ipotesi di trattenimento non tipizzata dal legislatore). La Corte Costituzionale francese ha difeso la costituzionalità dell'istituto, escludendo la possibilità che esso possa costituire uno strumento per eludere le procedure dell'*éloignement* (Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011). La relativa disciplina indica peraltro alcuni limiti temporali e spaziali per l'applicazione dell'istituto, che potrebbero operare come limite a questo tipo di elusioni (per quanto risultino formulati in modo curioso e, forse, non del tutto rigoroso). La polizia può ricorrere a questo potere soltanto nel caso in cui gli stranieri fermati costituiscano un gruppo composto di almeno dieci persone, che siano state trovate assieme o a non più di 10 km di distanza l'una dall'altra. L'effetto di estensione della *zone d'attente* ha un limite di ventisei giorni. Infine, la polizia sembra in ogni caso tenuta a condurre comunque gli stranieri fermati verso il valico di frontiera più vicino.

<sup>125</sup> Lo straniero è invitato a presentare una *surety*, ossia una persona a lui collegata che si impegna a pagare una certa somma di denaro nel caso in cui lo straniero violi le condizioni del rilascio. La presenza di una *surety* non costituisce comunque un requisito necessario per ottenere il rilascio.

In alternativa al trattenimento può essere disposto il *temporary admission*, che tuttavia risulta criticato perché crea uno *status* indefinito e povero di tutele<sup>126</sup>.

Il Belgio presenta un modello simile a quello inglese in quanto il trattenimento non è soggetto a meccanismi di convalida giurisdizionale, bensì soltanto ad una forma di ricorso al giudice penale, presso la *Chambre du conseil du Tribunal correctionnel* del luogo in cui lo straniero è trattenuto<sup>127</sup>.

Il giudice deve decidere entro il termine di cinque giorni e la liberazione dello straniero ha luogo soltanto con il passaggio in giudicato della decisione del giudice<sup>128</sup>.

L'ipotesi più importante di trattenimento dello straniero è quella in fase di espulsione.

---

<sup>126</sup> La *temporary admission* è soggetta ad una serie di limitazioni quanto alla residenza ed all'attività lavorativa che lo straniero può svolgere; anche l'accesso ai servizi assistenziali e sanitari risulta ridotto. Avverso il provvedimento che pone lo straniero in *temporary admission* non sono inoltre previste tutele di alcun tipo. Si tratta inoltre di uno *status* precario, in quanto lo straniero può essere nuovamente posto in stato di detenzione.

<sup>127</sup> I dati statistici rivelano peraltro che il numero di stranieri che presentano ricorso sarebbe relativamente basso (appena il 16% degli stranieri trattenuti nel 2007), fonte *Office des étrangers*. Avverso il provvedimento del *Conseil* può essere presentato appello avanti alla *Chambre des mises en accusation* e, durante la pendenza del ricorso, lo straniero resta in stato di detenzione anche se la decisione impugnata era a suo favore. Il controllo giurisdizionale esercitato in questa sede ha natura di sindacato di legittimità della misura. In punto v. AA.VV. *Faire valoir ses droits en centre fermé, Un état des lieux de l'accès à l'aide juridique dans les centres fermés pour étrangers en Belgique*, 2008. S. SAROLÉA, *L'allongement de la durée de détention et le rôle de la Chambre du conseil*, RDE 1996, 221-229. S. SAROLÉA, *Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier: comment et pourquoi?*, RDE, 1997, p. 202. S. SAROLÉA, *La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière: de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité*, J.T. 1997, 165-171

<sup>128</sup> Se il Ministero competente o l'OE fanno appello avverso la decisione lo straniero rimane trattenuto all'interno del *centre fermée* e il respingimento può comunque avvenire, anche in pendenza del ricorso contro il provvedimento di detenzione. Per un certo tempo l'amministrazione Belga ha adottato una prassi ambigua, sulla base della quale, a seguito di un provvedimento negativo della *Chambre du conseil*, liberava lo straniero dal *centre fermée* senza di fatto permettergli di allontanarsi dalla zona di transito dell'aeroporto. A quel punto, tra le altre cose, lo straniero poteva anche essere oggetto di nuovi provvedimenti di detenzione. La prassi è stata condannata con la sentenza della Corte EDU *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, n° 29787/03 et 29810/03 per violazione degli artt. 3 e 5 CEDU.

In Francia la *rétenion administrative* dello straniero può essere disposta dalla stessa autorità che ha emesso il provvedimento di espulsione in funzione dell'esecuzione forzata<sup>129</sup>.

In Belgio la detenzione è prevista come fase eventuale della *remise à la frontière*, che realizza l'esecuzione coattiva dei provvedimenti di allontanamento.

L'ordinamento inglese, invece, si distingue dagli altri perché la *detention pending removal* o *pending deportation* risulta ammessa in termini più ampi, non soltanto come possibile fase del provvedimento di allontanamento, ma anche in funzione anticipatoria dello stesso, in presenza di "reasonable grounds to suspect that a persone might be subject to removal"<sup>130</sup>. La legislazione anti-terrorismo ha inoltre contribuito ad ampliare ulteriormente le fattispecie di detenzione a carico di stranieri sospettati di terrorismo, creando istituti e procedure speciali, anche in deroga ai requisiti della CEDU<sup>131</sup>.

Dal punto di vista procedurale nessuno degli ordinamenti analizzati richiede un passaggio giurisdizionale necessario, analogo allo strumento della convalida giurisdizionale presente nel nostro ordinamento. L'unica eccezione è forse costituita dalla Francia, dove la proroga della detenzione oltre i primi 5 giorni può essere disposta soltanto dal *juge du liberté et de la détention*<sup>132</sup>.

Per quanto riguarda la durata complessiva della detenzione, la disciplina più rigorosa è ancora un volta quella francese, in base alla quale la detenzione può essere

---

<sup>129</sup> Nei confronti dello straniero che non abbia volontariamente adempiuto ad un OQTF o che sia oggetto di un provvedimento di *reconduite à la frontière* (in entrambi i casi, soltanto entro l'anno dall'adozione della misura), oppure che sia oggetto di un provvedimento di *expulsion*.

<sup>130</sup> *Asylum Act 1999*. V. G. CLAYTON, op. cit., p. 539.

<sup>131</sup> L'*Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* aveva previsto la possibilità per il Secretary of State di mantenere in stato di detenzione gli stranieri che non possono essere espulsi (tipicamente per rischio di violazioni dell'art. 3 CEDU) ove la loro presenza sul territorio rappresenti una minaccia per la sicurezza nazionale o in presenza di ragionevoli dubbi che svolgano o siano collegati ad attività terroristiche. La disciplina si fondava su una deroga espressa all'art. 5 CEDU, motivata da esigenze di lotta al terrorismo nel periodo successivo agli attacchi dell'11 settembre. Nel caso *A v SSHD* [2004] UKHL 56, la House of Lords ha dichiarato l'incostituzionalità di questa disciplina, sia in relazione all'art. 15 CEDU (per violazione del principio di proporzionalità cui sono necessariamente soggette le deroghe alla Convenzione), sia in relazione all'art. 14 sul principio di non discriminazione (trattandosi di una disciplina discriminatoria per gli stranieri e non essendo state previste deroghe espresse a tale principio). Con il *Prevention of Terrorism Act 2005* il Parlamento è tornato a legiferare sul punto, istituendo un sistema di provvedimenti restrittivi (*control orders*) i cui destinatari possono essere tanto gli stranieri quanto i cittadini. Alcuni di questi sono stati nuovamente giudicati incostituzionali dalla House of Lords per violazione dell'art. 5 CEDU (v. ad esempio *SSHD v JJ* [2007] UKHL 45).

<sup>132</sup> Prima del 2011 questo termine massimo era invece pari a 48 ore.

prorogata per periodi successivi di 15 giorni fino ad un massimo di 45 giorni (prima del 2011 soltanto 32)<sup>133</sup>.

In Belgio, invece, la detenzione può essere disposta per un periodo iniziale di massimo due mesi<sup>134</sup>, ma il Ministro dell'Interno o l'*Office des étrangers* possono prolungarla ulteriormente fino ad un massimo complessivo di cinque mesi, fintantoché vi siano ragionevoli prospettive di allontanamento. Inoltre, ove la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale lo richiedano, il Ministro può prolungare la detenzione per periodi successivi di un mese, fino ad un massimo complessivo di otto mesi<sup>135</sup>.

Invece nell'ordinamento inglese, come già accennato, non sono previsti limiti temporali normativamente predefiniti alla detenzione, ma essa risulta ammessa, in questa fase del percorso migratorio, fintantoché sussistano ragionevoli prospettive di allontanamento. Il giudizio sulla legittimità della durata della detenzione dipende quindi dalle circostanze del caso e può variare molto a seconda delle fattispecie<sup>136</sup>. Anche in questa fase lo straniero, in alternativa alla detenzione, può essere rilasciato in *temporary admission*.

Come per la detenzione in fase di ingresso, peraltro, anche in questo caso una funzione di garanzia è svolta dal regime della motivazione del provvedimento, che la

---

<sup>133</sup> La decisione del JDL è soggetta ad appello avanti alla Cour d'Appelle. A questo fine, nel caso in cui il JDL neghi la proroga, lo straniero non viene liberato immediatamente ma è mantenuto a disposizione delle autorità per altre 4 ore (aumentate a 6 dalla legge del 2011) per permettere all'amministrazione di presentare appello. In tal caso, lo straniero è mantenuto in detenzione durante la pendenza del giudizio (che deve comunque concludersi entro 48 ore). La decisione in appello è a sua volta oggetto di ricorso in cassazione nel termine di dieci giorni.

<sup>134</sup> Art. 7, 74/5, § 3 et 74/6, § 2, L. 15/12/1980.

<sup>135</sup> Peraltro, nel caso in cui lo straniero si opponga ingiustificatamente all'espulsione (ad esempio rifiutandosi di imbarcare il volo aereo a ciò adibito), la Cassazione afferma che è possibile adottare un nuovo provvedimento di detenzione, i cui termini decorreranno *ex novo*. Cass., 28 settembre 1999, Bull., 1999, n° 11, p. 1220. La misura è criticata e considerata contraria alla Direttiva rimpatri e agli *standard* CEDU, perché sembra offrire la possibilità di detenere lo straniero, di fatto, a tempo indeterminato. V. *La détention administrative des étrangers*, Dossier thématique, L'ADDE, Décembre 2011, p. 10.

<sup>136</sup> Nel caso *Hardial Singh* è stata giudicata eccessiva una detenzione di 5 mesi, poiché era divenuto evidente che l'Home Office non avrebbe potuto portare a termine l'esecuzione e, pertanto, doveva ritenersi che fosse venuta meno la possibilità di esercitare il potere di detenzione. Nel caso *Wafsi Suleman Mahmud* è stato giudicato eccessivo un periodo di 10 mesi. Nel caso *Tan Te Lam*, invece, lo straniero era stato mantenuto in stato di detenzione – in pendenza di varie richieste d'asilo, prima, e di un provvedimento di espulsione, poi – per un periodo complessivo di addirittura 44 mesi. V. G. CLAYTON, op. cit., p. 550.

persona detenuta ha diritto a conoscere su base mensile (*right to reasons for detention*). La motivazione è resa secondo formulari *standard* a crocette, all'interno dei quali l'amministrazione seleziona le ragioni della detenzione tra quelle previste come possibili dal legislatore. L'atto contiene quindi poche informazioni sulla situazione specifica dello straniero, ma fornisce a quest'ultimo un provvedimento impugnabile in sede giurisdizionale.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, nell'ordinamento francese il provvedimento di detenzione, anche se prorogato dal giudice, è ritenuto comunque di natura amministrativa e può essere impugnato soltanto davanti al giudice amministrativo<sup>137</sup>.

Nell'ordinamento belga e in quello inglese, invece, la particolarità del provvedimento di detenzione rispetto agli altri provvedimenti amministrativi si riflette sul regime delle tutele. Come si è già visto per i provvedimenti di detenzione in fase di ingresso, i rimedi tipici del diritto amministrativo sono infatti sostituiti (Belgio) o affiancati (Inghilterra) da tutele tipiche della materia penale.

In Belgio, in particolare, la giurisdizione su questi provvedimenti è stata devoluta al giudice penale e segue un rito analogo a quello previsto in materia di misure cautelari. Il ricorso è presentato avanti la *Chambre du Conseil*, che decide in termini molto brevi, entro cinque giorni. Avverso la decisione può essere presentato appello entro 24 ore presso la *Chambre des mises en accusation*, che decide entro 15 giorni<sup>138</sup>.

In Inghilterra, come già accennato, avverso i provvedimenti in materia di detenzione non sono ammessi *appeals* presso l'Administrative Tribunal, ma un ruolo centrale è svolto invece dallo strumento del *bail*. Quest'ultimo, peraltro, può essere richiesto sia in via amministrativa (al Secretary of State) sia in via giustiziale (ad un *immigration judge*)<sup>139</sup>. A differenza delle fattispecie penali, non è previsto come

---

<sup>137</sup> X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 213. Peraltro, mentre si trova in stato di detenzione lo straniero può avvalersi dell'assistenza legale di associazioni a ciò predisposte.

<sup>138</sup> Non presentando quest'ultimo effetto sospensivo, l'espulsione può essere eseguita prima che il giudice penale abbia potuto pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento di detenzione. La scelta del giudice penale è stata criticata in sede dottrinale, da un lato perché questo organo viene ritenuto inadatto a valutare la legittimità di un provvedimento amministrativo, dall'altro lato per la mancanza di meccanismi di coordinamento con il giudizio sull'esecuzione.

<sup>139</sup> Le statistiche indicano che nel 2010 sono state 109 le richieste di *bail* accolte in sede amministrativa e 1102 dai Tribunal.

obbligatorio lo svolgimento di un'udienza (*bail hearing*)<sup>140</sup>. In compenso, la prestazione di garanzie (*sureties*) non viene ritenuta obbligatoria, in segno di *favor* verso lo straniero<sup>141</sup>.

A differenza degli altri provvedimenti in materia di immigrazione, i provvedimenti di detenzione non sono soggetti ad *appeal*, mentre il *judicial review* risulta comunque ammesso e, quasi per compensare la mancanza di *appeal*, le corti tendono ad esercitare un controllo più penetrante che negli altri casi<sup>142</sup>.

Un altro rimedio a disposizione dello straniero – per quanto utilizzato poco di frequente – è quello privatistico del *tort* per *false imprisonment* e *breach of statutory duty*, attraverso il quale è possibile chiedere il risarcimento dei danni nel caso in cui la detenzione possa essere qualificata, per gli errori commessi dall'amministrazione, come un vero e proprio illecito<sup>143</sup>.

Svolge un ruolo limitato in questo campo, invece, l'antico rimedio dell'*habeas corpus*, strumento di tutela della libertà personale volto a colpire l'esercizio di poteri detentivi che risultino privi di basi giuridiche (mentre i giudizi in materia di immigrazione, nella maggior parte dei casi, sono volti a sindacare i modi di esercizio del potere stesso, più che l'esistenza di un fondamento normativo)<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Immigration Act 1971 Sch 2 par. 22 e 29; Immigration and Asylum Act 1999 s 54.

<sup>141</sup> G. CLAYTON, cit., p. 560.

<sup>142</sup> “Although judicial review is not an appeal on the merits, in the case of challenges to detention a more liberal approach to the Court's jurisdiction is applied. ‘Where the liberty of the subject is concerned the court ought to be the primary decision-maker as to the reasonableness of the executive's actions, unless there are compelling reasons to the contrary’ [...] ‘the court must assume the role of primary decision maker when considering the lawfulness of detention’”. G. CLAYTON, op. cit., p. 558.

<sup>143</sup> “Where an error in the decision to detain or in the procedure governing the detention is such as to remove the statutory basis of the detention, there may be remedies not only in public law but also in tort” G. CLAYTON, p. 561. Il giudizio in *tort* è caratterizzato da un'istruttoria più ampia rispetto al *judicial review*. Ammettendo il rimedio del *tort*, le corti inglesi hanno rigettato le difese avanzate dal governo, che sosteneva, da un lato, che gli *immigration officers* godessero di una forma di immunità rispetto all'azione in *tort* e, dall'altro lato, che alla detenzione degli stranieri non fossero applicabili le stesse regole valide per i cittadini inglesi.

<sup>144</sup> I termini piuttosto ampi in cui sono disciplinati i poteri detentivi in fase di espulsione (esercitabili anche in forma preventiva, in presenza di un semplice sospetto, per quanto ragionevole, che lo straniero possa essere oggetto di un provvedimento di espulsione) fanno sì che risulti molto difficile mettere in discussione l'esistenza di una base normativa per l'esercizio del potere detentivo. In questo campo, infatti, “there is nearly always a jurisdiction to detain, i.e. the basis statutory precondition is in existence”, mentre “the question is usually how that jurisdiction has been exercised” e “this is a matter for judicial review, not habeas corpus”, G. CLAYTON, p. 560.

### 3. *L'impatto della CEDU sul modello di tutela avverso i provvedimenti in materia di immigrazione*

#### 3.1 *Il rango e gli effetti della CEDU negli ordinamenti analizzati*

Nei tre ordinamenti analizzati la CEDU sembra esercitare un'influenza non secondaria sui modelli di tutela avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e ciò probabilmente risulta dovuto anzitutto al modo in cui è stata recepita nei vari ordinamenti. Tutti e tre, infatti, si caratterizzano per aver definito il ruolo e gli effetti della CEDU nell'ordinamento nazionale prima ed in modo più netto rispetto all'ordinamento italiano.

La Francia, in particolare, pur avendo dimostrato un'iniziale lentezza nella ratificazione della CEDU (1974) e nel riconoscimento della giurisdizione della Commissione dei diritti dell'uomo, prima, e della Corte EDU, poi, ha superato questo ritardo negli anni successivi, divenendo uno dei Paesi più attenti alle pronunce della Corte EDU (anche a causa dell'elevato numero di ricorsi presentati a suo carico)<sup>145</sup>.

Anche dal punto di vista degli effetti interni della CEDU la Francia si caratterizza per una scelta piuttosto netta, avendo riconosciuto che le disposizioni della CEDU esercitano un effetto diretto nell'ordinamento francese (in linea con la natura tendenzialmente monista di questo sistema) e prevalgono sulle norme di legge ordinaria ai sensi dell'art. 55 della Costituzione, pur assumendo un rango infra-costituzionale (intermedio, quindi, tra legge e Costituzione)<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Per molti anni la Francia ha rifiutato l'imposizione di limiti sovranazionali alla propria sovranità che la CEDU avrebbe comportato, anche diffidando di alcuni dei principi giuridici in essa contenuti – in particolare quelli mutuati dai sistemi anglosassoni – in quanto estranei alla propria cultura giuridica. Le ragioni di questo ritardo sono quindi di tipo storico, politico e culturale. Per una ricostruzione v. E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, *The reception process in France and Germany*, in H. KELLER, A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008, pp. 107 – 164; S.C. DUPRÉ, *France*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States*, Oxford, 2001.

<sup>146</sup> Ai sensi dell'art. 55 “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie”. Il requisito della reciprocità previsto da tale norma non si applica peraltro alla disciplina internazionale dei diritti umani. V. E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, *The reception process in France*, cit. p. 116.

Ai giudici comuni è inoltre riconosciuto il potere di disapplicare le norme interne incompatibili con la CEDU<sup>147</sup>, e nel contenzioso amministrativo, come si vedrà, i diritti CEDU penetrano nel sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo costituendo motivo di annullamento dello stesso.

Il Belgio presenta alcune analogie con il sistema francese, in quanto, pur avendo ratificato molto presto la Convenzione, ha riconosciuto soltanto in un secondo momento i suoi effetti diretti e la possibilità per i giudici di disapplicare la normativa interna incompatibile con essa<sup>148</sup>.

Tutt'ora, gli effetti diretti sono riconosciuti, non a tutte le disposizioni della CEDU, ma soltanto a quelle ritenute sufficientemente chiare e precise (tra le quali figurano, ad esempio, gli artt. 3 e 8, ma non l'art. 13).

Anche in Belgio, in ogni caso, in virtù della loro applicazione al contenzioso amministrativo i parametri CEDU possono costituire uno dei parametri normativi che incidono nel sindacato legittimità del provvedimento impugnato.

Nel Regno Unito, invece, la CEDU ha ricevuto attuazione attraverso l'approvazione dello Human Rights Act del 1998 (HRA)<sup>149</sup>.

Esso ha previsto un obbligo generale di attuazione ed interpretazione conforme della legge ai diritti della Convenzione<sup>150</sup>, e la possibilità per i giudici di dichiarare l'eventuale incompatibilità della legge con quest'ultima<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> Il giudice amministrativo francese si è dimostrato, anche in confronto ai giudici ordinari, particolarmente restio ad assumere questa funzione di controllo di convenzionalità delle norme interne, percepita come contraria al principio di separazione dei poteri tra legislativo e giudiziario. Il *Conseil d'État* si è infine adeguato a questa pratica nel 1989 con le sentenze *Nicolo* e *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autre*. V. E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, *The reception process in France*, cit. p. 117. Con particolare riferimento al giudice amministrativo v. altresì, *ex multis*, P. COSTA, *La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'État*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, p. 129 e ss. e S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 37 – 98.

<sup>148</sup> Per il Belgio v. V. SEPULCHRE, *La protection juridictionnelle des droits de l'homme en Belgique*, Waterloo, 2007; S. e P. MARCUS-HELMONS, *Belgium*, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe*, cit.; E. DE WET, *The reception process in the Netherlands and Belgium*, in H. KELLER, A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights*. Cit., pp. 299 – 309.

<sup>149</sup> R. BLACKBURN, United Kingdom, in R. BLACKBURN, J. POLAKIEWICZ, *Fundamental rights in Europe*, cit.; S. BESSON, *The reception process in Ireland and the United Kingdom*, pp. 31 – 106; R. GORDON, T. WARD, *Judicial Review & the Human Rights Act*, London, 2013;

<sup>150</sup> “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights” (HRA, Sec. 3).

<sup>151</sup> HRA, Sec. 4. Tale possibilità concerne le più alte giurisdizioni (tra cui la Supreme Court, la High Court e la Court of Appeals). Tale dichiarazione non priva di efficacia la norma dichiarata

L'obbligo di rispettare i diritti della Convenzione riguarda espressamente anche le autorità pubbliche, per le quali "it is unlawful [...] to act in a way which is incompatible with a Convention right"<sup>152</sup>. Parallelamente, lo HRA prevede la possibilità di agire in giudizio contro eventuali violazioni dei diritti umani e tale rimedio conferisce ai giudici, in caso di accertata violazione, il potere di "grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate". Così, come presto si vedrà, questo strumento si integra a quelli già previsti dall'ordinamento inglese avverso i provvedimenti amministrativi, venendo di fatto ad arricchire i poteri di sindacato dei giudici.

Nell'ordinamento inglese, pertanto, il sistema dei diritti convenzionali è penetrato in modo capillare ed è stato affiancato da un apparato di rimedi ricco e articolato, conferendo soprattutto ai giudici poteri di sindacato più penetrante rispetto alla discrezionalità del legislatore e dell'esecutivo. Questa evoluzione, tuttavia, non risulta priva di profili problematici, anzitutto sul piano dei rapporti tra le istituzioni, sia nazionali sia internazionali, poiché l'interpretazione dei diritti CEDU è divenuta terreno di confronti e contrasti tra potere giudiziario e potere politico e tra ordinamento nazionale e Corte EDU<sup>153</sup>.

Da ultimo si osserva che, se l'impatto della CEDU sull'attività del legislatore e della giurisprudenza sembra manifestarsi in modi relativamente chiari ed evidenti, più difficile da analizzare, invece, è l'impatto complessivo della CEDU sull'esercizio della funzione amministrativa.

In generale, infatti, occorre osservare che nel sistema della CEDU l'obbligo di rispettare i diritti umani si rivolge a tutti i funzionari degli Stati membri e deve essere osservato da tutti i poteri (legislatore, giudici, esecutivo).

---

incompatibile e non produce alcuni effetti nel giudizio, ma assume rilevanza politica permettendo al governo di intervenire spontaneamente per correggere i profili problematici rilevati dal giudice.

<sup>152</sup> HRA, Sec. 6. Sulla nozione di "public authority" v. F. GOISIS, *I concetti di "public authority" e di "function of a public nature" nell'applicazione dello Human Rights Act in Gran Bretagna. Alcuni spunti per un'interpretazione della nozione di attività (oggettivamente) amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, p. 521 e ss.

<sup>153</sup> Al punto che si discute, in sede anche istituzionale, della possibilità di abrogare lo Human Rights Act per istituire un sistema di diritti del tutto interno, o addirittura recedere dalla CEDU. Su alcuni profili recenti del dibattito v. S. SONELLI, *Dallo Human Rights Act ad una nuova carta dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, fasc. 1, pp. 175 – 183.

Tuttavia, anche nei Paesi in cui si riconoscono gli effetti diretti della CEDU risulta chiaro se il potere di disapplicazione delle norme interne incompatibili con la convenzione, ove riconosciuto ai giudici, debba valere anche per le pubbliche amministrazioni (come prescritto dalla Corte di Giustizia per quanto riguarda il diritto comunitario).

### *3.2 L'impatto della CEDU per il tramite del legislatore*

Il modo più evidente in cui il diritto convenzionale influenza quello nazionale è attraverso l'attività del legislatore, nella misura in cui le norme della CEDU vengono trasposte a livello nazionale nella disciplina della materia.

In questo senso, diversi principi CEDU risultano spesso già presenti a livello normativo nazionale.

Ad esempio, per quanto riguarda il diritto di cui all'art. 3 a non subire torture o trattamenti degradanti, esso si riflette evidentemente nelle norme – presenti con qualche variazione in tutti gli ordinamenti – che disciplinano il diritto d'asilo e alla protezione internazionale sussidiaria, o in quelle che prevedono divieti assoluti di espulsione o respingimento per determinate categorie di soggetti.

Il diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8, invece, si riflette soprattutto nella disciplina del ricongiungimento familiare e nei limiti all'espulsione degli stranieri lungoresidenti o comunque socialmente integrati (anche in questo caso presenti in tutti gli ordinamenti, pur con qualche variazione).

Tra queste, le disposizioni a carattere processuale – e in particolare l'art. 13, che per il suo contenuto generico si presenta più come un principio generale, che come regola – risultano attuate soprattutto su impulso della giurisprudenza della Corte EDU che di volta in volta ne specifica i contenuti (con sentenze di condanna rivolte, non solo al proprio, ma anche ad altri Stati).

E' quindi possibile individuare, negli ordinamenti analizzati, vari interventi normativi adottati in risposta a sentenze di condanna della Corte EDU nei confronti del proprio Stato (o per adeguarsi a sentenze di condanna nei confronti di altri Stati).

Uno dei profili più condizionati dalla giurisprudenza della Corte EDU è la disciplina delle misure cautelari avverso i provvedimenti ablativi di espulsione e respingimento, che vede l'introduzione di strumenti cautelari più efficaci di quelli previsti per altri settori del diritto amministrativo, proprio per ottemperare agli standard CEDU.

In Belgio, in particolare, l'introduzione dell'effetto sospensivo del *référé suspension* proposto in *extrême urgence* ha costituito una risposta alla sentenza di condanna nel caso *Conka*, in cui, come si è visto, la Corte ha condannato il Belgio perché il ricorso non sospensivo al Conseil d'Etat non aveva permesso ai ricorrenti di far valere le proprie ragioni avverso l'espulsione, contraria all'art. 4 Prot. 4, prima dell'esecuzione della stessa<sup>154</sup>.

Nel sistema francese, invece, l'introduzione di un ricorso avente effetto automaticamente sospensivo avverso i provvedimenti di espulsione è strettamente collegata all'esigenza di assicurare uno *standard* di tutela conforme alla CEDU.

Dopo la sentenza *Gebremedhin c. France*, del 26 aprile 2007<sup>155</sup>, inoltre, la sospensività del ricorso è stata estesa anche al provvedimento di respingimento nei confronti dello straniero trattenuto in *zone d'attente* (anche se limitatamente a quelli per motivi d'asilo, *refus d'admission au titre de l'asile*)<sup>156</sup>.

La ragione per cui non risultano, invece, condanne su questo punto nei confronti dell'ordinamento inglese, deve forse ricondursi al particolare regime degli *in-country appeals* avverso i provvedimenti di *removal*, che assicurano la sospensione dell'esecuzione dell'allontanamento in pendenza di un *appeal* fondato su una *human rights claim*. In questo modo si assicura che, nei casi di possibile violazione di un diritto CEDU, l'allontanamento non venga eseguito prima che il Tribunal abbia avuto modo di verificare la fondatezza della questione.

---

<sup>154</sup> A commento v. J.-Y. CARLIER, *La détention et l'expulsion collective des étrangers*, in *Rev. Trim. D. H.*, 2003, pp. 198 e ss. S. SAROLÉA, *De Conka à Kafka. L'effectivité du recours au Conseil d'État un an après Conka*, in *J.L.M.B.*, 2003, pp. 855-881.

<sup>155</sup> In cui, come si è visto, la Corte EDU ha condannato la Francia per non aver previsto un rimedio con effetto automaticamente sospensivo avverso il provvedimento di allontanamento dalla *zone d'attente*, per gli stranieri che avevano fatto ricorso al giudice amministrativo avverso un provvedimento di diniego della richiesta d'asilo. "The Court therefore concludes in the instant case that, as the applicant did not have access in the 'waiting zone' to a remedy with automatic suspensive effect, he did not have an 'effective remedy' in respect of his complaint under Article 3 of the Convention. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention taken in conjunction with Article 3", § 67. Sul punto v. C. COUNIL, *Les droits de l'Homme en zones d'attente: condamnation européenne et résistances françaises*, in *Cultures et Conflits*, 71, 2008/3. L'autrice sottolinea come si tratti di un'attuazione minimale della sentenza, in quanto rimangono esclusi da questa tutela diversi provvedimenti di respingimento, sia per motivi d'asilo (ad esempio nel contesto delle procedure Dublino, dove lo straniero viene allontanato verso il Paese Europeo competente a decidere la sua richiesta d'asilo) sia per motivi diversi.

<sup>156</sup> Art. 213-9 du CESEDA, loi n. 2007-1631, 20 novembre 2007 loi "Hortefeux". Nel caso in cui siano stati impugnati, non possono essere eseguiti.

La sospensività degli *appeal* costituisce, tuttavia, un profilo estremamente controverso, sia sul piano politico interno, sia sul piano dei rapporti con la Corte EDU, nonché uno dei problemi più dibattuti anche in recenti proposte di riforma della disciplina dell'immigrazione, volte a contenere il contenzioso in materia<sup>157</sup>.

Un secondo profilo in cui emerge l'effetto delle sentenze della Corte EDU è quello delle tutele giurisdizionali avverso il provvedimento di trattenimento amministrativo dello straniero. Anche qui, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU ha contribuito allo sviluppo di discipline normative più dettagliate e con maggiori garanzie sul piano processuale.

La sentenza *Amuur*, in particolare, precisando che anche il trattenimento in fase di ingresso costituisce una privazione della libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU, ha comportato una revisione della disciplina del trattenimento nella fase di ingresso nel territorio nel sistema francese, volta a codificare la relativa disciplina (prima contenuta in una semplice ordinanza) e prevedendo parametri normativi più precisi, anche ai fini del relativo sindacato giurisdizionale<sup>158</sup>.

In Belgio, inoltre, la volontà di adeguare la disciplina interna a tale pronuncia ha comportato l'introduzione di un diritto di ricorso avverso il provvedimento di trattenimento in fase di ingresso, che prima non risultava previsto<sup>159</sup>.

Per quanto riguarda l'Inghilterra, invece, per ottemperare alla sentenza condanna nel caso *Chahal* il sistema di tutele avverso i provvedimenti in materia di sicurezza nazionale è stato sostituito con l'istituzione della Special Immigrations

---

<sup>157</sup> Come emerso in relazione al recente caso *Othman Abu Qatada*, a seguito del quale il primo ministro inglese ha dichiarato di voler introdurre il principio "deport first, appeal second". E' il caso di osservare come sia attualmente in discussione nel Parlamento inglese una proposta di riforma che avrebbe, tra le varie cose, anche l'effetto di ridurre significativamente i diritti di *appeal* avverso i provvedimenti ablatori.

<sup>158</sup> La Corte Costituzionale francese qualifica la misura come una restrizione della libertà personale e non una vera e propria privazione (in quanto lo straniero sarebbe comunque sempre libero di lasciare il territorio), ma precisa che comunque anche la *maintien in zone d'attente* (al tempo chiamata *zone de transit*) richiede un controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 66 Cost. (Conseil Constitutionnel, Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992). Nella sentenza *Amuur c. Francia* la Corte EDU ha precisato che il trattenimento in *zone d'attente* costituisce privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 CEDU e in tal senso deve rispettarne i relativi requisiti. Per la Corte la disciplina francese dell'epoca, contenuta in una semplice ordinanza, costituiva una violazione dell'art. 5, sia sotto il profilo del rispetto del principio di legalità (per mancanza dei requisiti di accessibilità della relativa disciplina normativa) sia sotto il profilo delle condizioni di detenzione (non essendo assicurato al tempo il diritto di accesso alle cure mediche).

<sup>159</sup> In Belgio per ottemperare alla sentenza *Amuur* il diritto di ricorso alla *chambre de conseil* è stato previsto anche per il provvedimento di detenzione in fase di ingresso.

Appeals Commission che, rispetto alle procedure vigenti in precedenza, offre maggiori garanzie di tutela del contraddittorio.

In certi casi particolari, infine, la pressione esercitata dalla Corte EDU, rispetto alla necessità di assicurare il principio di effettività della tutela, ha favorito l'adozione di vere e proprie riforme di sistema.

In Belgio, in particolare, l'esigenza di assicurare in materia di immigrazione uno *standard* di tutela conforme ai parametri CEDU – emerso con evidenza nella sentenza *Conka* – viene considerato come uno dei fattori che ha contribuito alla decisione di istituire un Conseil du contentieux des étrangers, che ha radicalmente modificato il sistema di tutele avverso i provvedimenti in questa materia<sup>160</sup>.

In alcuni ordinamenti, inoltre, risultano previste tutele procedurali e processuali specifiche a favore degli stranieri che lamentano una violazione di un diritto CEDU, sicché lo *standard* di tutela offerto a questi ultimi può risultare, nel complesso, più alto di quello generale.

Nella legislazione dei Paesi analizzati sono talvolta presenti, infatti, alcune clausole di salvaguardia che prevedono regimi privilegiati e di eccezione per i ricorsi che si fondano su motivi attinenti alla violazione dei diritti umani.

Questa tecnica è particolarmente diffusa nel Regno Unito, dove la presenza di una *human rights claim* costituisce titolo per l'accesso ad una varietà di tutele altrimenti precluse (o ridotte) – come *appeal* ad effetto sospensivo, o l'assistenza legale gratuita – e in certi casi determina una diversa conformazione dei poteri del giudice all'interno della controversia<sup>161</sup>.

Per quanto in misura minore, clausole analoghe sono presenti anche in altri ordinamenti.

In Francia, ad esempio, una riforma del 2011 ha codificato il principio di dequalificazione dei vizi formali del provvedimento, *pas de nullité sans grief*, ai sensi del quale il vizio di “violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité” o di “inobservation des formalités substantielles” non può costituire motivo

---

<sup>160</sup> G. DE LEVAL, *L'effet de la décision de justice: contentieux européens, constitutionnel*, Liège, 2008, p. 32.

<sup>161</sup> Nel caso in cui il Tribunal accolga il ricorso non può ordinare il rilascio di un titolo di soggiorno, tranne che in *human rights cases* I. MACDONALD, op. cit., p. 1312. Anche avverso la *refusal to revoke* una *deportation order* può essere presentato *appeal*, che sarà di regola *out-of-country* (o *in-country* soltanto se lo straniero vanta una *human rights claim* o una richiesta d'asilo), I. MACDONALD, op. cit., p. 1317.

di sospensione del provvedimento di detenzione amministrativa in fase di ingresso (art. L. 222-8 CESEDA) o di espulsione (art. L.552-13). Fanno tuttavia eccezione i casi in cui tale vizio “a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger”<sup>162</sup>. In questo senso, la pretesa dello straniero che sia fondata sulla violazione di un diritto umano riceve una tutela più alta che negli altri casi.

### 3.3 *L'impatto della CEDU per il tramite della giurisprudenza*

Oltre al legislatore, svolge un ruolo centrale nel recepimento dei principi CEDU anche la giurisprudenza nazionale, da un lato, nella tendenza ad interpretare le disposizioni interne alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e, dall'altro lato, svolgendo in certi casi una funzione di impulso rispetto al legislatore.

E' interessante osservare, peraltro, come tale tendenza si manifesti soprattutto in relazione alle disposizioni di tipo sostanziale (in particolare gli artt. 3 e 8), mentre risultano meno presenti nella giurisprudenza i riferimenti alle disposizioni di tipo processuale (quali l'art. 6 e l'art. 13).

In Francia, ad esempio, l'art. L. 511-4 CESEDA prevede limiti per motivi di salute all'espulsione, che non solo vengono interpretati alla luce della giurisprudenza della Corte EDU in tema di art. 3, ma erano stati propriamente anticipati dalla giurisprudenza francese, recependo la giurisprudenza della Commissione EDH<sup>163</sup>.

Sempre a titolo di esempio, la Cassazione ha inoltre stabilito che la detenzione di bambini in tenera età nei centri di espulsione costituisce trattamento

---

<sup>162</sup> La norma riproduce, in senso più restrittivo, una disposizione del codice di procedura penale, ai sensi del quale i vizi formali possono essere causa di nullità dell'atto interessato soltanto nel caso in cui abbiano “pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne” (art. 802). Nel caso dell'immigrazione, invece, il legislatore ha deciso di restringere il campo di applicazione di tale eccezione ai soli “droits” degli stranieri, anziché ai meri “interets”.

<sup>163</sup> “Avant même l'intervention du législateur, la Commission EDH avait considéré qu'une mesure d'éloignement frappant les étrangers majeurs souffrant d'un handicap physique ou mental vers un pays insusceptible d'offrir des garanties d'accueil appropriées était contraire à l'art. 3 de la Conv. EDH. Le juge administratif avait également devancé les dispositions législatives en concluant à l'erreur manifeste d'appréciation commise par le préfet qui avait décidé la reconduite à la frontière d'un étranger atteint du VIH”, X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 165. Peraltro la giurisprudenza francese sembra recepire l'approccio della Corte EDU, laddove si afferma che “le défaut de traitement doit entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité” e che “le juge administratif ne fait en réalité que se plier à la jurisprudence de la Cour EDH qui considère que ne relève pas de l'art. 3 de la Conv. EDH un traitement médical moins favorable auquel sont exposés dans l'État de destination les étrangers éloignés du territoire”, X. VANDENDRIESSCHE, op. cit., p. 166.

inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU, recependo in questo alcuni degli esiti più recenti della giurisprudenza CEDU<sup>164</sup>.

Per il tramite del giudice amministrativo, in particolare, i parametri CEDU penetrano nel sindacato di legittimità del provvedimento impugnato, quasi sostituendo, in certi casi, i parametri di legittimità tipici del sistema nazionale.

Nell'ordinamento inglese, in particolare, la violazione dei diritti CEDU emerge sia in sede di *appeal* sia in sede di *judicial review*. Nel primo caso, la violazione di un diritto della convenzione costituisce, come si è visto, uno dei motivi di impugnazione del provvedimento davanti al *tribunal*. Nel secondo caso, invece, i parametri CEDU hanno costituito uno strumento per l'elaborazione di un sindacato più penetrante sul provvedimento amministrativo, in particolare affiancando un vero e proprio sindacato di proporzionalità al tradizionale sindacato di ragionevolezza (previsto nel noto caso *Wednesbury*).

Sia in Francia che in Belgio, invece, la violazione di un diritto CEDU può essere fatta valere nel contesto del *recours pour excès de pouvoir* e costituire motivo di annullamento del provvedimento amministrativo, ad esempio per *erreur manifeste d'appréciation*<sup>165</sup>, incidendo in questo senso sui *moyens d'illegalité interne* del provvedimento.

Il vizio di violazione dell'art. 3, in particolare, è riconosciuto come motivo di annullamento che può essere fatto valere direttamente anche nel contenzioso sui provvedimenti di respingimento<sup>166</sup>, e viene in considerazione come motivo di impugnazione avverso il provvedimento che individua il Paese di destinazione dell'espulsione (*fixation du pays de destination*, art. L 513-2). E' in questa sede che trovano attuazione, da parte del giudice francese, tutte le considerazioni – che si sono viste nella giurisprudenza della Corte EDU – in ordine al rischio di subire trattamenti inumani o degradanti ed in ordine al valore delle rassicurazioni diplomatiche ricevute dal Paese di destinazione<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Cass., 28-03-2012, n. 6694.

<sup>165</sup> X. VANDENDRIESSCHE, p. 165.

<sup>166</sup> Ad esempio CE 28 Nov. 2011, n. 343248, cit. in D. SEGUIN, op. cit., p. 4.

<sup>167</sup> X. VANDENDRIESSCHE, p. 200. Il giudice francese recepisce in questo senso la giurisprudenza della Corte EDU. Il giudice amministrativo francese ritiene che l'onere di provare il rischio ai sensi dell'art. 3 sia in capo al ricorrente. In genere si tratta di richiedenti asilo la cui richiesta d'asilo è stata rigettata, ma il giudice amministrativo riconosce di poter esercitare una valutazione autonoma del rischio di cui all'art. 3, indipendente dalla valutazione sull'asilo.

Dal punto di vista del contenzioso amministrativo risulta particolarmente significativo anche il ricorso all'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Nei tre ordinamenti analizzati, infatti, la giurisprudenza riconosce che il rispetto dell'art. 8 impone un sindacato di proporzionalità sui provvedimenti amministrativi impugnati, sia di espulsione, sia relativi all'ingresso e al soggiorno nel territorio.

Nell'ordinamento francese, in particolare, nel contesto del *recours pour excès de pouvoir* il giudice può compiere un sindacato di proporzionalità sul provvedimento impugnato, prendendo in considerazione la condizione personale del ricorrente e valutando il bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione<sup>168</sup>.

Tale sindacato di conformità prevede di verificare, come si è visto, in primo luogo che l'interferenza con il diritto della persona sia prevista dalla legge, in secondo luogo che essa persegua un fine legittimo tra quelli indicati dall'art. 8 stessi e, infine, che vi sia un rapporto di proporzionalità tra il provvedimento adottato ed il fine perseguito.

La giurisprudenza francese applica questo principio ad una varietà di provvedimenti, quali il diniego di titolo di soggiorno, la *reconduite à la frontière*, il *refus d'abrogation dell'expulsion*, o il diniego di visto di ingresso<sup>169</sup>.

Ad esempio, in materia di ingresso nel territorio il rispetto della vita familiare e personale della persona opera come limite al potere dello Stato di negare un visto di ingresso, ad esempio nei casi in cui lo straniero non presenti le risorse economiche sufficienti a mantenersi, o anche quando abbia provato a fare ingresso nel territorio usando documenti falsi. Anche in tali casi, infatti, il diniego del visto, altrimenti

---

<sup>168</sup> Il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'applicabilità del principio di proporzionalità per la prima volta nei casi *Belgacem* e *Babas*, Ce. Ass., 19 Aprile 1991, relativi a due casi di espulsione. Successivamente lo stesso principio è stato applicato anche a provvedimenti negativi sull'ingresso e l'espulsione. In relazione ai primi v. quanto riportato in ENA *Le droit des visas et les droits fondamentaux* (ricerca condotta dagli allievi dell'Ecole nationale d'administration, Promotion 2009-2011), che analizza approfonditamente la giurisprudenza amministrativa in materia di visti di ingresso, illustrando come i principi di tutela dei diritti umani, in particolare l'art. 8 CEDU, permettano al giudice amministrativo di esercitare sui provvedimenti di diniego del visto di ingresso un sindacato più penetrante di quello, tendenzialmente debole, applicato altrimenti.

<sup>169</sup> V. quanto riportato in ENA, *Le droit des visas et les droits fondamentaux*. Cit.

giustificato, può risultare illegittimo ove costituisca una interferenza sproporzionata con il diritto dello straniero al rispetto della vita privata e familiare<sup>170</sup>.

Anche in Belgio il giudice amministrativo esercita un controllo di proporzionalità sui provvedimenti che incidono sul diritto alla vita privata e familiare dello straniero, in particolare quelli di allontanamento<sup>171</sup>.

Nel caso dell'ordinamento inglese, infine, la violazione dei diritti umani costituisce uno dei principali motivi di impugnazione del provvedimento nel contesto degli *administrative appeals*, sia rispetto ai provvedimenti di *removal*<sup>172</sup>, sia rispetto ai provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno (*entry clearance* e *leave to remain*)<sup>173</sup>.

La Corte ha precisato che in questi casi, ed in particolare in materia di art. 8 dove opera il principio di proporzionalità, le Corti non devono osservare alcuna *deference* nei confronti del giudizio di proporzionalità operato dall'amministrazione<sup>174</sup>.

---

<sup>170</sup> “Le juge contrôle la proportionnalité entre l’atteinte portée à ce droit et la menace pour l’ordre public ou l’insuffisance des ressources de façon assez stricte: ainsi l’insuffisance des ressources des époux n’est-elle jamais un motif suffisant pour empêcher leur réunion en refusant un visa au conjoint de Français; de même, alors que la recherche, l’obtention ou l’usage de faux documents pour entrer en France suffit normalement à justifier un refus de visa pour risque d’atteinte à l’ordre public, le juge considère que ce motif ne peut être opposé à un conjoint de Français sans porter une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie familiale”. Rapport ENA p. 33.

<sup>171</sup> “S’agissant de l’article 8 de la CEDH, le Conseil a régulièrement souligné que la loi sur les étrangers rentrait a priori dans le cadre des dérogations prévues par l’alinéa 2 de cette disposition, sauf, pour la partie requérante, à démontrer in concreto que l’ingérence occasionnée par l’acte attaqué n’était pas valablement justifiée”, CCE Rapport annuel 2007/2008, p. 45.

<sup>172</sup> “The argument that removal will breach convention rights is now the most important basis for challenge. There is, as we have seen, no right to reside in the country of one’s choice. Removal per se does not therefore infringe a protected right. The Convention rights most likely to be engaged by the threat of removal are Articles 3 and 8”, G. CLAYTON, op. cit., p. 604.

<sup>173</sup> G. CLAYTON, op. cit., p. 293. NIAA, sec 84(1)(c).

<sup>174</sup> Nel caso *Huang* la House of Lords ha stabilito che lo Immigration Appeals Tribunal “adopted a review approach incorrectly based on deference to the Secretary of State’s view of proportionality”. In materia di immigrazione gli standard CEDU possono prevalere su quelli previsti dalle Immigration Rules della amministrazione: “an applicant may fail to qualify under the Rules and yet may have a valid claim by virtue of article 8”, *Huang v Secretary of State for the Home Department* [2007] UKHL 11 (21 March 2007).

Anche nel contesto del *judicial review* il principio di proporzionalità comporta l'adozione di uno standard di sindacato più penetrante rispetto al controllo di ragionevolezza adottato generalmente<sup>175</sup>.

Anche nelle ipotesi in cui è maggiore il margine di discrezionalità di cui gode l'amministrazione – come nel caso della *deportation on conducive grounds* – le corti possono esercitare un sindacato sul rispetto dell'art. 8 CEDU e l'amministrazione è tenuta a motivare il provvedimento anche in relazione a tale profilo<sup>176</sup>.

L'art. 8, peraltro, non influenza soltanto i criteri sostanziali relativi al rilascio di tali provvedimenti, ma anche alcuni profili procedurali.

Ad esempio, in materia di ricongiungimento familiare la giurisprudenza inglese ha stabilito che il requisito ai sensi del quale le persone per le quali è richiesto il ricongiungimento non possono già trovarsi nel territorio dello Stato, può talvolta comportare un'interferenza sproporzionata con la vita privata e familiare della persona e, in tali casi, debba perciò disapplicarsi<sup>177</sup>.

Inoltre, in sede di tutela cautelare la giurisprudenza francese riconosce che la violazione dell'art. 8 costituisce un motivo privilegiato per l'accertamento del *fumus boni juris* “le moyen tenant à la violation des stipulations de l'article 8 de la Convention EDH” fanno sorgere “un doute sérieux sur la légalité d'une décision”<sup>178</sup>.

Come si è detto, nella giurisprudenza nazionale appaiono meno frequentemente, invece, i riferimenti agli *standard* CEDU di tipo procedurale e processuale.

In particolare, sebbene non manchino alcuni riferimenti agli artt. 6 e 13 in relazioni ai casi in cui la presenza dello straniero nel territorio sia strumentale all'esercizio del diritto di difesa in materia penale, sono infrequenti i casi in cui la giurisprudenza si ispira a tali parametri per la risoluzione di questioni processuali

---

<sup>175</sup> I. MACDONALD, op. cit., p. 457. Sul punto v. P. CRAIG, *Unreasonableness and proportionality in UK Law*, in E. ELLIS, *The principle of proportionality in the laws of Europe*, 1999, p. 97

<sup>176</sup> I. MACDONALD, op. cit., p. 1284.

<sup>177</sup> Caso *Chikwamba v SSHD* [2008] UKHL 40.

<sup>178</sup> ENA, *Le droit des visas et les droits fondamentaux*, cit., p. 33. Nel caso di *référé liberté*, la presenza di un diritto tutelato dalla CEDU comporta un più facile riconoscimento dei requisiti di serietà e manifesta illegalità su cui si fonda. M. TORELLI, *Le juge administratif et le droit des étrangers*, in X. BIOY, *Regards sur le droit des étrangers*, Toulouse, 2011, p. 187.

sorte nel corso del giudizio, o per sviluppare *standard* procedurali relativi al procedimento amministrativo che precede l'adozione del provvedimento<sup>179</sup>.

In diversi casi, inoltre, il precedente *Maaouia* della Corte EDU viene richiamato al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 6 alla materia dell'immigrazione<sup>180</sup>.

Tale circostanza, tuttavia, non esclude la possibilità di sviluppare *standard* processuali equivalenti, sulla base di nozioni e principi di diritto interno<sup>181</sup>.

### 3.4 *L'impatto della CEDU e la pubblica amministrazione*

Nonostante le difficoltà cui si è fatto cenno, è comunque possibile individuare alcuni profili dell'attività amministrativa nel settore dell'immigrazione che appaiono influenzati dalle norme della CEDU.

Per il tramite del legislatore e della giurisprudenza, in particolare, diversi aspetti del decidere amministrativo risultano modificati.

Ad esempio, l'introduzione di specifici limiti al potere di espulsione, volti a riflettere gli obblighi di tutela della CEDU, può comportare per l'amministrazione oneri istruttori aggiuntivi (in relazione al necessario accertamento della condizione familiare e sociale della persona, o delle specifiche condizioni del Paese di destinazione, per verificare la sussistenza di un rischio di violazione degli artt. 3 e 8) nonché un onere di motivazione più specifico e approfondito, che renda conto di tali profili nel provvedimento finale.

I parametri e la giurisprudenza della CEDU possono inoltre influenzare il carattere discrezionale o vincolato delle singole fattispecie.

Una norma come l'art. 3 CEDU, ad esempio, in ragione del carattere assoluto della disposizione, sembra comportare necessariamente l'introduzione di fattispecie

---

<sup>179</sup> Tale tendenza, che in questa sede si osserva con riferimento al settore dell'immigrazione, è stata segnalata anche più in generale da alcuni commentatori francesi, che osservano come “French judges have tended to accept more easily the substantive rights jurisprudence of the Court than they have that Court's case law on procedural rights”, E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, op. cit., p. 130.

<sup>180</sup> V. per l'Inghilterra il caso *MK (Iran) v SSHD* [2010] EWCA Civ 115, in cui la Corte ha rigettato la richiesta di risarcimento per eccessiva durata di un processo in materia di asilo.

<sup>181</sup> In una recente pronuncia inglese, ad esempio, il diritto alla notificazione di un provvedimento amministrativo negativo in materia di asilo è stato affermato sulla base di principi interni di *fairness* e *rule of law*, affermando che “the Convention is not an exhaustive statement of fundamental rights under our system of law”. *Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte Anufrijeva* [2003] UKHL 36.

vincolate, in quanto sarebbe contrario a tale disposizione se l'amministrazione godesse del potere discrezionale di bilanciare l'obbligo di tutela del diritto a non subire la tortura o trattamenti disumani o degradanti con altri interessi pubblici (financo la sicurezza nazionale).

In questo senso, a livello nazionale deve poter essere qualificato come illegittimo (ed il quadro normativo interno deve renderlo possibile) il provvedimento di espulsione o respingimento che, pur in presenza di un rischio di violazione di tale diritto, disponga comunque l'allontanamento della persona.

Allo stesso tempo, tuttavia, l'obbligo di rispetto dell'art. 3 pone un limite alla possibilità di prevedere, a livello normativo, ipotesi vincolate di espulsione o respingimento, in quanto l'amministrazione deve godere di un certo margine di apprezzamento per poter disporre la non esecuzione del provvedimento stesso, nel caso in cui determini un rischio di violazione dell'art. 3<sup>182</sup>.

Al contrario, una norma come l'art. 8 sembra comportare necessariamente l'introduzione di fattispecie discrezionali, in cui l'amministrazione procedente abbia il potere di valutare tutte le caratteristiche del caso concreto, bilanciandole secondo quanto richiesto dal principio di proporzionalità<sup>183</sup>.

Nel Regno Unito, ad esempio, anche le ipotesi di *automatic deportation* – che realizzano l'intenzione del legislatore di prevedere ipotesi di espulsione vincolata – sono previste alcune eccezioni a tutela, tra gli altri, dei diritti umani previsti dalla convenzione (tra le quali la più frequentemente impugnata in sede giurisdizionale è quella che fa riferimento al rispetto dell'art. 8)<sup>184</sup>.

In quell'ordinamento, inoltre, si coglie un collegamento tra il principio di proporzionalità di cui all'art. 8 e il principio della *fettering discretion*, in base al quale la pubblica amministrazione, ove goda di un potere discrezionale

---

<sup>182</sup> Nell'ordinamento inglese, ad esempio, il Secretary of State dispone, a questo scopo, di un margine di discrezionalità rispetto all'esecuzione della *deportation* eventualmente disposta dal giudice penale, potendo evitare di dare esecuzione a tale sentenza nel caso in cui si determini un rischio di violazione di un diritto umano. I. MACDONALD, op. cit., p. 1295.

<sup>183</sup> L'ampliamento delle fattispecie discrezionali costituisce uno degli esiti tipici del principio di proporzionalità. Nel Regno Unito, tra le preoccupazioni espresse in relazione all'introduzione dello Human Rights Act, è stato osservato che "many commentators on the Act have considered that its proportionality requirements would increase the level of discretion in decision making – a prediction born out by subsequent judgements", L. CLEMENTS, R. MORRIS, *The Millennium Blip: the Human Rights Act 1998 and Local Government*, in S. HALLIDAY, P. SCHMIDT, (eds) *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Studies of Human Rights in the National Context*, Oxford, 2004, pp. 209 -229.

<sup>184</sup> I. MACDONALD, p. 1279.

legislativamente assegnate, non può sottrarsi al dovere di esercitarlo caso per caso (ad esempio decidendo di attenersi a linee guida interne troppo rigide e vincolanti<sup>185</sup>).

In Francia, per fare un altro esempio, l'esigenza di assicurare il rispetto dell'art. 8 smentisce il carattere vincolato del rifiuto del visto di ingresso in una serie di ipotesi (tra cui quella dello straniero oggetto di una segnalazione Schengen)<sup>186</sup>.

La conformazione degli ordinamenti nazionali a tale norma, pertanto, passa anche attraverso l'introduzione di eccezioni, clausole di salvaguardia, o comunque elementi di flessibilizzazione della disciplina di riferimento, che permettano all'amministrazione di realizzare caso per caso tale bilanciamento.

Nella materia dell'immigrazione, pertanto, appaiono potenzialmente in contrasto con quanto richiesto dall'art. 8 le norme che prescrivano l'adozione di provvedimenti negativi sull'ingresso, il soggiorno o l'espulsione dello straniero, nel caso in cui escludano la possibilità di un bilanciamento con il diritto dello straniero al rispetto della vita privata e familiare, per le ipotesi in cui tale diritto si riveli effettivamente sussistente.

Sotto questo profilo, peraltro, è possibile tracciare un'analogia con l'influenza esercitata dal diritto comunitario, che in materia di allontanamento dei cittadini

---

<sup>185</sup> In base alla regola della *fettering discretion* la giurisprudenza osserva che “policies that involve people cannot be, and should not be allowed to become rigid inflexible rules” (*Chikwamba v. SSHD* [2008] UKHL 40). In materia di *entry clearance*, l'art. 8 della CEDU impone di accertare il rispetto del principio di proporzionalità nei casi in cui il diniego obbligato di un *entry clearance* incida sul diritto ad una vita privata e familiare del richiedente. Si osserva pertanto che esso “goes further than the existing administrative law rule [against fettering discretion] in that it requires a decision-maker to show that infringement of the right to respect for family life caused by adherence to the policy was proportionate to the aim sought to be achieved”.

<sup>186</sup> Il Consiglio di Stato francese, ad esempio, ha ribadito che il bilanciamento deve essere effettuato anche quando l'amministrazione è apparentemente tenuta a rifiutare la visa (come nei casi di cui all'art. 5 Schengen, ora convogliati nel codice visti, ossia quando lo straniero è oggetto di una segnalazione schengen o non ha i mezzi sufficienti per mantenersi). Questo perché gli Stati possono comunque derogare all'obbligo di rifiutare il visto, emettendo un visto a validità territoriale limitata (CE SSR, 25 ottobre 2000, Mme Cucicea-Lamblot, n°212315, p. 460). Analogamente, in relazione all'insufficienza dei requisiti economici (CE SSR, 20 décembre 2000, Mme El Abd, n°202207, p. 641). Anche in altri casi, in presenza di elementi che sarebbero normalmente sufficienti a comportare un diniego automatico del visto (come la presenza di motivi di sicurezza, il fatto che la persona sia priva di mezzi economici per sostenersi, o il fatto che la persona sia entrata irregolarmente nel territorio), il rispetto dell'art. 8 richiede di svolgere un bilanciamento con gli interessi della persona ed un test di proporzionalità del provvedimento (CE Sect., 10 avril 1992, M. Aykan, n°75006, concl. Denis-Linton, p. 152; CE SSR, 11 juin 1997, Epoux Talipoglu, n°163633, concl. Abraham, T. p. 850; CE SSR, 7 août 2008, M. Negba-Fonoda, n°289842, T. p.747, 765).

dell'Unione limita la possibilità di prevedere automatismi espulsivi, valorizzando, invece, elementi di flessibilità nella valutazione delle singole fattispecie<sup>187</sup>.

Un altro dei profili in cui si manifesta l'influenza delle norme CEDU sull'attività dell'amministrazione è quello dell'attività normativa dell'esecutivo, che in certi casi traspone i principi CEDU e gli esiti della giurisprudenza di Strasburgo, riflettendo alcune delle esigenze di cui si è detto.

In una materia quale quella dell'immigrazione, in cui risulta frequente la presenza di fonti non legislative – come regolamenti, circolari, linee guida di produzione dell'esecutivo – queste ultime possono costituire anche uno strumento per adeguare la prassi amministrativa agli *standard* di tutela dei diritti umani richiesti (anche aggiornandola, per via della maggiore flessibilità rispetto alla fonte legislativa, rispetto alle evoluzioni della giurisprudenza).

Nell'ordinamento inglese, ad esempio, le Immigration Rules fanno riferimento ai diritti della CEDU in più punti<sup>188</sup> (e alcune di queste disposizioni sono state inserite anche prima dell'introduzione dello Human Rights Act, al fine di assicurare il rispetto di quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte EDU)<sup>189</sup>.

Anche in altri ordinamenti, tuttavia, l'amministrazione ha fatto uso del proprio potere normativo per assicurare il rispetto dei principi CEDU, ad esempio attraverso l'emanazione di circolari interpretative che forniscono chiarimenti in ordine all'applicazione di determinate disposizioni o istituti in senso conforme a tali principi<sup>190</sup>.

Un altro profilo in cui si manifesta l'influenza della CEDU sull'attività amministrativa è nello sviluppo di forme di monitoraggio, ispezione e controllo amministrativo specificamente incentrate sulla verifica del rispetto degli *standard* di

---

<sup>187</sup> In particolare “la sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti”. Art. 27.

<sup>188</sup> Ad esempio ove stabiliscono che non può essere adottato un *deportation order* nei confronti dello straniero che abbia una *well founded fear of persecution* (HC 395, para 380), o il cui allontanamento costituirebbe una violazione degli obblighi del Regno Unito ai sensi della CEDU.

<sup>189</sup> I. MACDONALD, op. cit..

<sup>190</sup> “Cf. the two examples cited by Sudre (2006) 478. The Home Secretary's memorandum dated 25 October 1991 relative to the deportation of aliens; and the Ministry of Justice's memorandum on criminal policy dated 17 November 1999 relative to the statement and to the increase of denial of entry verdicts which insist on the proportionality principle and on the taking into account of the provisions of Article 8”, E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, op. cit., p. 148.

tutela dei diritti umani da parte di determinate branche dell'amministrazione, soprattutto in certi contesti.

L'esempio principale di questa tendenza è il controllo svolto da organismi indipendenti sui centri di trattenimento amministrativo per stranieri, al fine di verificare le condizioni in cui si realizza tale trattenimento e l'accesso ai servizi previsti dalla legge.

L'importanza di sviluppare forme di controllo di questo tipo è stata ribadita più volte anche in sede europea, in particolare dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa<sup>191</sup>.

Nel Regno Unito, ad esempio, si segnala la funzione svolta dallo UK Prisons Inspectorate, che svolge funzioni di controllo sui centri di detenzione anche per migranti e ha sviluppato delle linee guida sui criteri per valutare le condizioni di detenzione degli immigrati, prendendo a modello gli *standard* elaborati in questa materia a livello internazionale, anche da parte della Corte EDU<sup>192</sup>.

Sempre nel Regno Unito, questo modello è stato replicato anche in relazione ad attività diverse dalla detenzione amministrativa, come l'esercizio dei controlli alla frontiera. Le attività della UK Border Agency, in particolare, risultano soggette ai controlli dello UKBA Chief Inspector, che esercita funzioni di monitoraggio ed ispezione, sia d'ufficio che sulla base di segnalazioni da parte di privati e associazioni<sup>193</sup>.

Sempre sotto il profilo dell'amministrazione, infine, nella prospettiva della tutela dei diritti umani può assumere rilevanza anche il coinvolgimento di soggetti privati nell'esercizio di funzioni di controllo in questo settore, o nella prestazione di determinati servizi.

---

<sup>191</sup> Ad esempio in materia di detenzione. La Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare Resolution 1637 (2008) *I Europe's boat people: mixed migration flows by sea into southern Europe* afferma che gli Stati devono "allow, when applicable, the monitoring of reception centres and detention centres by ombudspersons and national human rights commissions, parliamentarians and other national or international monitoring bodies" e che "where specialised monitoring bodies do not exist, they should be created", e "where they do exist, their members should be selected and appointed carefully and should be trained in carrying out their functions", inoltre "the media should also be granted reasonable access to detention centres from time to time to ensure transparency and accountability, without encroaching, however, on detainees' right to privacy".

<sup>192</sup> V. *Immigration Detention Expectations: criteria for assessing the conditions for and treatment of immigration detainees*, HMIP, 2007.

<sup>193</sup> Sul punto v. *supra*.

A questo proposito è utile ricordare che tale circostanza non esime gli Stati dall'obbligo di rispettare la CEDU, in quanto essi sono tenuti ad osservare specifici obblighi di tutela anche rispetto alle violazioni dei diritti umani attuate da soggetti privati entro la loro giurisdizione<sup>194</sup>.

Nell'ordinamento inglese il problema si è posto soprattutto in relazione ai centri di detenzione gestiti da soggetti privati, in relazione ai quali è stato stabilito che tali *contractors* privati possono essere considerati “functional public authorities” ai sensi dello HRA, ed essere tenuti quindi all'osservanza dei relativi standard di tutela dei diritti umani<sup>195</sup>.

Il fatto che un centro sia gestito da soggetti privati, tuttavia, non priva le forze dell'ordine delle loro responsabilità di tutela dell'ordine pubblico<sup>196</sup>, né solleva l'amministrazione dai suoi obblighi di tutela dei diritti umani, tra i quali vi è quello di svolgere, ove si realizzino episodi di violazione dei diritti umani, un'indagine indipendente volta ad individuare i soggetti responsabili, ai sensi di quanto richiesto dall'art. 3 CEDU (come interpretato dalla Corte EDU)<sup>197</sup>.

Infine, gli obblighi di tutela dei diritti umani possono anche rilevare, più in generale, come limite al coinvolgimento di soggetti privati nell'esercizio di funzioni

---

<sup>194</sup> “Where rights violations involve the private sector, effective protection requires knowledge by the state that violations are taking place, an ability to prevent them in the situations in which they occur, and on national laws which make it possible to prosecute violations. Where there is no legal employment contract, because the worker is irregular, courts may have no jurisdiction to award compensation. The obstacles for states are also substantial where the victims are irregular, moving under cover of smugglers or traffickers, or working in a ‘twilight’ economy”, CommDH/IssuePaper(2007)1, The Human Rights of Irregular Migrants in Europe Strasbourg, 17 December 2007.

<sup>195</sup> V. R (on the application of D and K) v SSHD [2006] EWHC, relativo ai privati che gestivano un centro di detenzione ad Oakington. Il ricorso a *contractors* privati nel settore dell'immigrazione risulta in aumento. Uno studio del 2005 sottolineava come 7 su 10 dei centri detenzione per immigrati presenti nel Regno Unito fossero gestiti da privati, contro l'appena 10% delle prigioni. E' stato osservato come, rispetto alla gestione di centri di detenzione penali, la gestione di centri per immigrati risulti più vantaggiosa per i privati, anche per via della regolazione meno rigida cui sono soggetti. V. C. BACON, *The evolution of Immigration Detention in the UK: the involvement of private prison companies*, Refugee studies center, Working paper number 27.

<sup>196</sup> Nel caso *Yarl's Wood Immigration Ltd v Bedfordshire Police Authority* [2009] EWCA Civ 1110, la Corte d'Appello ha stabilito che le forze di polizia locali fossero responsabili – ai sensi del *Riot (Damages) Act* del 1886 – per i danni provocati da una rivolta all'interno di un centro di detenzione della zona, anche se quest'ultimo era gestito da privati.

<sup>197</sup> Nel caso *R (AM) v Home Secretary and Kalyx Ltd* [2009] EWCA Civ 747, la Corte ha stabilito che il Secretary of State avrebbe dovuto svolgere un'indagine indipendente per individuare i responsabili di una serie di maltrattamenti subiti dagli stranieri detenuti in un centro gestito da una società privata.

di controllo (ad esempio, ponendo un limite alla possibilità di prevedere sanzioni penali a carico dei trasportatori)<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> “As regards persons who assist foreigners to enter the territory, the criminalisation of their activities may have human rights consequences. For instance, a UK court was not satisfied that an automatic fine against a transporter for carrying persons who were refused admission was consistent with the transporter’s interest in private life under Article 8 ECHR. *International Transport Roth GmbH & Ors v Secretary of State For the Home Department* [2002] EWCA Civ 158”, E. GUILD, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications, Issue Paper commissioned and published by Thomas Hammarberg, Council of Europe Commissioner for Human Rights*, Strasbourg, 2010.



## CAPITOLO QUARTO

### PROSPETTIVE E PROPOSTE SUL QUADRO ITALIANO, ALLA LUCE DEI PRINCIPI CEDU E DELL'ANALISI COMPARATA

#### *1. Alcune precisazioni sul recepimento della CEDU nel sistema italiano*

Prima di indagare il rapporto tra processo italiano e CEDU in materia di immigrazione, occorre svolgere alcune brevi premesse di ordine generale utili a spiegare perché il sistema italiano si distingua dagli altri ordinamenti per la diversa intensità e le diverse modalità in cui si manifestano gli effetti della CEDU.

Per lungo tempo, infatti, l'applicazione della CEDU da parte degli operatori interni è stata circondata da incertezze, relative anzitutto alla mancata definizione del rango di tale fonte nel sistema interno, che la Corte Costituzionale è giunta a precisare soltanto nel 2007 con le note sentenze gemelle nn. 348 e 349, a seguito delle quali il tema della CEDU ha ricevuto un nuovo impulso, sia in dottrina sia presso la giurisprudenza, ponendosi le premesse per un utilizzo più frequente di questa fonte da parte delle corti nazionali<sup>1</sup>.

Tuttavia, la posizione assunta nel merito dalla Corte Costituzionale contribuisce a conservare alcune differenze tra l'ordinamento italiano e gli altri ordinamenti nazionali che si sono analizzati.

---

<sup>1</sup> Nella ricca letteratura sul punto si segnalano, senza pretesa di completezza: C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, Milano, 2009; D. TEGA, *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 133 e ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2008, p. 747 e ss.; N. COLACINO, *Rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani e sindacato di costituzionalità ex art. 117, 1° comma, della Costituzione*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, fasc. 30 pag. 113 – 132 M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 5; S. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 128 e segg. Sul tema più generale del dialogo tra corti v. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009. Per un esame precedente alle pronunce della Corte v. C.E. GALLO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, p. 499 e ss.; G. GRECO, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 38 e ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Napoli, 2007; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa, fra integrazione e diversità*, in *Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario*, v. 2005, (2005), p. 1-33; R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2006.

Come noto, infatti, la Corte ha riconosciuto alla CEDU natura di “norma interposta” tra Costituzione e legge ordinaria, destinata quindi a prevalere su quest’ultima, ma ha optato per un sistema accentrato di controllo della convenzionalità delle leggi, nel quale non si riconosce ai giudici comuni il potere di disapplicazione delle norme interne incompatibili con la Convenzione.

Dal punto di vista del giudizio di costituzionalità delle leggi, pertanto, i parametri infracostituzionali della CEDU si prestano a svolgere una funzione integrativa dei principi costituzionali<sup>2</sup>.

Dal punto di vista del giudice comune, invece, i parametri della CEDU si pongono in funzione di ausilio interpretativo, come principi alla luce dei quali applicare la normativa di riferimento, secondo il meccanismo dell’interpretazione conforme già diffusamente adottato per l’adeguamento della normativa nazionale ai principi costituzionali. Mentre gli eventuali contrasti tra legge ordinaria e principi CEDU che non appaiano risolvibili in via interpretativa dovranno invece essere risolti sollevando presso la Corte Costituzionale una questione di costituzionalità per non convenzionalità della legge, invocando i singoli parametri della CEDU in combinato disposto con l’art. 117 Cost.<sup>3</sup>.

Spetterà soltanto alla Consulta, pertanto, pronunciarsi in merito all’eventuale incompatibilità della normativa interna con il parametro CEDU, con conseguente

---

<sup>2</sup> In prospettiva costituzionale v. ex multis M. RUOTOLO, *L’incidenza della Cedu sull’interpretazione costituzionale. il “caso” dell’art. 27, comma 3, cost.*, (Relazione al Seminario internazionale di studi su “Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali”, Roma Tre, 19-20 marzo 2012), in *Rivista AIC*, 2013, fasc. 2 pag. 8; P. PUSTORINO, *Corte costituzionale, CEDU e controlimiti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, fasc. 4 pag. 770 – 772; G. AMOROSO, *Sui controlimiti alle norme della CEDU come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Il Foro italiano*, 2013, fasc. 1 pag. 30 – 33.

<sup>3</sup> Come è stato illustrato, mentre nel caso del diritto comunitario si realizza un meccanismo di sindacato diffuso, nel quale l’interpretazione adeguatrice costituisce soltanto uno “degli strumenti di cui può far uso il giudice per far valere la prevalenza del parametro rispetto all’oggetto”, in quanto “l’altro strumento è rappresentato – come noto – dalla disapplicazione delle legge nazionale confliggente con la normativa europea”, nel caso in cui si sia optato per un sindacato accentrato (come avviene, sia per l’adeguamento ai parametri costituzionali, sia per l’adeguamento ai parametri CEDU) “l’interpretazione adeguatrice è l’unico mezzo di cui dispone il giudice per far valere direttamente la prevalenza del parametro sull’oggetto”, A. D’ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano, 2010, p. 339. Sul punto v. I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale* (parte i) in *Politica del diritto*, 2010, fasc. 1 pag. 41 – 99, (parte ii) in *Politica del diritto*, 2010 fasc. 2, pp. 285 – 317.

dichiarazione di incostituzionalità (a condizione che le norme CEDU risultino a loro volta compatibili con gli altri parametri costituzionali rilevanti).

Nel giudizio di legittimità dei provvedimenti amministrativi, pertanto, i diritti CEDU non rappresentano un motivo di impugnazione del provvedimento, o un parametro diretto di sindacato sullo stesso, ma sono piuttosto richiamati come criterio interpretativo nell'applicazione della norma di riferimento alla singola fattispecie<sup>4</sup>.

In altri termini, la loro applicazione al contenzioso amministrativo segue tecniche analoghe a quelle che i giudici amministrativi osservano nell'applicazione dei principi costituzionali, che risultano impiegati “più come ‘supporto’ alla verifica delle modalità di impiego del potere attribuito dalla legge, che come diretto parametro della legalità dell'esercizio di quest'ultimo”<sup>5</sup>.

L'impatto dei principi CEDU sulla fattispecie concreta, pertanto, risulta necessariamente mediato dal dato normativo, al quale il giudice è tenuto a fare riferimento, non disponendo, tecnicamente, del potere di disapplicarlo in favore del parametro sovranazionale.

Senza discutere, in questa sede, del merito di tale scelta<sup>6</sup>, si osserva come il quadro giurisprudenziale che si è creato a partire dal 2007 appaia comunque piuttosto complesso.

---

<sup>4</sup> Sull'applicazione della CEDU da parte del giudice amministrativo v. S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione Europea*, cit.; S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, fasc. 6 pag. 1375 – 1426. Della stessa autrice, in senso critico rispetto ad alcuni utilizzi dei parametri CEDU da parte dei giudici amministrativi, v. peraltro S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Il diritto processuale amministrativo*, 2009. F. D'ORO, *L'applicabilità della CEDU nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2010 fasc. 11-12, pt. 1, pp. 615 – 636; F. D'ORO, *La disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme Cedu: note a margine della sentenza T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011 fasc. 6, pp. 1435 – 1444; M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, pp. 825-849.

<sup>5</sup> A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto Pubblico*, 1/2012 pp. 49-80.

<sup>6</sup> Si segnala peraltro come in dottrina alcuni sostengano la necessità di introdurre un sindacato diffuso di convenzionalità, mentre altri assumono una posizione di compromesso che distingue a seconda del tipo di norma CEDU, affermando che la possibilità di disapplicare il parametro interno debba valere solo per quelle “il cui contenuto è risultato puntualmente precisato dalla Corte di Strasburgo” (soluzione che non appare dissimile da quella effettivamente adottata, come si è visto,

In generale è possibile rilevare, a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale, un maggior ricorso ai parametri CEDU nella giurisprudenza italiana, anche da parte di plessi giurisdizionali tradizionalmente più restii da questo punto di vista, come quello del giudice amministrativo<sup>7</sup>.

In certi casi, tuttavia, sono presenti incertezze circa le tecniche di applicazione della CEDU, ad esempio circa la possibilità – di fatto attuata da alcuni giudici – di applicarla in via diretta disapplicando la legge nazionale, anche sulla base di una parificazione tra fonte UE e fonte CEDU, mai ammessa in termini generali dalla Corte Costituzionale<sup>8</sup>.

Infine, lo stesso ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme presenta comunque alcuni margini di incertezza, trattandosi di una tecnica dai confini incerti. Infatti, mentre in alcuni casi il parametro CEDU può essere richiamato semplicemente *ad adiuvandum*, come argomento rafforzativo di soluzioni normative già presenti sul piano nazionale, in altri casi esso si presta ad un uso più creativo, che conferisce alla norma un significato propriamente diverso da quello assunto in precedenza. Può quindi risultare difficile, in tali circostanze, determinare il confine tra interpretazione conforme e applicazione diretta<sup>9</sup>.

---

dall'ordinamento Belga), v. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. 2, Milano, 2013, p. 34.

<sup>7</sup> Sul punto v. sempre S. MIRATE, op. cit.

<sup>8</sup> Particolarmente problematica, da questo punto di vista, l'interpretazione di alcune disposizioni del Trattato di Lisbona e le prospettive di una futura adesione dell'UE alla CEDU, dalle quali alcuni giudici hanno tratto argomento per affermare l'equiparazione tra diritto CEDU e diritto UE, sotto il profilo della necessaria *primauté* sul diritto nazionale, con conseguente disapplicabilità della normativa interna non conforme. Cit. TAR Lazio 11984/2010, s cui v. F. D'ORO, *La disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme Cedu: note a margine della sentenza T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011 fasc. 6, pp. 1435 – 1444. Compie un'applicazione diretta dei principi CEDU anche Cons. Stato Sez. IV Sent., 02-03-2010, n. 1220. Sulla questione v. in generale S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2010, p. 1354 ss. G. GUARINO, *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e la Costituzione italiana*, in *Consulta online*, 2011, pag. 46.

<sup>9</sup> M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, pp. 825-849. Sul tema dell'interpretazione conforme in prospettiva europea v. anche E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Napoli, 2013. Sul punto v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006. Con riferimento alla CEDU v. in particolare R. CONTI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo: il ruolo del giudice*, Roma, 2011; M. BIGNAMI, *Il doppio volto dell'interpretazione adeguatrice*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

Ulteriori profili di incertezza sembrano poi aprirsi con riferimento alla pubblica amministrazione, in relazione ai compiti di quest'ultima rispetto all'attuazione dei parametri CEDU.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo, come noto, non vincola gli Stati ad alcuno specifico metodo di attuazione della CEDU, pur confermando che, in linea di principio, gli obblighi di attuazione della CEDU interessano tutti i funzionari degli Stati membri (inclusi giudici e pubbliche amministrazioni).

Negli ordinamenti in cui si riconosce il potere di disapplicazione delle norme non conformi ai diritti CEDU, questi ultimi possono costituire parametri diretti anche per l'agire amministrativo.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, invece, gli strumenti di adeguamento alla CEDU di cui dispone l'amministrazione sono più limitati.

Se, da un lato, sembra possibile affermare che l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU possa valere anche per le pubbliche amministrazioni, nell'applicazione della normativa interna, dall'altro lato le possibilità offerte a queste ultime appaiono intrinsecamente limitate.

In primo luogo, il vincolo costituito dal principio di legalità limita le potenzialità dello strumento dell'interpretazione conforme (poiché difficilmente si ammetterebbero le interpretazioni creative o innovative talvolta proposte dalla giurisprudenza attraverso questa tecnica).

Dall'altro lato, nell'ipotesi in cui il contrasto tra la norma interna e la CEDU appaia irrisolvibile attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme, la pubblica amministrazione risulta comunque vincolata ad applicare la norma interna, in quanto non potrebbe disapplicarla (stante la giurisprudenza costituzionale sul punto) né potrebbe – ovviamente – sollevare un incidente di costituzionalità.

Per l'amministrazione, pertanto, resta ferma soprattutto la facoltà (o, secondo alcune prospettive, l'obbligo<sup>10</sup>) di annullare il provvedimento in autotutela nel caso

---

<sup>10</sup> Per alcuni l'annullamento in autotutela sarebbe un atto dovuto per il fatto stesso che l'illegittimità derivi dalla violazione di norme sovranazionali. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012. Secondo altri autori, invece, l'autotutela a seguito di pronuncia di incostituzionalità delle leggi (cui il tema della CEDU sembra ricollegabile) ha comunque carattere discrezionale, salvo ipotesi molto particolari. In questo senso v. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro Italiano*, a. 133, n. 11/2008, p. 311-316; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano 2002; M. MAGRI, *L'applicazione diretta della Costituzione da parte della pubblica amministrazione*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Atti del seminario svoltosi a Pisa il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, 2002, pp.

in cui la norma di riferimento sia stata dichiarata incostituzionale per non convenzionalità, determinando nel provvedimento amministrativo un vizio di incostituzionalità per inconvenzionalità derivata.

Sul piano dell'azione amministrativa, pertanto, le questioni relative alla convenzionalità dell'agire amministrativo risultano spostate dalla dimensione della semplice legittimità del provvedimento a quella della legalità costituzionale. Da un certo punto di vista, pertanto, l'attuazione dei principi CEDU da parte dell'amministrazione può porre gli stessi problemi e limiti posti dall'attuazione dei principi costituzionali<sup>11</sup>.

Sul punto, l'elaborazione giurisprudenziale (e da un certo punto di vista anche quella dottrinale) non sembra fornire spunti veramente risolutivi, ma la questione non

---

130 e ss.; BARSOTTI, *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Santarcangelo di Romagna, 2013. Sull'impatto della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo sul principio di legalità v. anche S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo*, Milano, 2008.

<sup>11</sup> E' significativo notare come la dottrina abbia già osservato, a questo proposito, che "per quel che concerne il rapporto con l'autorità amministrativa è possibile notare [...] una forte resistenza di quest'ultima a conformarsi all'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni legislative, sia essa autonomamente prodotta dal giudice amministrativo oppure 'suggerita' dalla Corte Costituzionale" e inoltre che "dalla lettura delle decisioni del giudice amministrativo emerge l'assenza in capo all'amministrazione di quella cultura costituzionale sulla quale un'importante dottrina ha particolarmente insistito e, al contrario, una stretta aderenza alle logiche più restrittive caratterizzanti la legislazione in materia di immigrazione e cittadinanza", A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel "dialogo" tra cosrt costituzionale e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, p. 142. In senso positivo v. invece A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto Pubblico*, 1/2012 pp. 49-80. L'autrice propone una concezione del potere amministrativo "strumentale" alla realizzazione dei diritti "prima ancora che alla attuazione del comando della legge", tale da sottrarre "allo strumento legislativo il monopolio della regolazione delle modalità di soddisfazione" delle pretese dei destinatari. Per l'autrice si aprirebbe così "lo spazio per un dialogo diretto fra amministrazione e Costituzione, in cui l'interposizione della legge resta necessaria, ma non più esaustiva", poiché "realizzare il comando legislativo non è di per sé sufficiente", in quanto "la tutela effettiva di alcuni diritti costituzionali richiede all'amministrazione adempimenti che la legge non è in grado di prevedere o che comunque è bene che non preveda in maniera astratta ed uniforme". L'autrice si riferisce a quel tipo di prestazioni "che, come quelle legate ai diritti sociali, impongono prestazioni non standardizzabili, ma da ricostruirsi a partire dalle specificità dell'individuo che ne è portatore", riferendosi in particolare alla realizzazione del diritto costituzionale alla salute nella disciplina amministrativa delle prestazioni sanitarie. Sebbene il tema trascenda la presente indagine, esso fornisce alcuni spunti di riflessione che saranno ripresi più avanti, in riferimento alla realizzazione di alcuni dei principi della Convenzione (ossia principi costituzional-convenzionali) nella disciplina amministrativa dell'immigrazione.

appare di scarsa rilevanza e sembra quindi destinata ad emergere con maggiore evidenza anche negli anni a venire<sup>12</sup>.

In conclusione, al di là delle questioni problematiche che tutt'ora risultano aperte, è possibile ritenere che il progressivo chiarimento dello *status* dei parametri CEDU nel nostro ordinamento e la crescente attenzione rivolta a questo tema – alimentata anche dal processo di integrazione comunitaria e dalle prospettive di adesione dell'Unione Europea alla CEDU – stia creando anche nell'ordinamento italiano, pur nella particolarità delle tecniche adottate, le premesse per un utilizzo più frequente dei parametri CEDU da parte degli operatori interni.

## *2. Le sentenze della Corte EDU a carico dell'Italia in materia di tutela giurisdizionale dello straniero*

Un secondo ordine di premesse riguarda l'impatto esercitato dalle sentenze della Corte EDU in questa materia, in particolare ove rivolte specificamente all'Italia.

Si osserva infatti che, per quanto riguarda i profili processuali della materia dell'immigrazione, mentre negli altri ordinamenti analizzati le pronunce della Corte EDU forniscono da tempo un impulso per l'introduzione di modifiche anche significative della disciplina processuale nazionale, nell'ordinamento italiano tradizionalmente non risultano interventi del legislatore espressamente volti ad adeguare il proprio modello di tutela in materia di immigrazione agli *standard* fissati

---

<sup>12</sup> La rilevanza dei principi CEDU per le pubbliche amministrazioni è testimoniata, oltre che dalla giurisprudenza della Corte EDU (pacifica nello stabilire che anche un atto della pubblica amministrazione può integrare una violazione della Convenzione), anche da alcune disposizioni interne, ad esempio in relazione all'azione di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti territoriali per gli oneri sostenuti per dare esecuzione alle sentenze di condanna della Corte EDU, nel caso di violazione da parte degli enti territoriali della Convenzione. Tale strumento sembra porre diversi problemi interpretativi, soprattutto in ordine ai presupposti per la sua applicazione. Alcuni commentatori, inoltre, ne hanno tratto argomento per sostenere la tesi dell'efficacia diretta della CEDU nel nostro ordinamento, v. A. COSSIRI, *Una norma di sistema nella finanziaria? La responsabilità delle autonomie locali per violazione CEDU, secondo la legge finanziaria*, in R. Bin, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae. Tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, pp. 83 e ss.. Pur non avendo la Corte Costituzionale aderito a tale tesi, risulta comunque indubbio come tale disciplina confermi la rilevanza dei parametri CEDU anche per le pubbliche amministrazioni, non soltanto dello Stato, ma anche degli altri enti territoriali. Sul punto v. anche R. CONTI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011. Sui problemi che sorgono nell'applicazione dell'istituto v. anche I.F. CARAMAZZA, *Il patrocinio dello Stato italiano dinanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo: attività svolte e considerazioni generali*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2012, fasc. 2 pag. 7 – 15.

dalle pronunce della Corte EDU<sup>13</sup>. Molto più evidente, nell'ordinamento italiano, è invece l'impatto del diritto dell'Unione Europea<sup>14</sup>, che in certi casi ha semmai agito come tramite per quegli stessi principi CEDU, che in altri ordinamenti hanno esercitato un'influenza più diretta.

Per molto tempo, del resto, da parte della Corte EDU non si sono avute significative pronunce di condanna a carico dell'Italia in materia di immigrazione, perlomeno per quanto riguarda i profili prettamente processuali della materia.

Alcune eccezioni si sono invece registrate di recente, a partire dalla sentenza di condanna nel caso *Hirsi Jamaa* in tema di respingimenti in alto mare.

Oltre agli effetti prodotti sul piano sostanziale – come conferma del divieto di respingimenti collettivi e degli obblighi di tutela *ex art. 3 CEDU* – la pronuncia riveste infatti una grande importanza anche dal punto di vista processuale in quanto, come si ricorderà, la Corte ha condannato l'Italia anche per la violazione dell'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo, ribadendo il diritto degli stranieri a presentare un ricorso effettivo davanti ad un'autorità nazionale avverso il provvedimento di respingimento.

Sotto questo profilo è possibile anticipare come il legislatore italiano non abbia dato seguito sul piano normativo a tale pronuncia, con riferimento alla disciplina positiva dei respingimenti, mentre gli effetti della sentenza sono stati invece colti dalla giurisprudenza, la quale, come più avanti si vedrà, fa espressamente riferimento ad essa in materia di respingimenti<sup>15</sup>.

Un'altra pronuncia da rilevare, dal punto di vista processuale, è la recente condanna nel caso *Seferovic c. Italia*, che ha dichiarato violato l'art. 5 CEDU in relazione al trattenimento di una cittadina straniera in vista della sua espulsione, non

---

<sup>13</sup> Tale rilievo si riferisce esclusivamente a quanto constatato nella materia dell'immigrazione, essendo pacifico che sotto altri profili l'influenza della CEDU sul diritto processuale italiano risulta invece più evidente. Si pensa ad esempio al tema della ragionevole durata dei processi (v. E. SCOCCODATO, *Art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto ad un equo processo e tutela della dignità umana*, in L. RUGGIERI (a cura di), *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2009, pp.15-62), o alla riapertura del processo penale (C. Cost. 113/2011, in generale v. V. MANES, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011).

<sup>14</sup> Sul punto v. B. NASCIMBENE, *Orientamenti e norme nazionali in materia di immigrazione. L'incidenza del diritto internazionale e comunitario, le iniziative di riforma*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., fasc. 3-4-, pp. 719 – 746.

<sup>15</sup> Come si vedrà, il riferimento è alla pronuncia della Corte di Cassazione del 2013 che ha definito la competenza del giudice ordinario per l'impugnazione dei provvedimenti di respingimento differito.

soltanto per profili sostanziali relativi ai presupposti della detenzione<sup>16</sup>, ma anche per la mancanza, nel sistema italiano, di un meccanismo di riparazione dei danni da ingiusta detenzione in materia di immigrazione<sup>17</sup>.

Per il resto, la maggior parte delle sentenze di condanna che hanno riguardato l'Italia in questa materia hanno avuto ad oggetto profili sostanziali relativi alla violazione degli artt. 3, 5 e 8 CEDU.

Tra queste si segnalano, in particolare, una serie di condanne per violazione dell'art. 3 in relazione all'espulsione di stranieri ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica verso la Tunisia<sup>18</sup>.

In alcuni di questi casi, peraltro, la Corte ha ritenuto violato, oltre all'art. 3, anche l'art. 34 sul diritto di ricorso individuale alla Corte EDU, in quanto l'Italia non ha ottemperato alle misure cautelari emesse dalla Corte (avendo dato esecuzione all'espulsione in pendenza di ricorso, disattendendo l'ordine di sospensione emesso da quest'ultima)<sup>19</sup>. La Corte ha quindi ribadito che, nei casi di espulsione di uno

---

<sup>16</sup> Nel caso di specie si trattava di una donna che aveva partorito da poche settimane, nei confronti della quale, a seguito della morte del figlio, era stato adottato un provvedimento di espulsione in violazione del divieto di espulsione di cui all'art. 19 t.u. imm. (che si estende ai sei mesi dopo il parto indipendentemente dall'eventuale perdita del figlio). A seguito dell'annullamento del provvedimento la donna era stata liberata, dopo 48 giorni di trattenimento in un CIE.

<sup>17</sup> L'art. 314 c.p.p., infatti, riconosce il diritto alla riparazione per il caso di ingiusta custodia cautelare, ma non si applica ai casi di detenzione amministrativa in materia di espulsione. La stessa Corte EDU sottolinea come la Corte di cassazione italiana abbia escluso l'applicabilità del principio di equa riparazione per ingiusta detenzione in materia di estradizione (cfr. C. cass., sez. VI, 22 aprile 1997, n. 1648). La Corte osserva altresì come la giurisprudenza italiana abbia negato l'applicabilità diretta dell'art. 5, comma 5 CEDU in tema di equa riparazione (citando in particolare il caso C. cass. II sez., sent. 20 maggio 1991, n. 2823). A commento v. L. BEDUSCHI, *Condannata l'Italia per il trattenimento di una donna Rom in un centro di permanenza temporanea, Nota a Corte EDU, sez. II, sent. 8 febbraio 2011, Pres. Tulkens, ric. n. 12921/04, Seferovic c. Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>18</sup> La CEDU ha accertato che l'espulsione verso la Tunisia avrebbe determinato il rischio concreto che i ricorrenti potessero essere sottoposti a tortura, in violazione dell'art. 3 della Convenzione. V. *Abdelhedi c. Italia* (n° 2638/07), *Ben Salah c. Italia* (n° 38128/06), *Bouyahia c. Italia* (n° 46792/06), *C.B.Z. c. Italia* (n° 44006/06), *Darraji c. Italia* (n° 11549/05), *Hamraoui c. Italia* (n° 16201/07), *O. c. Italia* (n° 37257/06), *Soltana c. Italia* (n° 37336/06), *Toumi c. Italia*, *Ben Khemais c. Italia* (29 febbraio 2009 ric. n. 246/07) *Cherif e al. c. Italia* (7 aprile 2009 ric. n. 1860/07) e *Trabelsi c. Italia* (13 aprile 2010, n. 50163/08). In diverse decisioni i giudici CEDU si richiamano alle loro stesse conclusioni nelle sentenze *Saadi c. Italia* (Grande Camera, 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06), nella quale la Corte si era a lungo soffermata sui rapporti di Croce rossa internazionale, Amnesty International e Human Right Watch che rivelavano pratiche di tortura applicate dalle forze di sicurezza tunisine nei confronti dei detenuti.

<sup>19</sup> Si veda ad esempio il caso *Trabelsi v. Italy* (application no. 50163/08) relativo ad un cittadino Tunisino condannato in Italia per reati di terrorismo e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a dieci anni di reclusione seguiti dall'espulsione. La Corte EDU aveva ordinato la sospensione

straniero verso un Paese che presenta un rischio di violazione dei diritti umani (in particolare quando lo Stato di destinazione non è parte della Convenzione), la sottrazione dello straniero alla giurisdizione italiana compromette l'effetto utile della sentenza di condanna della Corte EDU e, in ultima analisi, preclude il godimento effettivo del diritto CEDU.

Sebbene tali sentenze non individuino difetti strutturali nel sistema di tutele processuali italiano, esse sono comunque rivelatrici e sollevano alcuni profili problematici.

Dal punto di vista dello svolgimento dell'istruttoria, infatti, emerge l'adozione da parte delle autorità italiane di *standard* di valutazione meno rigorosi rispetto a quelli richiesti e adottati dalla Corte EDU. Ciò in particolare per quanto riguarda la valutazione del rischio di violazione dell'art. 3 nel Paese di destinazione dello straniero, anche a causa di un eccessivo affidamento verso le rassicurazioni diplomatiche offerte dallo Stato in questione (che la Corte, a differenza dell'amministrazione italiana, ritiene non convincenti, in quanto contraddette dalle valutazioni fornite da altri osservatori internazionali).

Dal punto di vista dell'esecuzione del provvedimento, invece, emerge la riluttanza delle autorità italiane a sospendere l'espulsione in pendenza di ricorso, ovvero a riconoscere che la tutela avverso il rischio di violazioni dell'art. 3 CEDU non è suscettibile di bilanciamenti con altri interessi pubblici, anche se lo straniero rappresenta una minaccia per la sicurezza nazionale.

Per quanto riguarda l'adeguamento del sistema nazionale alla giurisprudenza della Corte EDU, infine, emerge anche in questa circostanza il ruolo svolto dalla

---

dell'esecuzione dell'espulsione avendo constatato che le condizioni di detenzione in Tunisia avrebbero esposto il ricorrente, condannato a pena detentiva anche in tale Paese, al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. L'Italia aveva disatteso tale ordine facendo valere, a supporto di tale decisione, una serie di rassicurazioni diplomatiche ottenute dall'Italia da parte della Tunisia in ordine al fatto che il ricorrente non avrebbe subito alcun maltrattamento. Tali assicurazioni sono stati ritenute insufficienti dalla Corte, che ha pertanto concluso che la mancata ottemperanza con l'ordine cautelare aveva costituito una violazione del diritto di ricorso individuale di cui all'art. 34. V. anche l'analogo caso *Ben Khemais v. Italy*, 24 febbraio 2009, in cui l'Italia ha estradato uno straniero condannato per terrorismo verso la Tunisia, disattendendo un ordine di sospensione della Corte ex art. 34. In relazione a questi tipi di inottemperanza, del resto, non è previsto alcun meccanismo sanzionatorio, né la Corte gode di alcuno strumento di esecuzione degli ordini emessi; la violazione degli ordini cautelari si risolve quindi, al momento della conclusione del giudizio, in una condanna dello Stato al risarcimento dei danni per violazione del diritto al ricorso individuale alla Corte ex art. 34 (il cui effetto deterrente, al punto di vista degli Stati, appare talvolta minimo, soprattutto a fronte di interessi di una certa rilevanza come la tutela della sicurezza nazionale o il mantenimento di buoni rapporti diplomatici con altri Paesi).

giurisprudenza, che in seguito alle pronunce della Corte ha giudicato contrari all'art. 3 CEDU le espulsioni verso la Tunisia, allineandosi con gli orientamenti di Strasburgo<sup>20</sup>.

Nel complesso, negli anni recenti si osserva un aumento dei casi a carico dell'Italia anche in materia di immigrazione, probabilmente dovuta alla maggiore consapevolezza, sul piano interno, delle potenzialità di tale strumento in questa materia e, conseguentemente, ad una maggiore propensione a presentare ricorso in sede CEDU.

Non è quindi escluso che la giurisprudenza della Corte EDU possa venire a determinare anche in Italia, come negli altri ordinamenti analizzati, un impulso più diretto nell'evoluzione della disciplina processuale in materia di immigrazione.

### *3. L'uso dei principi CEDU da parte della giurisprudenza italiana in materia di immigrazione*

Un altro profilo che occorre prendere in considerazione è quello dell'uso dei principi CEDU da parte della giurisprudenza italiana in questa materia.

E' infatti possibile osservare come, seppure in misura minore di quanto si è potuto constatare in altri ordinamenti, il ricorso ai principi CEDU stia diventando gradualmente più diffuso, soprattutto a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale del 2007.

Peraltro, analogamente a quanto riscontrato in altri ordinamenti, anche presso la giurisprudenza italiana risulta al momento più frequente – perlomeno in questa

---

<sup>20</sup> Sul punto v. R. BARBERINI, *L'espulsione dello straniero a rischio tortura: una sentenza della cassazione riletta alla luce degli sviluppi giurisprudenziali - nazionali ed internazionali - successivi. (Nota a Cass. sez. VI pen. 28 maggio 2010, n. 20514)*, in *Cassazione penale*, 2012, fasc. 6 pag. 2227 – 2250. Secondo l'autrice la disciplina dell'espulsione disposta come misura di sicurezza sarebbe incostituzionale per contrarietà all'art. 3 CEDU, in quanto subordinata al solo giudizio di pericolosità sociale dello straniero e non soggetta agli stessi divieti previsti per l'espulsione amministrativa (di cui all'art. 19 t.u. imm.). Per l'autrice il principio di legalità richiede l'intervento della Corte Costituzionale sul punto e impedisce la risoluzione del contrasto in via di mera interpretazione conforme alla CEDU da parte del giudice ordinario, in quanto comporterebbe una vera e propria disapplicazione della disciplina interna (che l'autrice peraltro ammetterebbe, ritenendo direttamente applicabili a questi casi l'art. 4 dalla Carta di Nizza – equivalente all'art. 3 CEDU – e, quindi, ritenendo operante il principio di primazia del diritto comunitario).

materia – il ricorso ai principi sostanziali della CEDU (quali l'art. 3 e l'art. 8), che ai principi procedurali<sup>21</sup>.

Il quadro giurisprudenziale appare comunque diversificato, anzitutto per quanto riguarda la disponibilità delle singole corti a richiamarsi a tali parametri (e, da questo punto di vista, la varietà di giurisdizioni coinvolte nella materia dell'immigrazione contribuisce a determinare una molteplicità di approcci).

In alcuni casi particolari, ad esempio, si riscontrano forme del tutto singolari di applicazione diretta del parametro CEDU<sup>22</sup>.

A seconda dei casi, poi, il rapporto tra parametro CEDU e parametro interno tende ad articolarsi in modi diversi.

In certe occasioni, poiché alcune disposizioni specifiche del t.u. imm., oltre che della Costituzione, riflettono principi analoghi a quelli espressi dalla CEDU – ad esempio sotto il profilo dei divieti di espulsione – i giudici nazionali danno attuazione alle esigenze di tutela dei diritti umani imposte dalla Convenzione anche senza fare riferimento esplicito al testo della stessa<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Anche in questo caso il giudizio è limitato alla materia dell'immigrazione. E' invece noto come gli artt. 6 e 13 ricevano maggiore applicazione in relazione a temi diversi, come la ragionevole durata del processo.

<sup>22</sup> Già prima delle sentenze del 2007 si possono segnalare alcuni casi interessanti, come la pronuncia del TRGA di Trento 7 aprile 1998, n. 113, che annulla un provvedimento di espulsione per scadenza del permesso di soggiorno (il cui rinnovo era stato peraltro richiesto dallo straniero) in virtù degli art. 8 e 12 CEDU, in quanto l'espulsione avrebbe comportato "una frantumazione della famiglia del ricorrente costringendolo a dividersi dalla figlioletta e dalla moglie, che invece avevano diritto a restare in Italia".

<sup>23</sup> E' stato quindi osservato che "l'eventuale annullamento del provvedimento di espulsione, che tiene indubbiamente conto, seppur implicitamente, della *ratio* dell'articolo 8 della CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza europea e da quella nazionale, è [...] normalmente motivato sia in base alle norme del T.U. sull'immigrazione relative all'unità familiare e alla tutela dei minori, sia in base ad alcune disposizioni costituzionali, riferite alla tutela dei diritti fondamentali della persona (articolo 2), alla condizione giuridica dello straniero (articolo 10), ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio (articolo 29) e a quelli dei figli (articolo 30)", A. SURACE, *Interlegalità e protezione dei diritti fondamentali. Un case study: la protezione dell'unità familiare tra normativa comunitaria, CEDU e normativa italiana*, in *L'altro diritto, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it). Anche per questo motivo è stato osservato che "i principi ispiratori della Convenzione europea sono [...] ben recepiti nell'interpretazione ed applicazione della disciplina sull'immigrazione", la quale, sebbene non menzioni espressamente la Convenzione, si conforma comunque alla Costituzione ed al diritto internazionale", B. NASCIBENE, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in B. NASCIBENE, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 183. E' interessante osservare, ad esempio, che la necessità di vietare le espulsioni suscettibili di ledere irrimediabilmente il diritto alla salute dello straniero è stata riconosciuta in via giurisprudenziale senza compiere alcun riferimento espresso alla giurisprudenza CEDU sul punto. La Corte Costituzionale ha infatti dichiarato infondata la questione di costituzionalità dell'art. 19 co. 2

In altri casi, invece, il riferimento alla CEDU è presente, ma risulta impiegato semplicemente a sostegno di principi comunque ricavabili dalla legge ordinaria o dalla Costituzione<sup>24</sup>.

In altri casi ancora, invece, il parametro CEDU è richiamato come canone alla luce del quale applicare determinati istituti, anche in funzione integrativa rispetto alla disciplina nazionale<sup>25</sup>.

Particolarmente interessanti, però, sono soprattutto i casi in cui l'utilizzo della CEDU è richiamato dalla giurisprudenza in senso più creativo, per giungere ad esiti interpretativi nuovi o diversi da quelli altrimenti prevedibili in base ad un'interpretazione letterale della normativa nazionale.

Un interessante esempio è quello che riguarda l'applicazione dell'art. 8 CEDU ad alcuni automatismi legislativi previsti in materia di permessi di soggiorno ed espulsione.

Come si è visto in altri ordinamenti, infatti, nei casi in cui tali provvedimenti incidano sulla vita privata e familiare dello straniero il loro carattere vincolato può

---

t.u.imm., in riferimento agli artt. 2 e 32 Cost., nella parte in cui non contiene un divieto di espulsione dello straniero che, entrato irregolarmente nel territorio dello Stato, vi permanga al solo scopo di terminare cure essenziali in relazione alle sue pregresse condizioni di salute. A questo proposito la Corte ha osservato che “di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione, si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo”, e nel caso in cui “risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente in ordine alla tutela del suo diritto costituzionale alla salute, si dovrà provvedere di conseguenza, non potendosi eseguire l'espulsione nei confronti di un soggetto che potrebbe subire, per via dell'immediata esecuzione del provvedimento, un irreparabile pregiudizio a tale diritto” (C. Cost. sent. 252/2001). Il principio è recepito anche nella giurisprudenza di legittimità (v. Cass. n. 7615/2011 e di recente Cassazione civile, SS.UU., 10 giugno 2013 n. 14500).

<sup>24</sup> Ad esempio in TAR Lombardia 6 aprile 2007, n. 587, i principi della CEDU sono genericamente richiamati come principi ispiratori della disciplina europea dei soggiornanti di lungo periodo, ma la soluzione in sé e per sé è comunque raggiunta sulla base dell'applicazione di parametri interni e comunitari. Sotto questo profilo emerge ancora un'altra analogia, nella prassi delle corti, tra l'utilizzo del parametro CEDU e l'utilizzo del parametro costituzionale. In relazione a questi ultimi, infatti, è stato osservato che in certi casi “il riferimento alla Costituzione è impiegato dal giudice per sostenere le proprie argomentazioni nel momento in cui viene identificato il parametro legislativo al quale far riferimento”, ad esempio è il caso “dell'obbligo di motivazione, il cui necessario rispetto viene collegato all'articolo 3 della legge generale sul procedimento amministrativo e, per così dire, ‘irrobustito’ dal riferimento ai principi discendenti dall'articolo 97 della Costituzione”, A. PROGGIA, op. cit.

<sup>25</sup> Ad esempio, una sentenza del Tribunale di Roma ha affermato che nel rilascio del permesso per motivi umanitari la discrezionalità dell'amministrazione si esercita “nei limiti stabiliti dall'art. 3 CEDU”, che appare quindi richiamato come vero e proprio parametro diretto, oltre che per l'esercizio del potere amministrativo, anche per il sindacato di legittimità del provvedimento da parte del giudice. Tribunale di Roma, prima sezione civile, ordinanza del 18 novembre 2011.

porsi in potenziale contrasto con il bilanciamento di interessi richiesto dalla Corte EDU, che impone di prendere in considerazione anche vari elementi relativi alle condizioni di vita della persona (quali l'età, la durata del soggiorno, il radicamento sociale ed i legami familiari presenti nel territorio) al fine di bilanciarli con la gravità dei fattori che determinano la necessità di allontanarlo (anche ove si tratti di infrazioni penali).

Per quanto riguarda l'Italia, in un primo momento la Corte Costituzionale aveva ritenuto costituzionalmente legittima la scelta del legislatore di prevedere il diniego automatico del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno in relazione alla commissione di determinati reati indicati dal legislatore (risultante dal combinato disposto tra l'art. 4, comma 3 e l'art. 5, comma 5, t.u. imm.). La Corte ha infatti ritenuto che “non sia manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo”, anche ove ciò determini un automatismo legislativo che preclude “alcuna valutazione in concreto della pericolosità sociale del condannato” (sent. 148/2008)<sup>26</sup>.

Più recentemente, invece, la sentenza 202/2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una di quelle norme (l'art. 5, co. 5 t.u. imm), nella parte in cui prevedeva che l'amministrazione, anche in presenza di un elemento ostativo al rilascio del permesso di soggiorno, quale la commissione di determinati reati, deve tenere conto dell'effettività dei vincoli familiari della persona e della durata del suo soggiorno nel territorio, soltanto per lo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o per il “familiare ricongiunto”, ma non anche per lo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”.

La Corte dichiara che tale disposizione contrasta con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione e si richiama a proprie sentenze precedenti, in cui altri tipi di automatismo legislativo erano stati dichiarati illegittimi per irragionevolezza e violazione del principio di uguaglianza (in particolare l'esclusione automatica dalle

---

<sup>26</sup> La Corte ha infatti ritenuto che tale automatismo non fosse irragionevole, anche in considerazione del fatto che il t.u. imm. prevede comunque alcune forme di flessibilizzazione della disciplina. “Con i decreti legislativi n. 3 e n. 5 dell'8 gennaio 2007 – rispettivamente, di attuazione delle direttive 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo e 2003/86/CE relativa al ricongiungimento familiare – il legislatore ha dato rilievo, in via generale, a ragioni umanitarie e solidaristiche idonee a giustificare il superamento di cause ostative al rilascio o al rinnovo dei titoli autorizzativi dell'ingresso o della permanenza nel territorio nazionale da parte degli stranieri”. Sentenza 148/2008.

procedure di emersione del lavoro irregolare dello straniero che ha commesso determinati reati)<sup>27</sup>.

Sotto questo profilo la sentenza si inserisce in una tendenza più generale della giurisprudenza della Corte (in particolare in materia di diritti fondamentali), volta a sanzionare previsioni legislative troppo rigide, auspicando un “bilanciamento diverso rispetto a quello cristallizzato nella formulazione normativa, con la preferenza per una disciplina a trama aperta, idonea ad offrire maggiore elasticità al momento della sua applicazione”<sup>28</sup>.

La pronuncia del 2013, tuttavia, si segnala rispetto alle altre ad essa precedenti per un espresso richiamo all’art. 8 CEDU, che svolge un ruolo non irrilevante nell’economia della sentenza<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> C. Cost. 6 luglio 2012, n. 172. In quell’occasione la Corte dichiarava, in riferimento all’art. 3 Cost., l’illegittimità costituzionale della disciplina che faceva derivare automaticamente il rigetto dell’istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per una serie di reati “senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato”. Essa affermava che “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali” (cioè “se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*”, sicché la presunzione assoluta risulterà quindi irragionevole “tutte le volte in cui sia ‘agevole’ formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa”). A commento v. N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un’importante evoluzione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2012, fasc. 10 pag. 2488 – 2504; A. GILBERTO, *La Corte costituzionale su diritto alla vita privata e familiare dello straniero ex art. 8 CEDU e diniego del permesso di soggiorno per reato ostativo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>28</sup> V. C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 9 ss. Come è stato rilevato in relazione all’applicazione di parametri costituzionali “l’obiettivo perseguito dal giudice [comune] è quello di essere facultizzato a “graduare” l’applicazione della norma in esame oltre i confini da questa posti, in base a necessità del caso concreto che il legislatore non ha esplicitamente preso in considerazione. La sua richiesta, in altri termini, mira ad introdurre un’istanza di flessibilità all’interno di una normativa “rigida” nella sua assolutezza, che abbia per conseguenza il trasferimento del bilanciamento fra gli interessi contrapposti dal piano della produzione astratta di norme al piano della loro applicazione concreta”, G. PANZERA, op. cit. L’A. commenta la sentenza 253/2003, in cui la Corte ha dichiarato illegittimo l’art. 222 c.p. “nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell’infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”. In tal caso, osserva l’A. “non si è creata alcuna nuova fattispecie legale, ma [...] è venuto meno solo il ‘rigido automatismo’ della disciplina normativa – come lo chiama la Corte – per effetto del suo intervento”, p. 8. Panzera osserva che quest’operazione “in fin dei conti, non è altro che la conversione di una norma-regola in un principio”.

<sup>29</sup> Sul punto v. in generale R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Politica del Diritto*, fasc. 1-2-, 2013, pp. 127 – 150.

La Corte infatti, accertata la compatibilità tra tale norma CEDU e i principi costituzionali interni a tutela della famiglia<sup>30</sup>, osserva espressamente che “la ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall’art. 8 della CEDU implicano, secondo la Corte europea, la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall’attenta osservazione in concreto di ciascun caso” e che “ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati”.

La sentenza produce effetti interessanti sotto diversi punti di vista.

A livello costituzionale, i parametri interni della Costituzione citati dalla Corte (relativi alla nozione di diritti fondamentali, al principio di eguaglianza ed ai diritti legati alla famiglia) risultano in qualche modo precisati e rafforzati dal riferimento all’art. 8 CEDU, interpretato alla luce dei criteri sostanziali elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

In particolare, al parametro di non manifesta irragionevolezza applicato in casi precedenti si affianca in questo caso un espresso riferimento al principio di proporzionalità previsto dalla CEDU.

Il riferimento all’art. 8 contribuisce quindi al conseguimento di esiti interpretativi diversi da quelli inizialmente ottenuti nel 2008, permettendo l’esercizio da parte della Corte di un sindacato più incisivo sulla discrezionalità del legislatore<sup>31</sup>.

A livello legislativo, poi, l’effetto è quello di mitigare gli automatismi previsti dal legislatore<sup>32</sup>, estendendo il campo di applicazione delle clausole di flessibilità che la normativa già prevede a tutela della famiglia.

In questo modo, peraltro, si dimostra come la previsione di fattispecie discrezionali, anziché di fattispecie vincolate, possa in certi casi costituire un

---

<sup>30</sup> La Corte osserva espressamente che “l’attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall’art. 8 della CEDU [...] esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente [...] alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale”.

<sup>31</sup> Se fino a qualche anno fa era possibile affermare che “la Corte costituzionale ha confermato [...] un controllo di legittimità costituzionale a maglie larghe, che fa salva una legislazione particolarmente rigida e severa” (A. DEFFENU, op. cit.) questa pronuncia profila i margini per l’affermarsi di *standard* di sindacato più penetranti, elaborati anche grazie alla giurisprudenza di Strasburgo.

<sup>32</sup> Combinandosi ed integrando, sotto questo profilo, la funzione di limite agli automatismi già svolta dall’art. 3 Cost., in pronunce attinenti alla regolarizzazione del (v. *supra*).

vantaggio per il destinatario dell'atto, anziché uno svantaggio. L'introduzione di clausole generali di favore, come la necessità di "prendere in considerazione la situazione familiare" della persona, si traduce infatti nella possibilità per l'amministrazione di esercitare un potere discrezionale e di bilanciamento di interessi in senso favorevole allo straniero<sup>33</sup>.

A livello amministrativo, pertanto, si realizza un ampliamento delle fattispecie di potere discrezionale dell'amministrazione, restringendosi per converso le ipotesi di potere vincolato (secondo un meccanismo non dissimile da quello riscontrato in altri ordinamenti, sempre in relazione all'applicazione dell'art. 8 CEDU)<sup>34</sup>.

Dal punto di vista dello straniero, poi, si realizza un innalzamento dello *standard* di tutela secondo tecniche che presentano un'analogia con quelle già adottate dal diritto comunitario in relazione alla disciplina dello *status* privilegiato del cittadino dell'Unione (anche in quel caso, infatti, la tutela del cittadino dell'Unione si realizza anche, tra le altre cose, attraverso la limitazione degli automatismi legislativi ed il riferimento al principio di proporzionalità).

Occorre osservare, inoltre, come la soluzione fatta propria dalla Corte Costituzionale nella sentenza commentata fosse già presente presso parte della giurisprudenza amministrativa.

In particolare, il Consiglio di Stato ed alcuni TAR applicavano già l'art. 5 comma 5 t.u. imm. in senso estensivo, in virtù di un'interpretazione conforme all'art.

---

<sup>33</sup> Vi è una tesi che considera come generalmente più favorevoli al destinatario le fattispecie di potere vincolato rispetto a quelle di potere discrezionale. Essa emerge in controtuce, ad esempio, nelle pronunce della Corte di Cassazione che affermano che gli automatismi espulsivi costituiscono una garanzia per lo straniero, tutelandolo avverso possibili arbitri dell'amministrazione. La stessa tesi è sostenuta dalla Corte Costituzionale (v. C. Cost. 16 maggio 2008, n. 140). Tale tesi, tuttavia, presuppone che il bilanciamento di interessi operato dal legislatore rappresenti sempre, quasi per definizione, un punto di equilibrio ragionevole (e costituzionale) dei vari interessi in gioco. Come il caso di specie ha potuto dimostrare, tuttavia, tale assunto non risulta sempre verificato. La tesi, inoltre, non prende in considerazione il fatto che, accanto a clausole generali potenzialmente sfavorevoli per lo straniero (come le nozioni di "ordine pubblico" e "sicurezza nazionale") il legislatore può anche prevedere clausole favorevoli (come la nozione di "vita familiare"), che potrebbero ampliare, anziché a ridurre, i margini di tutela per lo straniero. Infine, la tesi sembra dare per scontato che il potere discrezionale dell'amministrazione sia per definizione insindacabile in sede giurisdizionale. Anche tale presupposto, tuttavia, appare smentito da ipotesi quali quelle relative all'art. 8 CEDU, in cui il giudice adito può ricorrere ai parametri di ragionevolezza e proporzionalità per esercitare un sindacato sul provvedimento impugnato, in particolare nei suoi profili discrezionali.

<sup>34</sup> Ossia di estensione del potere discrezionale della pubblica amministrazione in senso favorevole allo straniero. Si veda ad esempio l'ordinamento inglese, cit. *supra* al Cap. II.

8 CEDU, ritenendo che “anche al di fuori dei presupposti per l’esercizio del ricongiungimento familiare, occorre tener conto, in sede di diniego o revoca del permesso di soggiorno, dei vincoli familiari dello straniero”<sup>35</sup>.

Il caso è quindi interessante perché dimostra efficacemente come la possibilità di ricorrere agli *standard* CEDU in funzione innovativa rispetto al dettato normativo nazionale interessi di fatto anche il giudice comune, che attraverso lo strumento dell’interpretazione conforme può svolgere una funzione di adeguamento dell’ordinamento interno rispetto agli *standard* sovranazionali, oltre che di impulso nei confronti della Corte Costituzionale<sup>36</sup>.

Inoltre, esso dimostra come l’applicazione dell’art. 8 possa costituire la base, non soltanto, per un diverso esercizio del sindacato di legittimità costituzionale da

---

<sup>35</sup> V. Cons. St. 3760/2010. In questa pronuncia il Consiglio di Stato afferma che il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno “ha in realtà un duplice contenuto” in quanto “costituisce in primis una revoca implicita in autotutela dell’originario permesso di soggiorno, rispetto al quale è consequenziale il divieto di rinnovo del permesso”. Questa diversa qualificazione della fattispecie permette al giudice di ricostruire il provvedimento in questione come discrezionale anziché vincolato, aprendo la strada al bilanciamento richiesto dall’art. 8 CEDU. Il giudice afferma infatti che, in quanto provvedimento di autotutela, la revoca del permesso ha presupposti differenti dovendosi valutare ex art. 5 t.u.imm. anche la sopravvenienza di nuovi elementi, quali i vincoli familiari. Tale prescrizione si applica, per il giudice, anche “a prescindere dai presupposti normativi del ricongiungimento familiare”, trattandosi di situazioni giuridiche tutelate dalla CEDU, la quale ha “diretta rilevanza nell’ordinamento interno”. Per una distinzione tra revoca e rilascio v. già Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7302, per la quale “mentre in sede di rilascio si rende necessario applicare rigidamente le previsioni ostative di cui alla pertinente disciplina, il procedimento di autotutela volto a rimuovere il titolo per illegittimità [...] presenta, al contrario, carattere discrezionale e deve tener conto del disposto di cui all’art. 5, comma 5”. Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6566 riguarda un caso di diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro autonomo per pendenza di un’indagine penale a carico del richiedente. Il Consiglio di Stato, riformando la decisione del TAR sul punto, ha annullato il provvedimento in quanto l’amministrazione non aveva preso in considerazione i legami familiari sopravvenuti dello straniero, affermando che il bilanciamento richiesto dall’art. 5 t.u.imm. si applica “non soltanto in caso di avvenuto ricongiungimento familiare, ma in tutte le ipotesi in cui il provvedimento di diniego incide sui legami familiari del richiedente” anche se “sottoposto a procedimento penale per ipotesi ostative al rilascio”. A commento v. M. GNES, *L’applicazione della convenzione europea dei diritti dell’uomo al procedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno*, in *Gli stranieri*, 2010, n. 3, pp. 141 – 153; D. GALLO, L. PALADINI, *Note sulla ‘rilevanza diretta’ della Cedu nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. It.*, 2011, 10. In senso analogo v. anche Cons. Stato Sez. VI, Sent., 29-09-2010, n. 7200., 10 febbraio 2010 n. 691; 3 febbraio 2010 n. 537.

<sup>36</sup> La CEDU si inserisce quindi come strumento aggiuntivo nell’esercizio di quel “dialogo” tra giustizia amministrativa e giustizia costituzionale che, come segnalato in dottrina, si esprime da un lato, come ovvio, nella possibilità di sollevare l’incidente di costituzionalità e, dall’altro lato, attraverso la ricerca di un’interpretazione costituzionalmente conforme della legge. V. A. DEFFENU, *La condizione giuridica dello straniero nel “dialogo” tra cosrt costituzionale e giudice amministrativo*, in G. CAMPANELLI, M. CARDUCCI, N. GRASSO, V. TONDI DELLA MURA, *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, pp. 106 – 146.

parte della Consulta, ma anche per l'esercizio di un sindacato più penetrante sull'attività amministrativa da parte dei giudici ordinari, sostituendo, in questo caso, alla mera verifica dei presupposti previsti dalla legge (tipica dei casi di provvedimento amministrativo vincolato) l'esercizio di un giudizio di ragionevolezza e proporzionalità sul bilanciamento di interessi svolto dall'amministrazione (nel contesto di un provvedimento discrezionale)<sup>37</sup>.

Tanto osservato, tuttavia, tali sviluppi sembrano interessare, per il momento, soltanto alcuni profili della materia dell'immigrazione (in particolare i permessi di soggiorno), mentre altri, come le espulsioni, presentano invece maggiori rigidità.

In particolare, mentre la disciplina Europea ha introdotto varie disposizioni di favore ed elementi di flessibilizzazione applicabili a diverse categorie di stranieri<sup>38</sup>,

---

<sup>37</sup> Il principio affermato dalla Corte Costituzionale non pone quindi una regola rigida e generalizzabile, ma apre piuttosto ad un bilanciamento operato caso per caso – che pertanto non si conclude sempre a favore dello straniero, ma può dare luogo ad esiti diversi a seconda dei casi (ad esempio, ove i reati contestati siano particolarmente gravi, ciò potrà far prevalere l'interesse alla tutela della sicurezza pubblica sul rispetto della vita familiare). Si veda ad esempio TRGA Trento, 26 febbraio 2014, n. 57, che rigetta il ricorso presentato da uno straniero colpito da due condanne irrevocabili per porto d'armi e detenzione di sostanze stupefacenti, operando anche un *distinguishing* rispetto ai casi portati all'esame della Consulta nella sentenza 203/2013, considerati “particolari e non generalizzabili” e comunque di minore gravità rispetto a quello in esame.

<sup>38</sup> Per i soggiornanti CE di lungo periodo, sia il diniego del permesso di soggiorno che l'eventuale espulsione prevedono che l'amministrazione tenga conto della situazione personale dello straniero (età dell'interessato, durata del soggiorno, esistenza di legami familiari e sociali nel territorio, conseguenze dell'espulsione per l'interessato e i suoi familiari, assenza di tali vincoli con il Paese di origine). Per quanto riguarda i cittadini comunitari, la Direttiva 2004/38/CE prevede espressamente il necessario rispetto del principio di proporzionalità e, conseguentemente, vieta di fondare il giudizio su automatismi derivanti dalla mera rilevazione di condanne penali. Esso impone, inoltre, di tenere conto della situazione caso per caso, prendendo in considerazione fattori come l'età, la condizione familiare, il livello d'integrazione. La direttiva Europea sul ricongiungimento familiare (dir 2003/86), poi, fa riferimento al fatto che i provvedimenti di espulsione devono prendere in considerazione la situazione familiare della persona. Tali principi sono riconosciuti espressamente dalla giurisprudenza italiana (v. Cass. civ. Sez. I, Sent., 17-05-2013, n. 12071) e hanno trovato specifica attuazione anche presso la Corte di Giustizia. La sentenza *Orfanopoulos*, in particolare, applica il principio di proporzionalità all'espulsione di un cittadino europeo facendo espresso riferimento all'art. 8 CEDU. Essa afferma che una legislazione che imponga l'espulsione automatica in relazione ad alcuni reati è incompatibile con il diritto comunitario. Anche in relazione al trattamento dei cittadini turchi (per i quali, come si è detto, gli accordi tra Unione Europea e Turchia prevedono uno *status* privilegiato), la Corte di giustizia ha riconosciuto che per il “cittadino turco, che sia giunto nel territorio di uno Stato membro per effetto di un provvedimento di ricongiungimento familiare [...] l'espulsione per motivi di ordine pubblico e pubblica sicurezza deve essere fondata su una valutazione del comportamento personale dell'autore [...] deve rispettare il principio di proporzionalità, e non può quindi essere automaticamente emanata a seguito di una condanna penale e a scopo di prevenzione generale” (Sez. I Sent., 18-07-2007, n. 325/05, *Ismail Derin c. Landkreis Darmstadt-Dieburg*). Per quanto riguarda i cittadini extracomunitari, invece, la direttiva rimpatri impone il rispetto del principio di proporzionalità soltanto con riferimento all'adozione di misure coercitive nell'esecuzione

la disciplina generale prevista per lo straniero extracomunitario qualifica come vincolato il provvedimento di espulsione prefettizia e tende ad escludere la possibilità di effettuare un bilanciamento di interessi caso per caso ai sensi dell'art. 8 CEDU.

La dottrina ha osservato come tale limite possa essere superato attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme a principi internazionali quali l'art. 8 CEDU<sup>39</sup>, ma la giurisprudenza sul punto non risulta omogenea.

La Corte Costituzionale, per canto suo, osserva che l'automatismo espulsivo nei confronti dello straniero extracomunitario "altro non [costituisce] che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione"; principio al quale la Corte attribuisce una funzione di tutela in quanto "presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa"<sup>40</sup>.

Le ragioni di tutela dell'art. 8 si ritengono cioè soddisfatte dal bilanciamento di interessi operato a monte dal legislatore, in particolare con la previsione di specifici divieti di espulsione per ragioni familiari<sup>41</sup>, il cui campo di applicazione la Corte Costituzionale – nel rispetto dell'ampio margine di discrezionalità lasciato al legislatore – si mostra di regola restia ad estendere, fatte salve alcune ipotesi particolari<sup>42</sup>.

---

dell'espulsione (Art. 8) ma non in relazione ai presupposti dell'espulsione stessa (che non costituiscono comunque oggetto della direttiva rimpatri).

<sup>39</sup> G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano, 2006.

<sup>40</sup> C. Cost., Ordinanza n. 146 del 2002.

<sup>41</sup> "Le ragioni umanitarie e solidaristiche che [...] dovrebbero guidare la scelta dell'autorità amministrativa non sono ignote al d.lgs. n. 286 del 1998", il quale, "nel prevedere, all'art. 19, svariate ipotesi di divieto di espulsione dello straniero, soddisfa l'esigenza che siano tutelate particolari situazioni personali senza tuttavia abdicare al principio di legalità, il quale soltanto può assicurare un ordinato flusso migratorio", C. Cost., Ordinanza n. 146 del 2002.

<sup>42</sup> Come noto, la temporanea sospensione del potere di espulsione "delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono", è stata estesa al rispettivo marito convivente (C. Cost., sentenza n. 376 del 2000), ma non invece al compagno con cui la madre intrattenga una relazione di fatto, poiché rispetto a tale situazione familiare non è dato riscontrare la stessa certezza dei rapporti familiari assicurati dal coniugio (Corte Costituzionale, ordinanza del 20 luglio 2000 n. 313; Corte Costituzionale 22/12/2006, 444).

Anche la Corte di Cassazione civile interpreta in senso letterale i divieti di espulsione previsti dal t.u.imm.<sup>43</sup>, e non riconosce l'applicabilità in via generale dell'art. 8 CEDU, laddove afferma che in tema di espulsione dello straniero extracomunitario “non è configurabile un ulteriore limite derivante dal rispetto di un supposto principio di proporzionalità tra sanzione espulsiva ed interessi familiari dell'espellendo, dato che la materia è esaustivamente regolata dalla normativa vigente”, la quale “rappresenta un ragionevole punto di equilibrio tra interessi nazionali (e dell'Unione Europea) alla regolazione dei flussi migratori e diritti primari dello straniero alla sua dimensione familiare”<sup>44</sup>. Per la Corte tale disciplina “non contrasta con l'art. 8 della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, né con le altre norme dell'Unione Europea”, in quanto la normativa nazionale “con previsioni costituzionalmente ineccepibili e conformi alle norme dell'Unione, già regola esaustivamente i casi di divieto di espulsione per ragioni familiari e di rilascio – per detti motivi – del titolo di soggiorno” sicché “non vi è spazio per una applicazione residuale o integratrice degli artt. 8 CEDU, 7-9-33-45 del Trattato di Nizza”<sup>45</sup>.

Quanto al tipo di sindacato esercitato dal giudice sul provvedimento di espulsione, inoltre, la Cassazione afferma che “il controllo giurisdizionale deve avere ad oggetto il riscontro della sussistenza dei presupposti dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie di persone pericolose indicate [dalla legge], da un lato, e del rispetto dei diritti soggettivi delle persone coinvolte nella misura, dall'altro”. Tuttavia, pur facendo riferimento al necessario rispetto dei “diritti soggettivi” dello straniero, la Corte non riconosce l'applicabilità del principio di proporzionalità, prevedendo invece un criterio di sindacato molto più limitato,

---

<sup>43</sup> Ad esempio con riferimento alla famiglia di fatto: “l'equiparazione tra famiglia legittima e famiglia di fatto non può essere esteso alla materia dell'immigrazione clandestina disciplinata da norme di ordine pubblico, nella quale l'obbligo della espulsione incontra solo i limiti strettamente previsti dalla legge al fine di escludere facili elusioni alla normativa dettata per il controllo dei flussi migratori” (Cass. n. 4885/2004).

<sup>44</sup> Cass. civ. Sez. I, 10-12-2004, n. 23134 (rv. 578692). Il riferimento è agli artt. 18, 19, 20, 28, 29, 30, 31 e 32 D.Lgs. n. 286 del 1998, con le integrazioni e le modifiche apportate dalla legge n. 189 del 2002).

<sup>45</sup> Cass. civ. Sez. I, 10-12-2004, n. 23134 (rv. 578692).

secondo una verifica “compiuta *ab extrinseco*, e cioè scrutinando la completezza, la logicità e la non contraddittorietà delle valutazioni operate dall’amministrazione”<sup>46</sup>.

Analogamente, anche il Consiglio di Stato, con riferimento ai provvedimenti di espulsione ministeriale, afferma che tale provvedimento “è indubbiamente espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa” e che “da ciò consegue la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà”<sup>47</sup>.

Alcune pronunce di merito contengono peraltro delle episodiche aperture, affermando ad esempio che ogni decreto di espulsione debba contenere una valutazione degli elementi indicati dalla giurisprudenza convenzionale e un giudizio di comparazione degli interessi coinvolti per stabilire se l’espulsione costituisca, nel caso specifico “una necessità sociale imperiosa [e] proporzionata” rispetto ai diritti di cui all’art. 8<sup>48</sup>.

Particolari sensibilità si possono riscontrare soprattutto nei casi che coinvolgono gli interessi di minori, considerati prevalenti rispetto a tutti gli altri, anche a fronte di provvedimenti di espulsione tecnicamente vincolati<sup>49</sup>.

La giurisprudenza penale, inoltre, riconosce che l’espulsione quale misura di sicurezza conseguente alla commissione di reati in materia di stupefacenti può essere

---

<sup>46</sup> Cass. civ., sez. VI, 8 settembre 2011, n. 18482; Cass. civ., sez. IV, 27 luglio 2010, n. 17585; Cass. civ., sez. I, 16 aprile 2004, n. 11321; 7 dicembre 2005, n. 27068; n. 5661 del 2003. La cassazione precisa peraltro che non va “confuso tra controllo ‘*ab extrinseco*’ e controllo formale, il primo imposto dalla giusta esigenza di valutare i soli fatti esaminati dal prefetto, ma il secondo escluso dalla natura stessa della giurisdizione ordinaria, che ha ad oggetto non l’atto, ma i diritti soggettivi che esso comprime e le condizioni per la sua legittima compressione” Cass. civ. Sez. I, 16-06-2004, n. 11321 (rv. 573670).

<sup>47</sup> Cons. Stato Sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88.

<sup>48</sup> Tribunale di Torino, ordinanza del 23 gennaio 2003 in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2003, p. 127 ss.

<sup>49</sup> Ad esempio in Giudice di pace Bologna, Decr., 16-03-2006, pur notando che “la giurisprudenza di legittimità consolidata” afferma che “la presenza di figli minori sul territorio nazionale non può costituire di per sé motivo di legittima permanenza di genitori non in regola con le norme in materia di soggiorno sul territorio dello Stato” annulla il provvedimento di espulsione perché avrebbe avuto l’effetto di separare i figli dal padre in quanto, in virtù di un precedente provvedimento di sospensione della potestà genitoriale (in relazione al quale risultava pendente un ricorso davanti al tribunale dei minori), non avrebbero potuto seguire il padre nel Paese di destinazione.

applicata nel caso in cui lo straniero abbia una famiglia, nei soli limiti in cui ciò sia “necessario in una società democratica”<sup>50</sup>.

In conclusione l’utilizzo dei principi CEDU da parte della giurisprudenza risulta più frequente di un tempo, pur in presenza di significative oscillazioni tra un giudice e l’altro e a seconda del tipo di provvedimento.

#### 4. *Profili problematici della tutela avverso i provvedimenti di respingimento*

Tanto premesso in ordine al ruolo e all’uso della CEDU, è adesso possibile individuare i profili del modello italiano di tutela giurisdizionale dello straniero che appaiono potenzialmente in contrasto con i principi convenzionali<sup>51</sup>.

Il primo di questi è la mancanza di una disciplina specifica sulle procedure di ricorso avverso i provvedimenti di respingimento (sottratti di per sé anche alle garanzie della convalida giurisdizionale)<sup>52</sup>, che si pone in potenziale contrasto con il diritto ad un ricorso effettivo di cui all’art. 13 CEDU.

Come si è già accennato, le ragioni di questa lacuna sono da rinvenirsi nel fatto che, storicamente, il respingimento veniva considerato, non come un provvedimento amministrativo, ma come un mero atto materiale della polizia di frontiera, soggetto a poche formalità.

---

<sup>50</sup> Cass. Pen. Sez. I, 12 maggio 1993. Il riferimento è al noto caso *Medrano*, che proprio in relazione ad un provvedimento di espulsione – disposto in sede penale – aveva affermato la necessità di osservare i limiti posti dall’art. 8 CEDU, in particolare in ordine al rispetto del principio di proporzionalità del provvedimento di espulsione, per quanto riguarda gli effetti prodotti sulla vita privata e familiare della persona. Le tesi espresse in quella pronuncia non sono state successivamente accolte dalla giurisprudenza, ma è possibile osservare come, ancora oggi, il giudizio penale costituisca una delle sedi in cui risulta più frequente il riferimento ai parametri CEDU (in particolare l’art. 3), come limiti alla possibilità per il giudice penale di ordinare l’espulsione dello straniero in funzione sanzionatoria.

<sup>51</sup> In questa sede non ci si sofferma quindi sui vari profili sostanziali della materia, bensì sui profili procedurali e processuali, selezionando tra questi quelli che appaiono in contrasto, non tanto con principi interni specifici dell’ordinamento italiano (quali ad esempio la riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost., che pure in certi casi appare compromessa), quanto piuttosto con quei principi più propriamente convenzionali che si sono analizzati nel Cap. II.

<sup>52</sup> A differenza dell’espulsione, che richiede una convalida nel caso di esecuzione forzata mediante accompagnamento alla frontiera, il respingimento non richiede tale adempimento poiché il legislatore ritiene che il provvedimento non costituisca una limitazione della libertà personale, ma un mero impedimento dell’ingresso nel territorio (sebbene, in prospettiva più critica, sia possibile ritenere che vi sia comunque un elemento di coercizione, perlomeno nel caso del respingimento differito). E’ invece comunque soggetto a convalida giurisdizionale il trattenimento amministrativo, nei casi in cui sia disposto come atto prodromico al respingimento. Per un’analisi critica dell’istituto v. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 265 e ss.; P. BONETTI, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto d’asilo*, pp. 35 – 72.

La natura provvedimento dell'atto è oggi incontrovertibile, anche dopo che il regolamento attuativo del t.u. imm. ha introdotto un obbligo di comunicazione dello stesso allo straniero, con atto scritto e motivato<sup>53</sup>, e che il codice frontiere Schengen ha previsto espressamente un diritto di ricorso avverso lo stesso<sup>54</sup>.

La giurisprudenza della Corte EDU, per canto suo, oltre ad affermare espressamente il diritto di ricorso avverso i provvedimenti di respingimento (in particolare nel caso in cui possano determinare un rischio di violazione dell'art. 3), precisa l'applicabilità ad essi anche del divieto di espulsioni collettive, il quale, per i requisiti procedurali e provvedimentali che presuppone (ad esempio in ordine all'onere di motivazione), sembra richiedere necessariamente che il respingimento, oltre che avere carattere individuale, si materializzi in un provvedimento amministrativo vero e proprio (in questo modo eliminando ogni possibile dubbio circa la natura provvedimento dell'atto).

Tuttavia il legislatore italiano, come si è detto, non ha mai disciplinato espressamente i mezzi di tutela avverso il provvedimento di respingimento, dando origine a varie incertezze dal punto di vista applicativo, anzitutto in ordine all'individuazione della giurisdizione competente in materia<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> L'art. 3 c. 3 d.p.r. 394/1999 prevede altresì che la comunicazione di una serie di provvedimenti (tra cui quello di respingimento) debba anche indicare le "eventuali" modalità di impugnazione.

<sup>54</sup> Il Regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio stabilisce che "il respingimento può essere disposto solo con un provvedimento motivato che ne indichi le ragioni precise" (art. 13, comma 2) e precisa che "l'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo sul provvedimento di respingimento" (art. 13, comma 3).

<sup>55</sup> Come si è detto, sul punto si era sviluppato fino al 2013 un contrasto giurisprudenziale tra giudici amministrativi e giudici ordinari in ordine all'assegnazione di tale giurisdizione (talvolta con pronunce tese ad escludere vicendevolmente la propria giurisdizione). Sul punto v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il respingimento differito*, cit.. A livello di disciplina positiva, invece, l'unico riferimento esplicito ad un diritto di ricorso avverso il respingimento è contenuto all'art. 3 c. 3 d.p.r. 394/1999, cit., relativo all'onere di notificazione del provvedimento. Dottrina e giurisprudenza sono state a lungo divise sulla questione della definizione del giudice competente. In estrema sintesi, la tesi che afferma la giurisdizione del giudice amministrativo si poggia sull'osservazione che il provvedimento di respingimento realizza necessariamente una compressione della posizione giuridica del soggetto, degradando comunque eventuali diritti soggettivi ad interessi legittimi (v. T.A.R. Friuli - Venezia Giulia, 23 agosto 2002, n. 610, confermata in TAR Friuli - Venezia Giulia 29 gennaio 2007, n. 102, v anche D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano 2009, p. 117). La tesi che afferma la giurisdizione del giudice ordinario, invece, si fonda su un'analogia con il provvedimento di espulsione, considerando il respingimento come una *species* di quest'ultimo (TAR Campania, Napoli, 3 luglio 2007, n. 6442; T.A.R. Sicilia, 6. aprile 2009, n. 668; T.A.R. Calabria 20 aprile 2006, n. 432; T.A.R. Campania 3 luglio 2007, n. 6441). In alcune sentenze, inoltre, si afferma che la giurisdizione del giudice ordinario si giustifica con il fatto che il respingimento incide su diritti soggettivi, in quanto "l'esecuzione del respingimento 'differito' implica inevitabilmente una

La mancanza di una disciplina del ricorso appare problematica, nel sistema italiano, soprattutto in relazione alla disciplina dei respingimenti differiti, che determinano un significativo ampliamento del campo di applicazione della fattispecie del respingimento (anche con i rischi di elusione della disciplina delle espulsioni, rispetto alla quale la disciplina dei respingimenti risulta più povera di garanzie sul piano procedurale<sup>56</sup>).

Proprio in relazione a questi ultimi la Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata, ponendo fine al relativo contrasto giurisprudenziale ed affermando la giurisdizione del giudice ordinario per i provvedimenti di respingimento differito<sup>57</sup>, riconoscendo che “il provvedimento del questore diretto al respingimento incide su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo”. Tali posizioni sarebbero infatti costituite dal diritto alla protezione internazionale, sull’insussistenza dei cui presupposti l’amministrazione, ed il suo giudice, sono tenuti ad operare un accertamento negativo<sup>58</sup>.

In questa prospettiva è interessante osservare come la Corte faccia espresso riferimento alla sentenza *Hirsi Jamaa* della Corte EDU, nella parte in cui afferma che “l’Italia non è dispensata dal dovere di rispettare i propri obblighi derivanti dall’articolo 3 della Convenzione per il fatto che i ricorrenti avrebbero omesso di chiedere asilo o di esporre i rischi cui andavano incontro”.

Sembra infatti che la giurisprudenza della Corte EDU influenzi la giurisprudenza nazionale su più livelli.

Sotto il profilo sostanziale, essa contribuisce a dare una definizione alla posizione soggettiva dello straniero che si presenta alla frontiera irregolarmente. Rispetto a tale soggetto, infatti, viene ad operare una sorta di presunzione giuridica che si tratti di una persona potenzialmente a rischio di subire una violazione dei

---

coercizione della libertà personale dello straniero” (Giudice di Pace di Agrigento n. 741 del 18 ottobre 2011).

<sup>56</sup> Come si è detto, mentre l’accompagnamento forzato alla frontiera è soggetto a convalida giurisdizionale, il respingimento non lo è mai.

<sup>57</sup> Tra la tesi favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo e quella favorevole alla giurisdizione del giudice di pace, sulla base di un’analogia con il provvedimento di espulsione.

<sup>58</sup> C. Cass. 17 giugno 2012, n.15115. A commento v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Ci sarà un giudice che decida in materia di respingimenti degli immigrati irregolari?*, in [www.meltinpot.org](http://www.meltinpot.org); G. SAVIO, *La Cassazione attribuisce al giudice ordinario la cognizione sulla legittimità dei respingimenti differiti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, fasc., 22013.

diritti di cui all'art. 3 CEDU. Ossia, che si tratti di una persona potenzialmente interessata a richiedere la protezione internazionale, titolare quindi di una posizione di diritto soggettivo. Da un certo punto di vista, pertanto, in virtù delle modalità stesse con cui lo straniero giunge sul territorio, viene estesa anche alla fase antecedente alla presentazione della richiesta di protezione la logica presuntiva che sottende l'intera materia della protezione internazionale<sup>59</sup>.

Sotto il profilo delle tutele processuali, inoltre, sebbene la Corte di Cassazione non faccia espresso riferimento all'art. 13 CEDU, è evidente come essa tragga dalla sentenza di Strasburgo anche una precisa regola processuale, ovvero la conferma della necessità di assicurare l'accesso ad un ricorso giurisdizionale anche avverso il provvedimento di respingimento. In questo senso la giurisprudenza CEDU, in virtù del principio della necessaria presenza di strumenti di ricorso avverso i provvedimenti amministrativi che incidono su posizioni giuridiche convenzionalmente rilevanti, contribuisce ad estendere il novero dei provvedimenti amministrativi avverso i quali deve essere assicurato un rimedio a livello nazionale.

Sotto il profilo della individuazione del tipo di ricorso, infine, la giurisprudenza CEDU influenza il giudice nazionale nell'applicazione dei criteri di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. La natura assoluta dell'art. 3 CEDU, infatti, viene assunta come conferma dell'affermata natura "fondamentale" ed "indegradabile" dei diritti potenzialmente incisi dal provvedimento di respingimento<sup>60</sup>, contribuendo alla qualificazione della posizione soggettiva dello straniero presente irregolarmente alla frontiera in termini di diritto soggettivo (o quantomeno di presunzione di diritto soggettivo), con conseguente assegnazione della relativa giurisdizione al giudice ordinario.

---

<sup>59</sup> Durante le procedure per il riconoscimento del diritto alla protezione internazionale, lo straniero che la richiede gode già di una serie di diritti, propri della persona il cui diritto alla protezione internazionale sia stato già accertato. Il principio si manifesta ad esempio nel diritto a rimanere nel territorio durante lo svolgimento delle procedure ed in certi casi anche durante le procedure d'appello. Il meccanismo costituisce un interessante ibrido tra il principio amministrativistico dell'effettività della tutela (in base al quale i tempi del procedimento o del processo non possono compromettere l'utilità finale del provvedimento o della sentenza) ed il principio di presunzione di non colpevolezza in materia penale.

<sup>60</sup> La Corte afferma che le situazioni interessate dal diritto alla protezione internazionale, in quanto coperte dalla garanzia apprestata dall'art. 2 Cost., "non possono essere degradate a interessi legittimi per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, [...] fermo il rispetto delle convenzioni vigenti, e in particolare dell'art. 3 CEDU" (C. Cass., 17 giugno 2013, n. 15115).

Si coglie così, peraltro, una ulteriore analogia tra il diritto di origine comunitaria ed il diritto di origine convenzionale, poiché in entrambi i casi il riconoscimento di *status* privilegiati a livello sovranazionale si traduce, a livello nazionale, nella progressiva devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario.

Tanto osservato, il caso dimostra comunque come il sistema italiano possa recepire gli *standard* processuali della CEDU anche attraverso l'operato della giurisprudenza.

Al tempo stesso, tuttavia, è possibile osservare come tale adeguamento non appaia del tutto soddisfacente (anzitutto perché il diritto di ricorso avverso i provvedimenti di respingimento, per quanto recepito e riconosciuto a livello giurisprudenziale, non risulta ancora disciplinato dal legislatore).

Infatti, oltre a osservare come risulti tecnicamente irrisolto il regime dei respingimenti alla frontiera<sup>61</sup>, è possibile osservare che la perdurante lacuna normativa in ordine alla disciplina dei ricorsi risulta problematica alla luce delle esigenze di certezza del diritto che l'art. 13 CEDU sottende<sup>62</sup>.

L'analisi comparatistica, del resto, ha confermato come in tutti gli ordinamenti analizzati sia sempre presente una disciplina espressa dei rimedi avverso i provvedimenti di respingimento.

---

<sup>61</sup> Tecnicamente la sentenza della Corte di Cassazione si pronuncia soltanto in relazione ai respingimenti differiti, ma l'evidente analogia tra le due fattispecie induce a ritenere che anche per essi debba operare la giurisdizione del giudice ordinario.

<sup>62</sup> Come si è visto nella sentenza *Conka*, “la Cour souligne que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique”. E' noto inoltre che “lo Stato convenuto, riconosciuto responsabile di una violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, è chiamato non soltanto a versare agli interessati le somme accordate a titolo di equa soddisfazione, ma anche a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei ministri, le misure generali e/o, se del caso, individuali da adottare nel suo ordinamento giuridico interno al fine di mettere fine alla violazione constatata dalla Corte e di eliminarne per quanto possibile le conseguenze”, (*Scozzari e Giunta c. Italia*, 13 luglio 2000). Da questo punto di vista si segnala come risulti pendente davanti alla Corte il caso *Sharifi e altri c. Italia e Grecia* (ricorso n. 16643/09), presentato il 25 marzo 2009, relativo all'espulsione di un gruppo di stranieri (afgani, sudanesi ed eritrei) dall'Italia verso la Grecia, in relazione al quale è contestata all'Italia la violazione degli artt. 2, 3, 4 Prot. 4, 13 e 34 CEDU. Il caso potrebbe quindi contribuire a far emergere le lacune procedurali presenti nel sistema italiano dei respingimenti (realizzati in questo caso in attuazione di un accordo di riammissione concluso tra Grecia e Italia nel 1999). Sul punto v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *Prima e dopo la sentenza sul caso Hirsi ed altri. Ancora respingimenti collettivi?*, in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org), e Idem., *Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, p.23-85.

L'intervento del legislatore – che lo stesso Codice frontiere Schengen sembra presupporre – sarebbe richiesto soprattutto per definire le caratteristiche della relativa disciplina, in particolare sotto il profilo dei poteri del giudice, anche nella fase cautelare<sup>63</sup>.

Ciò, a maggior ragione, ove risulti confermata la giurisdizione del giudice ordinario, i cui poteri costitutivi rispetto ai provvedimenti amministrativi impugnati non sono oggetto, a livello normativo, di una disciplina generale di riferimento, ma devono essere disciplinati di volta in volta dal legislatore<sup>64</sup>.

Da ultimo, analizzando la sentenza *Hirsi Jamaa* si è osservato come sia possibile trarre dagli *standard* CEDU in materia di respingimenti l'obbligo per gli Stati di intervenire, non soltanto sul piano delle tutele giurisdizionali, la cui accessibilità ed utilità nella prassi può risultare talvolta limitata, ma anche sul piano organizzativo, con strumenti atti a prevenire l'affermarsi di prassi amministrative contrarie alla CEDU<sup>65</sup>.

E' quindi possibile ragionare sull'opportunità di introdurre nell'ordinamento italiano (anche su modello dello UKBA Chief Inspector britannico) una funzione di controllo sull'attività dell'amministrazione – strutturale all'amministrazione, ma con garanzie di indipendenza rispetto alla stessa – specializzata nella verifica del rispetto dei diritti umani nello svolgimento delle attività della polizia di frontiera.

##### 5. La tutela cautelare avverso i provvedimenti ablativi

Un altro profilo dell'ordinamento italiano che richiede una riflessione specifica, nella prospettiva di una piena attuazione degli *standard* CEDU, è quello dei mezzi cautelari avverso i provvedimenti di espulsione e respingimento.

---

<sup>63</sup> E' stato osservato come, poiché il provvedimento di respingimento non produce alcun divieto di rientro nel territorio “ciò rende anche inutile la presentazione di ogni ricorso” in annullamento, in quanto di fatto “l'annullamento del respingimento illegittimo non ha alcun interesse per lo straniero, a meno che non sia accompagnato da un congruo risarcimento del danno subito”, P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 292. La possibilità di presentare ricorso assume invece maggiore utilità ove permetta di far sospendere l'esecuzione del provvedimento in pendenza di ricorso.

<sup>64</sup> Questo profilo sarà oggetto di ulteriore approfondimento *infra* al par. 8.

<sup>65</sup> Si rinvia a quanto osservato al Cap. 2 con riferimento alla sentenza *Hirsi Jamaa*.

Come si è visto, infatti, nella giurisprudenza CEDU l'effettività del ricorso avverso i provvedimenti ablativi si misura anche, tra le altre cose, in relazione al suo rapporto con i tempi di esecuzione del provvedimento impugnato<sup>66</sup>.

In particolare, sebbene sia difficile trarre regole certe dalla giurisprudenza CEDU, non priva oscillazioni sul punto, è stato possibile osservare come nei casi di violazione degli artt. 2, 3 e 4 prot. 4 essa tenda a richiedere la presenza di rimedi automaticamente sospensivi<sup>67</sup>, mentre nei casi di violazione dell'art. 8, pur negandosi il requisito dell'automatica sospensività del ricorso, assume comunque rilevanza la possibilità di sospendere l'esecuzione del provvedimento fino alla pronuncia in sede cautelare<sup>68</sup>. Per gli stranieri regolarmente soggiornanti, inoltre, il diritto a presentare le proprie ragioni avverso il provvedimento di espulsione prima della sua esecuzione risulta espressamente confermato dall'art. 1 Prot. 7.

A fronte del margine di apprezzamento che la Corte EDU comunque riconosce agli Stati, il panorama dei rimedi nazionali adottati nei diversi ordinamenti analizzati risulta, sotto questo profilo, piuttosto variegato.

Il sistema più garantista sotto il profilo delle tutele cautelari è probabilmente quello francese (per quanto riguarda la disciplina vigente sul continente), che riconosce effetto sospensivo automatico al ricorso in annullamento avverso i provvedimenti di espulsione, indipendentemente dalla posizione soggettiva e dal tipo di violazione lamentata dal ricorrente.

Il sistema inglese, invece, adotta un approccio più restrittivo, in quanto distingue due categorie di ricorrenti: quelli che lamentano una violazione di un diritto umano o del proprio diritto d'asilo (ai quali è riconosciuto il diritto di restare nel territorio in pendenza dell'*appeal*), e quelli che impugnano il provvedimento ablativo su altre basi (ai quali tale diritto non viene riconosciuto). In sede di *judicial review*, invece, la sospensione del provvedimento è ottenuta soltanto su provvedimento del giudice (anche se l'amministrazione segue comunque la prassi di sospendere

---

<sup>66</sup> Come si è visto, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU ricava dalla nozione di effettività del ricorso di cui all'art. 13 CEDU il principio per il quale i tempi del ricorso non possono costituire un pregiudizio per il ricorrente, inficiando l'effetto utile di un'eventuale sentenza di accoglimento (regola che costituisce, anche a livello nazionale, la *ratio* di fondo sottesa all'istituto della tutela cautelare). V. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano, 2013, p. 277 e ss.

<sup>67</sup> V. *ex multis* le sentenze *Conka*, *Gebremedhin*, *Hirsi Jamaa*.

<sup>68</sup> V. sentenza *De Souza Ribeiro*.

l'esecuzione dell'espulsione, nel caso in cui sia presentato validamente ricorso in sede giurisdizionale).

Il sistema Belga, invece, riconosce effetto sospensivo automatico soltanto ai ricorsi in materia d'asilo<sup>69</sup>, ma prevede altresì un rimedio cautelare urgente automaticamente sospensivo, il *recour in extrême urgence*, oltre alla possibilità di adire il giudice ordinario in sede di *référé liberté* per i casi di violazione di un diritto fondamentale.

Il sistema italiano, da questo punto di vista, è simile a quello Belga in quanto assicura una tutela rafforzata e automaticamente sospensiva soltanto agli stranieri richiedenti la protezione internazionale (ciò anche su impulso della disciplina dell'Unione Europea in materia)<sup>70</sup>, ma a differenza di esso non presenta un regime generale di tutele cautelari sufficientemente efficaci, in particolare avverso i provvedimenti assegnati alla giurisdizione del giudice ordinario.

---

<sup>69</sup> L'effetto sospensivo del ricorso avverso il provvedimento di espulsione era previsto in via generalissima prima del 1991, ma è stato eliminato in quanto considerato una delle cause dell'aumento del contenzioso in materia di immigrazione.

<sup>70</sup> Per quanto riguarda i richiedenti asilo, infatti, il legislatore ha da tempo previsto che non possono essere eseguiti provvedimenti di espulsione o respingimento in pendenza di una richiesta di protezione internazionale. Più di recente è stato inoltre introdotto, su impulso della disciplina dell'Unione Europea (ossia in attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure di riconoscimento e revoca dello status di rifugiato) il principio per il quale ha effetto automaticamente sospensivo, impedendo l'esecuzione di un provvedimento di allontanamento, anche il ricorso avverso il provvedimento negativo sulla concessione di una misura di protezione internazionale (riconoscimento dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria). La direttiva richiede che gli Stati prevedano un "diritto ad un mezzo di impugnazione efficace" avverso il provvedimento negativo sul riconoscimento della protezione internazionale. In particolare prevedendo "norme conformi ai loro obblighi internazionali" intese a determinare "se il rimedio [...] produce l'effetto di consentire ai richiedenti di rimanere nello Stato membro interessato in attesa del relativo esito" e a prevedere "la possibilità di un mezzo di impugnazione giurisdizionale o di misure cautelari, qualora il mezzo di impugnazione di cui al paragrafo 1 non produca l'effetto di consentire ai richiedenti di rimanere nello Stato membro interessato in attesa del relativo esito". Quest'ultima disciplina, tuttavia, prevede comunque alcune eccezioni in cui l'effetto sospensivo del ricorso non opera e la tutela cautelare può essere disposta soltanto su provvedimento del giudice. L'art. 19 del d. lgs. 150/2011 afferma quindi che l'impugnazione del provvedimento negativo della Commissione territoriale circa il riconoscimento della protezione internazionale ha effetto automaticamente sospensivo, fatta eccezione per alcuni casi (ad esempio per i ricorsi dichiarati inammissibili, o presentati da individui che abbiano lasciato senza giustificato motivo il centro di accoglienza o di trattenimento o che abbiano commesso alcuni gravi reati, v. artt. 20 e 21 d. lgs. 25/2008). Per il resto, né il giudice amministrativo (avverso i provvedimenti di espulsione ministeriali) né il giudice ordinario (avverso i provvedimenti di espulsione prefettizia o di respingimento) dispongono di tutele automaticamente sospensive (fatta eccezione per la previsione, in relazione ai cittadini dell'Unione, del dovere per l'amministrazione di sospendere l'esecuzione dell'allontanamento prima della pronuncia in sede cautelare).

Infatti, mentre i poteri cautelari del giudice amministrativo (esercitabili ad esempio avverso i provvedimenti di espulsione ministeriale) risultano oggetto di una disciplina generale piuttosto articolata (resa particolarmente efficace dalla recente riforma del codice del processo amministrativo, che ha previsto l'introduzione di misure cautelari anche *ante causam*), i poteri del giudice ordinario in questa materia non sono oggetto di una disciplina generale espressa.

Il d. lgs. 150/2011, infatti, ha introdotto un regime di tutele cautelari applicabili ai procedimenti impugnatori da esso disciplinati, ma questa risultano applicabili soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge (tra i quali non risulta quello dell'opposizione al provvedimento di espulsione)<sup>71</sup>.

A fronte di un dato normativo incompleto, il quadro giurisprudenziale risulta disomogeneo in quanto, mentre alcuni giudici ordinari ritengono di poter esercitare poteri di sospensione del provvedimento di espulsione anche in assenza di una norma specifica legittimante<sup>72</sup>, altri ritengono di non possedere tale prerogativa e di non poter applicare a tal fine istituti generali quali l'art. 700 c.p.c.<sup>73</sup>.

L'ambiguità del quadro normativo favorisce quindi il verificarsi di casi di diniego della tutela cautelare (potenzialmente in conflitto con l'art. 13 CEDU), e

---

<sup>71</sup> L'art. 5, d. lgs. 150/2011, dispone che "nei casi in cui il presente decreto prevede la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, il giudice vi provvede, se richiesto e sentite le parti, con ordinanza non impugnabile, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni esplicitamente indicate nella motivazione" e che "in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile, la sospensione può essere disposta con decreto pronunciato fuori udienza". Come si è detto, mentre l'art. 17 in materia di allontanamento dei cittadini dell'Unione fa espresso riferimento a tale disposizione (prevedendo che "l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5", e aggiungendo che "l'allontanamento dal territorio italiano non può avere luogo fino alla pronuncia sull'istanza di sospensione"), l'art. 18 in materia di espulsione non contiene alcun riferimento ad essa.

<sup>72</sup> Giudice di pace Bologna, Decr., 22-03-2006 "rigetta il ricorso, con revoca del precedente provvedimento in ordine alla sospensione del decreto prefettizio impugnato". Per quanto riguarda i provvedimenti di diniego del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ad esempio, la possibilità per il giudice di emettere un provvedimento di sospensione è stabilita in via giurisprudenziale. V. Tribunale di Roma, prima sezione civile, ordinanza del 18 novembre 2011, che concede la sospensione ex art. 700 c.p.c. del provvedimento di diniego del permesso per motivi umanitari, accertata la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, stante il rischio per lo straniero di subire trattamenti inumani e degradanti nel proprio Paese d'origine.

<sup>73</sup> Giudice di pace Alessandria, Sent., 10 maggio 2011: "da ultimo, non si riteneva concedibile, nelle more del giudizio, la richiesta sospensione cautelare della esecutività del decreto di espulsione, mancando nella disciplina in materia di immigrazione una norma attributiva di tale potere, e ritenendosi inapplicabile, dopo il passaggio di competenza dal tribunale al G.d.P., la tutela cautelare prevista dagli artt. 700 e 669 sexies ed octies (strumento azionabile solo innanzi al Tribunale), o l'art. 22 l. 689/81 (per la specialità del rito *de quo*)".

compromette l'effettività delle misure cautelari stesse nel caso in cui vengano effettivamente concesse (poiché non è sicura l'ottemperanza da parte dell'amministrazione rispetto a provvedimenti giurisdizionali – per giunta di un giudice non togato – la cui stessa legittimità risulta discussa).

La Corte Costituzionale – chiamata più volte ad esprimersi in merito alla legittimità costituzionale di tale quadro normativo – tende ad avallare le scelte compiute dal legislatore, richiamando in via interpretativa la possibilità per i giudici di applicare gli strumenti di tutela cautelare già previsti dall'ordinamento in via generale.

Con riferimento alla disciplina dell'espulsione prefettizia, in un primo momento la Corte aveva affermato che il diritto alla difesa del ricorrente (art. 24 Cost.) non risultava violato in quanto i tempi rapidi del procedimento potevano assicurare l'ottenimento di un provvedimento definitivo entro un termine sufficientemente breve da rendere superflua la previsione di tutele cautelari anticipatorie; va infatti osservato che all'epoca il termine per l'impugnazione era pari a 5 giorni e quello per la conclusione del processo pari a 10 giorni (prima dello scadere dei quali, tra l'altro, il provvedimento di espulsione non era comunque esecutivo). Inoltre, la Corte precisava che, nel caso in cui il procedimento non si fosse concluso entro il termine previsto (rendendo quindi esecutivo il provvedimento di espulsione), non risultava “inibito al giudice dell'opposizione di individuare lo strumento più idoneo, nell'ambito dell'ordinamento, per sospendere l'efficacia del decreto prefettizio impugnato”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte Cost. 161/2000 e precedentemente C. Cost. 427/1999. Sul punto v. N. ZORZELLA, *Il diritto alla difesa degli stranieri e la Corte Costituzionale, spunti di analisi sulla sentenza n. 161/2000*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2/2000. Da un certo punto di vista essa ha adottato questa stessa logica anche con riferimento alle competenze del giudice amministrativo in materia di espulsione del sospetto terrorista, rispetto alle quali la Corte aveva giudicato pienamente legittima la mancanza di un effetto sospensivo del ricorso, osservando come fosse comunque possibile, per il giudice amministrativo, sospendere il provvedimento in applicazione dei propri ordinari poteri cautelari. La Corte aveva stabilito che “non è fondata la q.l.c. dell'art. 3 comma 4 d.l. 27 luglio 2005 n. 144, conv., [...] in riferimento agli art. 3, 24 e 113 cost., nella parte in cui dispone che il ricorso al tribunale amministrativo contro il provvedimento di espulsione dello straniero adottato dal Ministro dell'Interno, o dal Prefetto per sua delega, per ragioni di terrorismo, non sospende l'esecuzione del provvedimento” in quanto “ciò che il rimettente segnala come un'anomalia rilevante sotto il profilo della legittimità costituzionale è, in realtà, la caratteristica di tutti i provvedimenti amministrativi, la cui efficacia non è sospesa, salva esplicita previsione legislativa, per il solo fatto della proposizione di un ricorso in sede giurisdizionale”, osservando però come “nel sistema dei controlli giurisdizionali sugli atti amministrativi” sia “previsto in via generale il potere cautelare del g.a. di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato, proprio sul presupposto della sua esecutività”.

La pronuncia risultava ambigua, tuttavia, in quanto non indicava, tra le altre cose, quali fossero gli strumenti normativi a disposizione del giudice per disporre la sospensione del provvedimento, né i presupposti per l'utilizzo degli stessi<sup>75</sup>.

Negli anni successivi la Corte è stata chiamata ad esprimersi nuovamente a fronte di un quadro normativo gradualmente mutato in quanto caratterizzato, da un lato, dall'immediata esecutività del provvedimento di espulsione e, dall'altro lato, da tempi processuali più lunghi di quelli previsti in precedenza.

E' quindi divenuta più probabile, nella prassi, la possibilità che il provvedimento di espulsione venga eseguito prima che un giudice abbia potuto pronunciarsi in merito alla sua legittimità<sup>76</sup>, con conseguenze potenzialmente irreversibili per lo straniero<sup>77</sup>.

Diversi giudici di pace hanno quindi sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3 e 8, t.u.imm., in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui prevede, da un lato, l'immediata esecutività del decreto di espulsione prefettizio ancorché sottoposto a gravame o impugnativa e, dall'altro lato,

---

<sup>75</sup> P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno e allontanamento*, cit., p. 547.

<sup>76</sup> Sulle modalità e i tempi di esecuzione del provvedimento di espulsione in relazione alle garanzie di difesa dello straniero v. E. ZAMBELLI, *Lo straniero di fronte all'esecuzione del provvedimento amministrativo di espulsione: principi costituzionali e discutibili scelte legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 1, 170 ss.; P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed espulsione*, cit.; G. MANTOVANI, *Stranieri*, in *Legislazione penale*, 2006, 4. Il rischio che il provvedimento di espulsione impugnato venga eseguito prima che il giudice abbia potuto sindacare la legittimità *ex ante* è in parte mitigato dal requisito della convalida dell'accompagnamento forzato alla frontiera. La Corte Costituzionale ha infatti espressamente precisato: a) che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera non possa essere eseguito prima della sua convalida giurisdizionale (sent. n. 222/2004); b) che tale convalida deve prevedere un sindacato di legittimità sul presupposto provvedimento di espulsione (C. cost., sent. 105/2001). Tuttavia, è possibile dubitare che tale sindacato soddisfi i requisiti di cui all'art. 13 CEDU, in particolare nei casi in cui, come si vedrà, l'esame di alcuni dei profili della vicenda dello straniero (in particolari quelli relativi al rispetto dell'art. 8 CEDU) risulti di fatto sottratto alla giurisdizione del giudice di pace, in quanto riservato alla giurisdizione del giudice amministrativo in sede di sindacato sul provvedimento sul soggiorno. Anche parte della magistratura ha osservato che, poiché "avverso il decreto di convalida è proponibile ricorso per cassazione", il quale però "non sospende l'esecuzione dell'allontanamento", "la mancanza di uno strumento che consenta la sospensione dell'esecuzione sembra incidere su quel nucleo irriducibile in cui si sostanzia il diritto di difesa dello straniero individuato dalla Corte Costituzionale"; si ritiene quindi ipotizzabile "la possibilità di proporre istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 373 c.p.c. al giudice che ha emesso il provvedimento", in quanto "nel caso dell'espulsione sussiste il grave ed irreparabile danno derivante dall'esecuzione", MAGISTRATURA DEMOCRATICA - ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE (cura di), *Espulsione, accompagnamento alla frontiera e trattenimento dello straniero*, 2005, p. 62 s..

<sup>77</sup> Si tratta anzitutto dei diritti delle persone a favore delle quali sono previsti i divieti di espulsione di cui all'art. 19 t.u.imm., ma anche di altri soggetti. Si pensi ad esempio allo straniero che abbia necessità di restare nel territorio per svolgere cure essenziali per la propria condizione di salute.

l'impossibilità per il giudice di pace di adottare provvedimenti cautelari di sospensione del decreto fino alla camera di consiglio, ma la Corte Costituzionale ha confermato la linea interpretativa adottata in precedenza.

Avallando il bilanciamento di interessi operato dal legislatore, essa ha ritenuto che “la tutela del diritto di difesa si contrappone alla immediata esecutività del decreto di espulsione, la quale si giustifica con l'esigenza di tutela della collettività posta a fondamento del controllo di un ordinato flusso migratorio, di talché tale bilanciamento non lede l'evocato parametro costituzionale [art. 24 Cost.], il quale trova piena e concreta attuazione grazie a numerose disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998”<sup>78</sup>.

In altri casi la Corte ha espressamente rilevato “l'omessa motivazione” da parte del giudice *a quo* “in ordine alla impossibilità di rinvenire, nell'ambito dell'ordinamento, uno strumento idoneo ad assicurare la tutela cautelare invocata”<sup>79</sup>, e ciò “nonostante quanto affermato nella sentenza n. 161 del 2000 da questa Corte in ordine al potere generale attribuito al giudice di concedere una tutela cautelare tutte le volte in cui questa non risulta superflua”<sup>80</sup>.

Tali ultime pronunce sembrano confermare l'assunto che, anche in assenza di una norma specifica, il giudice di pace sia comunque legittimato a sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione impugnato, in applicazione delle norme generali previste dall'ordinamento<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Corte Costituzionale 18/04/2008, n. 111. Nel merito la questione è stata giudicata inammissibile per mancata indicazione di un elemento essenziale della fattispecie (consistente nella cittadinanza del ricorrente). In quel caso la Corte ha comunque ricordato che “la tutela del diritto di difesa si contrappone alla immediata esecutività del decreto di espulsione, la quale si giustifica con l'esigenza di tutela della collettività posta a fondamento del controllo di un ordinato flusso migratorio, di talché tale bilanciamento non lede l'evocato parametro costituzionale [art. 24 Cost.], il quale trova piena e concreta attuazione grazie a numerose disposizioni del d.lgs. n. 286 del 1998”. In altri casi la Corte ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni per motivi diversi, quali l'indeterminatezza del *petitum* (v. Corte Costituzionale 27 giugno 2012, n. 170) o l'irrelevanza della questione a fronte del provvedimento di sospensione concretamente adottato dal giudice *a quo* nella singola fattispecie (v. sempre Corte Costituzionale 27 giugno 2012, n. 170).

<sup>79</sup> Corte Costituzionale 18/04/2008, n. 111.

<sup>80</sup> Corte costituzionale ord. 280/2006. A commento v. G. MANTOVANI, *Stranieri*, in *Legislazione penale*, 2006, 4.

<sup>81</sup> In questo senso anche G. MANTOVANI, *Stranieri*, cit. Del resto, anche in altre occasioni la Corte sembra confermare questa convenzione. Ad esempio in materia di diritto alla salute, in relazione ai casi in cui l'espulsione sia impugnata perché lo straniero lamenta la necessità di restare nel territorio per seguire cure fondamentali, la Corte afferma la necessità di “preventivamente valutare tale profilo” e nel caso in cui risultino fondate le ragioni addotte dal ricorrente “provvedere di conseguenza, non

Ancora una volta, tuttavia, la Corte non coglie l'occasione per precisare quali siano i parametri normativi a cui fare riferimento, né quali siano i presupposti per l'esercizio di tale potere.

Inoltre, trattandosi comunque di osservazioni interpretative contenute in ordinanze di inammissibilità, il loro valore dal punto di vista applicativo risulta incerto.

In questo quadro non sembra possibile ritenere che gli *standard* di tutela richiesti dall'art. 13 CEDU risultino adeguatamente soddisfatti, in particolare sotto il profilo della certezza del diritto. Come si è visto, infatti, la Corte EDU non ritiene effettive le tutele processuali la cui concreta attuazione risulti rimessa, nella prassi, alla discrezionalità dei singoli operatori<sup>82</sup>.

Andrebbe inoltre ricordato, sotto questo punto di vista, che anche la direttiva rimpatri (2008/115/CE) richiede di offrire allo straniero “mezzi di ricorso effettivo [...], compresa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione”<sup>83</sup>.

La questione di costituzionalità della disciplina attuale andrebbe quindi sollevata nuovamente davanti alla Corte Costituzionale, non in relazione all'art. 24 Cost. singolarmente considerato, ma in riferimento al combinato disposto tra art. 24 e art. 13 CEDU, richiamato in funzione integratrice rispetto al parametro costituzionale, per il tramite della valvola di apertura costituita dall'art. 117 Cost.<sup>84</sup>.

Si può infatti sostenere che dal combinato disposto tra il parametro interno e quello convenzionale la Corte possa ricavare un metro più preciso ed incisivo per sindacare la discrezionalità del legislatore in materia processuale, richiamandosi a

---

potendosi eseguire l'espulsione” (v. C. Cost. sent. 252/2001, cit. *supra*). In altri termini la Corte sembra presumere la possibilità per il giudice in sede di ricorso di valutare il rischio di violazione del diritto alla salute prima che l'espulsione venga eseguita (e non dopo).

<sup>82</sup> Come si è detto “les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement (*Conka v. Belgique*). Nel caso in cui siano presenti troppi elementi di incertezza (relativi, nel caso di specie, al rilascio delle misure cautelari e all'ottemperanza da parte dell'amministrazione) la Corte ritiene che il requisito dell'effettività non sia soddisfatto.

<sup>83</sup> Art. 19. Va però ammesso che la direttiva precisa altresì che tale necessità vale soltanto “a meno che la sospensione temporanea sia già applicabile ai sensi del diritto interno”. Sarebbe quindi possibile affermare che tale requisito risulta comunque soddisfatto dall'ordinamento italiano, per il fatto che l'esecuzione forzata dell'espulsione resta sospesa fino alla convalida dell'accompagnamento alla frontiera.

<sup>84</sup> Tale parametro è stato già accolto dalla Corte in Sentenza 308/2013 (in combinato disposto con l'art. 6, in relazione ad un caso di legge retroattiva).

questo fine anche alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di effettività della tutela dello straniero<sup>85</sup>, valorizzando anche il requisito della certezza del diritto che essere esprimono<sup>86</sup>.

Sarebbe quindi possibile, per la Corte, giungere in tal modo ad un pronuncia – non semplicemente interpretativa – ma dichiarativa dell’incostituzionalità della disciplina attuale (a partire dall’art. 18 d. lgs. 1 settembre 2011, n. 150), nella parte in cui non prevede espressamente la possibilità per il giudice di pace di sospendere l’esecuzione del decreto di espulsione in pendenza di ricorso.

Per quanto riguarda i giudici di merito, invece, è possibile ritenere che l’art. 13 CEDU possa essere applicato, nel frattempo, come principio alla luce del quale interpretare la normativa vigente al fine di confermare – ai sensi di un’interpretazione convenzionalmente conforme – la sussistenza in capo al giudice di pace dei poteri cautelari previsti dal d.lgs. 150/2011<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> La Corte stessa, del resto, riconosce in generale come se è vero che “la disciplina degli istituti processuali rientra nella discrezionalità del legislatore (*ex multis*, sentenze n. 221 del 2008 e n. 237 del 2007; ordinanza n. 101 del 2006)”, è altresì stabilito che “nell’esercizio di tale discrezionalità è necessario, tra l’altro, che si rispetti il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale rappresenta un connotato rilevante di ogni modello processuale” (C. Cost. Sent. 304/2011).

<sup>86</sup> Proprio sotto il profilo della certezza del diritto non è condivisibile la tendenza della Corte Costituzionale a dichiarare inammissibili, in quanto prive di rilevanza, le questioni di costituzionalità posta da giudici di pace che, in pendenza di ricorso, abbiano comunque esercitato poteri di sospensione del provvedimento (v. ad esempio Corte Costituzionale 27 giugno 2012, n. 170 “la questione risulta contraddittoria e priva di rilevanza alla luce del provvedimento sospensivo assunto dal rimettente con il dispositivo della propria ordinanza, certamente riferito agli effetti dell’impugnato decreto di espulsione”). Tali pronunce, infatti, non colgono l’autonoma rilevanza che riveste il profilo della certezza del diritto nella prospettiva delle effettività delle tutele (v. caso *Conka*). Inoltre, tali affermazioni riducono di fatto le possibilità di accesso dello straniero alla tutela costituzionale, in quanto lasciano intendere che possano considerarsi ammissibili soltanto le ordinanze proposte da giudici di pace che non hanno esercitato poteri di espulsione in quanto non ritengono di poter esercitare tale potere (i quali, d’altro canto, potrebbero proprio rivelarsi i meno inclini a sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione a tale profilo).

<sup>87</sup> Sarebbe possibile, a questo fine, applicare in via analogica ed estensiva l’art. 5 d.lgs. 150/2011, cit. *supra* (che disciplina le misure cautelari concedibili dal giudice ordinario), affermando che un’interpretazione convenzionalmente conforme dell’istituto richiede di estenderne il campo di applicazione anche all’opposizione al decreto espulsivo davanti al giudice di pace. Si tratterebbe, cioè, di interpretare in senso estensivo, alla luce dell’art. 13 CEDU, una disciplina di favore già prevista dall’ordinamento, secondo un’operazione non molto dissimile, per certi versi, da quella realizzata dalla giurisprudenza amministrativa in relazione all’art. 5 t.u.imm.; del quale, come si ricorderà, veniva offerta un’interpretazione estensiva alla luce dell’art. 8 CEDU (prima che la Corte Costituzionale ne dichiarasse l’incostituzionalità, proprio nella parte in cui non consentiva espressamente tale possibilità di applicazione).

Più problematica appare invece l'introduzione di rimedi automaticamente sospensivi, ulteriori rispetto a quelli che l'ordinamento italiano già prevede in materia di protezione internazionale.

Sul punto la Corte ha osservato – dichiarando l'inammissibilità di una questione costituzionale sollevata in materia – che il rispetto dell'art. 24 Cost. va valutato alla luce del fatto che recentemente “sono sopravvenute molteplici variazioni del quadro normativo di riferimento, tra le quali la previsione del carattere ordinariamente sospensivo del ricorso proposto avverso i provvedimenti di reiezione delle domande concernenti lo *status* di rifugiato o di persona in condizione di protezione sussidiaria”<sup>88</sup>.

Nella disciplina della protezione internazionale, infatti, si può dire che il requisito dell'automatica sospensività del ricorso risulti ben recepito, ormai, anche dall'ordinamento italiano.

Nella prospettiva CEDU, tuttavia, si tratta di stabilire se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo richieda l'introduzione di ricorsi automaticamente sospensivi anche in fattispecie ulteriori rispetto a quelle coperte dalla disciplina della protezione internazionale.

A rigore, infatti, le norme in relazione alle quali la Corte EDU ha affermato tale regola (ossia principalmente l'art. 3 e l'art. 4 Prot. 4) hanno un campo di applicazione più ampio, in quanto l'art. 3 può esprimere, in casi eccezionali, esigenze relative al diritto alla salute tecnicamente estranee alla disciplina della protezione internazionale, mentre l'art. 4 Prot. 4 ha un campo di applicazione generale, che interessa tutti i provvedimenti di espulsione e respingimento indipendentemente dalla posizione giuridica dell'interessato.

Inoltre, va considerato che la giurisprudenza più recente tende ad estendere questo tipo di esigenze (pur con qualche distinzione) a provvedimenti incidenti sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, anch'essi estranei alla materia dell'asilo<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> C. Cost. ord. 170/2012. Il riferimento è alla citata disciplina introdotta dal d.lgs. 25/2008 in attuazione della direttiva 2005/85/CE, poi trasposta nel d.lgs. 150/2011. Sul punto v. C. FAVILLI, *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, p. 212.

<sup>89</sup> Come si è visto, nel caso *De Souza Ribeiro* la Corte – pur affermando che l'art. 8 non richiede l'automatica sospensività dei ricorsi – sembra profilare comunque una regola molto simile a quella prevista attualmente per il cittadino dell'Unione (ossia che il provvedimento di espulsione debba restare comunque sospeso fino alla pronuncia del giudice in sede cautelare).

L'importanza di prevedere ricorsi automaticamente sospensivi è stata del resto evidenziata anche in sede istituzionale, nell'ottica di una piena attuazione del principio di sussidiarietà delle tutele dei diritti CEDU<sup>90</sup>.

Tuttavia, alla luce delle oscillazioni pur sempre presenti nella giurisprudenza della Corte EDU, e considerato il fatto che la maggior parte delle pronunce della Corte hanno comunque avuto ad oggetto fattispecie in materia di asilo, non è possibile desumere un obbligo per gli Stati di prevedere in via generalizzata ricorsi automaticamente sospensivi a favore di tutte le categorie di stranieri<sup>91</sup>.

Come si è visto, peraltro, sebbene tale scelta sia stata adottata da ordinamenti come la Francia, negli altri prevalgono soluzioni di compromesso, che limitano l'effetto sospensivo del ricorso a casi particolari, prevedendo per il resto varie forme di tutela cautelare<sup>92</sup>.

Appare quindi particolarmente interessante, da questo punto di vista, il sistema di misure cautelari previste dall'art. 5 d.lgs. 150/2011, in quanto prevede anche la possibilità di sospendere il provvedimento con decreto pronunciato fuori udienza (valido fino alla prima udienza successiva), che potrebbe costituire un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di effettività della tutela e l'interesse pubblico all'esecuzione delle espulsioni (assicurando la tempestività dell'intervento del giudice, senza però prevedere l'automatica sospensività di tutti i ricorsi). Anche sotto questo profilo si conferma quindi l'opportunità – proposta *supra* – di

---

<sup>90</sup> “Les Etats membres doivent prévoir au niveau national des recours à l'effet suspensif, fonctionnant de manière effective et juste conformément à la jurisprudence de la Cour, ainsi qu'un examen équitable dans un délai raisonnable de la question du risqué. Lorsqu'une affaire de principe concernant la sécurité des personnes susceptibles d'être renvoyées vers un pays donné est pendante devant les juridictions nationales ou la Cour européenne des droits de l'homme, les transferts vers ce pays doivent être suspendus” *Déclaration du Président de la Cour Européenne des droits de l'homme concernant les demandes de mesures provisoires* (Article 39 du règlement de la Cour), 11 février 2011.

<sup>91</sup> Come del resto conferma, almeno formalmente, la stessa sentenza *De Souza Ribeiro*, con riferimento ai casi di cui all'art. 8 CEDU.

<sup>92</sup> Per l'Italia l'introduzione di ricorsi automaticamente sospensivi appare comunque impossibile in via interpretativa, oltre che assai improbabile a livello legislativo. In ogni caso può essere utile precisare che un'eventuale questione di legittimità costituzionale attinente a questi profili dovrebbe essere formulata in modo chiaro, prospettando alla Corte un'unica alternativa possibile. La Corte Costituzionale, infatti, ha già qualificato come “oscura e contraddittoria” l'ordinanza che “senza una chiara distinzione fra opzioni incompatibili, sembra invocare, per un verso, l'efficacia sospensiva dell'impugnazione proposta contro il decreto di espulsione, e, per altro verso, sollecita il conferimento al giudice di poteri cautelari di sospensione, che avrebbero senso solo in quanto mancasse un effetto sospensivo dell'impugnazione” (C. Cost. 27 giugno 2012, n. 170).

interpretare tale disciplina alla luce dell'art. 13 CEDU, al fine di estenderne il campo di applicazione anche alle ipotesi di espulsione di competenza del giudice di pace.

Da ultimo, alcune precisazioni vanno compiute in relazione al provvedimento di respingimento che, a differenza dell'espulsione, interessa gli stranieri appena giunti sul territorio nazionale, che in certi casi non hanno avuto occasione per presentare richiesta di protezione internazionale (e sono quindi rimasti estranei a quel circuito di discipline speciali – cui la Corte Costituzionale stessa ha fatto riferimento – che proteggono automaticamente avverso il rischio di subire un provvedimento ablativo contrario all'art. 3 CEDU). In relazione a tali soggetti, infatti, sembra opportuno assicurare – oltre a forme di accoglienza che facilitino la presentazione delle richieste da parte di chi ne manifesti la volontà – anche forme di ricorso automaticamente sospensivo, per i casi in cui al momento dell'arrivo non sia stato possibile presentare la richiesta di protezione internazionale (in quanto, in tali ipotesi, è evidente che il ricorso giurisdizionale costituisce l'unica garanzia avverso il rischio che venga eseguito un provvedimento di respingimento contrario all'art. 3 CEDU).

#### 6. *Profili problematici delle tutele avverso i provvedimenti di espulsione*

Uno dei profili critici della tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di espulsione è il mancato coordinamento con il giudizio del giudice amministrativo sui permessi di soggiorno, che la dottrina segnala da tempo come problematico<sup>93</sup>, e che risulta tale anche nella prospettiva dei principi CEDU che qui si è adottata.

Come noto, il problema sorge nelle ipotesi in cui il decreto prefettizio di espulsione consegua al provvedimento negativo sul soggiorno emesso dal questore (art. 13, co. 2, lett. b) e riguarda la possibilità per il giudice di pace di conoscere in via incidentale, ed eventualmente disapplicare, il presupposto provvedimento sul

---

<sup>93</sup> V. in particolare P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, cit.; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti?*, cit.; N. VETTORI, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela*, cit.; L. GILI, *Ancora sul diritto alla difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2001, pp. 28 e ss., p. 33; G. TROPEA, *Homo sacer?*, cit.; R. ROLLI, *Immigrazione e giurisdizione*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO, *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 553-568.

soggiorno, oppure di sospendere il processo nel caso in cui il provvedimento sia stato impugnato davanti al giudice amministrativo.

Considerato il rapporto di consequenzialità che sussiste tra i due provvedimenti sul piano sostanziale, sul piano processuale si pone la questione della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 Cost., delle disposizioni del t.u.imm. nella parte in cui non devolvono ad un unico giudice le relative controversie.

La Corte Costituzionale ha tuttavia giudicato non irragionevole la scelta del legislatore sul riparto di giurisdizione in questa materia, indicando la via per una soluzione giurisprudenziale del rapporto tra i due giudizi.

Già nel 2001, infatti, essa ha dichiarato la manifesta inammissibilità di tale questione di costituzionalità affermando che, esclusa “l'esistenza di pregiudizialità amministrativa nella materia considerata”, “il soggetto privato avrebbe potuto trovare piena tutela contro il provvedimento di espulsione avanti al giudice ordinario”, il quale “avrebbe potuto esercitare un sindacato incidentale sul presupposto atto di rifiuto o di rinnovo del permesso di soggiorno (e disapplicarlo), con effetti di illegittimità derivata sull'atto oggetto della sua giurisdizione piena”<sup>94</sup>.

Tali argomenti, tuttavia, non risultano attualmente accolti dalla giurisprudenza di legittimità che, oltre a negare la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra i due giudizi (e la conseguente applicazione dell'art. 295 c.p.c. in tema di sospensione del processo)<sup>95</sup>, afferma che “il giudice ordinario deve limitarsi a verificare la sussistenza e la permanenza del provvedimento presupposto del

---

<sup>94</sup> Ordinanza n. 414 del 2001. La Corte affermava infatti che: “non si può configurare una violazione dell'art. 24 della Costituzione, quando il sistema giurisdizionale preveda, in termini chiari e conoscibili, una effettiva ed ampia possibilità di tutela per tutti i provvedimenti che possono ledere un soggetto, ripartendola tra distinti procedimenti giurisdizionali, per alcuni atti avanti al giudice ordinario e per altri innanzi al giudice amministrativo, secondo una scelta non palesemente irragionevole o manifestamente arbitraria”. A commento v. P.L. DI BARI, *Doppia tutela giurisdizionale in materia di soggiorno ed espulsione dello straniero. Ovvero la strada tortuosa per raggiungere un giudice a Berlino*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 1-2002, pp. 101 e ss.

<sup>95</sup> C.Cass., 2 agosto 2007, n. 16997 “non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità ex art. 295 c.p.c. tra procedimento innanzi al giudice amministrativo, originato dal rigetto dell'istanza per l'emersione dal lavoro irregolare [...] ed il procedimento, innanzi al giudice ordinario, determinato dal rigetto dell'istanza per l'espulsione dello straniero extracomunitario, essendo il provvedimento prefettizio di espulsione, nella ricorrenza dei presupposti di legge, un atto obbligatorio a carattere vincolato”. Inoltre “non sussiste un rapporto di pregiudizialità, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., idoneo a giustificare la sospensione” del giudizio Cassazione civile sez. I, 08/10/2010, n. 20886.

decreto di espulsione”<sup>96</sup>, “senza che gli sia nel contempo consentito di vagliare la legittimità anche del provvedimento del Questore che abbia eventualmente negato all’istante il rinnovo o la concessione del permesso di soggiorno”<sup>97</sup>.

La Cassazione ritiene infatti che tale sindacato sia inammissibile, in quanto comporterebbe una cognizione principale, e non meramente incidentale, del provvedimento sul soggiorno, determinando un’indebita ingerenza del giudice di pace nella giurisdizione del giudice amministrativo. L’affermazione della Corte Costituzionale, secondo la quale sarebbe possibile per il giudice di pace sindacare in via incidentale ed eventualmente disapplicare il provvedimento sul soggiorno, viene invece considerata “non decisiva”<sup>98</sup>.

La tutela giurisdizionale rispetto ai due provvedimenti si articola quindi in due tronconi processuali del tutto indipendenti l’uno dall’altro, con varie conseguenze dal punto di vista dell’effettività della tutela<sup>99</sup>.

Per quanto riguarda il tipo di sindacato, considerato il carattere “obbligatorio” e “vincolato” che viene attribuito all’espulsione il giudice di pace esercita una semplice verifica “dell’esistenza al momento dell’espulsione” dei requisiti di legge che ne impongono l’emanazione”<sup>100</sup> – ossia, nel caso di cui all’art. 13 comma 2 lett.

---

<sup>96</sup> cfr. Cass. civ., sez. I, 1 aprile 2004, n. 6370; Cass., sez. un., 16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221. A commento v. F.A. GENOVESE, *Quegli atti a fondamento dell’espulsione. Se l’operato del questore non si discute. Ignorato il trend dottrinario sulla disapplicazione più ampia*, in Corr. Merito, 2007, 2, 205; G. TRAVIGLIANO, *Decreto di espulsione del prefetto e poteri del giudice ordinario*,

<sup>97</sup> Cass. civ. Sez. I Sent., 20-10-2009, n. 22218.

<sup>98</sup> Cass. Civ. 22217/2006. Emergono quindi, sotto il profilo della certezza del diritto, tutti i limiti dell’uso da parte della Corte Costituzionale di sentenze interpretative, il cui seguito (o in altri termini la cui effettività) risulta incerta.

<sup>99</sup> Per una ricostruzione dettagliata dei problemi che sorgono in conseguenza di questa separazione v. N. ZORZELLA, *L’irrazionalità del sistema giurisdizionale delineato nel testo unico sull’immigrazione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Stranieri tra i diritti*, p. 203.

<sup>100</sup> C.Cass. 5 dicembre 2001 n. 15414 afferma che il provvedimento di espulsione ha carattere vincolato, in quanto le valutazioni che attengono all’ordine pubblico, all’integrazione sociale e alle possibilità di lavoro dello straniero attengono tutte al procedimento di rilascio del permesso di soggiorno. Cass. civ. Sez. I, 14 maggio 2009, n. 11264 afferma che “in tema di disciplina dell’immigrazione, poiché il provvedimento amministrativo di espulsione dello straniero extracomunitario è obbligatorio e a carattere vincolato, il giudice ordinario è tenuto unicamente a controllare l’esistenza al momento dell’espulsione, dei requisiti di legge che ne impongono l’emanazione, senza che sia possibile configurare un obbligo di sospensione necessaria del relativo procedimento qualora ne sia pendente un altro nel quale si controverta dell’esistenza dei presupposti idonei a legittimare l’adozione del relativo decreto”. Peraltro la revoca del permesso di soggiorno per motivi di ordine pubblico, seguita dall’espulsione ex art. 13 c. 2 lett. b), può costituire uno strumento

b, del mero fatto che il ricorrente non possiede un valido titolo di soggiorno (a prescindere dall'eventuale illegittimità del relativo provvedimento negativo dell'amministrazione). Non potendosi sindacare incidentalmente i presupposti del soggiorno, il giudizio del giudice di pace risulta – salva la verifica degli specifici divieti di espulsione previsti dal legislatore – molto impoverito nei contenuti<sup>101</sup>.

E' quindi possibile dubitare che un sindacato così configurato possa soddisfare i requisiti di effettività richiesti dall'art. 13 CEDU, anche nel combinato disposto con l'art. 8. Quest'ultimo, infatti, richiede espressamente lo svolgimento di un giudizio che affronti “the substance of the complaint”<sup>102</sup>, anche con un sindacato di ragionevolezza e proporzionalità volto a valutare “whether a fair balance has been struck between the public interest involved and the individual's rights”<sup>103</sup>.

In questo caso, il bilanciamento di interessi previsto dall'art. 8 CEDU viene svolto dall'amministrazione soltanto nel contesto del provvedimento sul soggiorno, mentre il successivo provvedimento di espulsione viene ricostruito come atto vincolato, automatico e meramente esecutivo rispetto al primo.

Di conseguenza, gli eventuali vizi relativi alla ragionevolezza e alla proporzionalità di tale bilanciamento possono essere fatti valere soltanto davanti al giudice amministrativo, in sede di impugnazione del provvedimento negativo sul soggiorno, mentre davanti al giudice di pace potranno essere fatti valere soltanto vizi

---

per eludere i limiti sostanziali previsti per l'espulsione *ex art. 13 c. 2, lett. c)*. Sul punto v. M. SAVINO, *op. cit.*, p. 267.

<sup>101</sup> “L'opposizione avverso il decreto prefettizio di espulsione dello straniero, che rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, non può fondarsi su motivi attinenti al mancato rilascio del permesso di soggiorno o al diniego del rinnovo, il cui esame, trattandosi di provvedimenti discrezionali e non vincolati, è riservato alla giustizia amministrativa”, Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 04-09-2013, n. 20331.

<sup>102</sup> Come si è visto, la Corte ritiene contrari all'art. 13 i casi in cui “by reason of the limited scope of review” lo straniero non abbia la possibilità di “dealing with the substance of an arguable complaint under the Convention” (*Stamose v. Bulgaria*). Il combinato disposto con l'art. 8 richiede inoltre che “the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for his or her family life and, if so, whether a fair balance has been struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined”, (*Liu v. Russia No. 2*, Application no. 29157/09).

<sup>103</sup> *Liu v. Russia*. Nei casi che chiamano in causa una possibile violazione dell'art. 8 CEDU sarebbe necessario assicurare che, prima dell'esecuzione dell'espulsione, il giudice amministrativo abbia potuto “examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention” (*De Souza Ribeiro*), mentre il giudizio davanti al giudice di pace preclude un siffatto esame.

diversi, relativi ad esempio alla violazione di uno dei divieti di espulsione dell'art. 19 t.u.imm., oppure vizi di forma e procedura.

La “sostanza” della pretesa, in altri termini, viene isolata all'interno del giudizio amministrativo relativo al titolo di soggiorno, mentre il giudizio sul provvedimento di espulsione finisce per costituire un'appendice processuale del primo, priva di reale utilità dal punto di vista dello straniero.

L'interesse sostanziale del ricorrente, infatti, non è quello di contestare il provvedimento di espulsione in sé e per sé, quanto la possibilità di far valere le proprie ragioni per il rilascio di un titolo di soggiorno.

Tale possibilità risulta invece di fatto preclusa; e ciò per ragioni del tutto indipendenti dalla bontà della pretesa stessa, bensì per motivi puramente processuali. Si realizza così un potenziale contrasto con il principio secondo il quale il processo dovrebbe tendere il più possibile ad una pronuncia di merito, che costituisce uno dei corollari del principio di effettività delle tutele, sia a livello nazionale che a livello CEDU<sup>104</sup>.

Per quanto riguarda i tempi della tutela, invece, i termini più rapidi del processo davanti al giudice di pace fanno sì che, in caso di rigetto del relativo ricorso, lo straniero possa essere espulso prima che il giudice amministrativo – eventualmente adito sul permesso di soggiorno – abbia potuto pronunciarsi. Ciò anche perché, in capo al giudice di pace, non soltanto vengono esclusi i poteri di sospensione del processo, ma risultano anche discussi gli stessi poteri cautelari di sospensione dell'espulsione (come si è visto nel paragrafo precedente).

Anche sotto questo profilo si manifesta quindi un possibile contrasto, tanto con l'art. 1 Prot. 7 CEDU, che riconosce allo straniero il diritto di presentare le proprie ragioni avverso l'espulsione prima che quest'ultima venga eseguita<sup>105</sup>,

---

<sup>104</sup> In questo schema il giudice di pace è costretto a dichiarare come inammissibili per difetto di giurisdizione le eventuali questioni basate sulla illegittimità del presupposto provvedimento sul soggiorno. Si crea quindi un contrasto con il principio per il quale il processo deve tendere il più possibile verso una pronuncia nel merito (ossia uno dei profili centrali del principio di effettività del ricorso anche a livello nazionale). Anche a livello CEDU costituisce un corollario del principio di effettività del ricorso l'idea che una doglianza relativa alla lesione di un diritto CEDU debba essere disattesa, per ragioni diverse dalla sua manifestamente infondatezza. Sul punto v. F. PEDRAZZI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 471 e ss.

<sup>105</sup> In dottrina si sostiene infatti che l'art. 1 Prot. 7 debba valere anche nei confronti del soggetto che sia divenuto irregolare a seguito di provvedimento negativo sul soggiorno, v. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, cit., p. 550.

quanto con l'art. 13 CEDU, il cui combinato disposto con l'art. 8 richiede che il sindacato di proporzionalità sul provvedimento di espulsione possa essere svolto dal giudice prima della sua esecuzione<sup>106</sup>.

Nello schema processuale attualmente delineato nelle decisioni della Cassazione, infatti, l'eventuale sindacato di proporzionalità esercitato dal giudice amministrativo sul permesso di soggiorno non produce alcun effetto sulla vicenda espulsiva dello straniero, in virtù della separazione tra le due fasi processuali<sup>107</sup>.

In altri termini, la valutazione relativa ad una possibile violazione dell'art. 8 CEDU risulta priva di effettività in quanto, esercitandosi esclusivamente sul provvedimento di soggiorno, non produce alcun effetto sul provvedimento di espulsione, dal quale invece deriva la materiale compressione di tale diritto (prodotta dall'allontanamento dal territorio, tra l'altro con espresso divieto di farvi rientro).

Secondo la giurisprudenza della Cassazione, tuttavia, tale circostanza non costituisce una contraddizione, né integra una violazione del diritto alla difesa dello straniero (il quale, in caso di esito positivo del giudizio sul soggiorno, potrebbe sempre richiedere, dall'estero, un nuovo titolo per fare ingresso nel territorio).

In altri termini, l'eventualità che lo straniero sia espulso in violazione di un diritto convenzionalmente tutelato non viene percepita, da parte della Cassazione, come una violazione del principio di effettività delle tutele, manifestandosi, sotto questo profilo, una sensibilità diversa da quella sviluppata dalla Corte di Strasburgo (che invece sottolinea come il principio di effettività delle tutele in materia di espulsione debba tendere il più possibile alla prevenzione delle violazioni, in quanto la possibilità di porvi rimedio *ex post* risulta ridotta, o talvolta impossibile).

Tale approccio restrittivo risulta comunque contraddetto da alcune pronunce dei giudici di merito, che riconoscono la necessità di coordinare i due giudizi in vario modo.

---

<sup>106</sup> Come si è visto la Corte EDU ha osservato che, nei casi di espulsione potenzialmente contraria all'art. 8, l'art. 13 richiede "une possibilité effective de contester la décision d'expulsion ou de refus d'un permis de séjour", mentre contrastano con tale esigenza di tutela le ipotesi in cui la modalità di svolgimento del processo "exclut toute possibilité pour le tribunal d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement" (De Souza Ribeiro).

<sup>107</sup> Ciò a meno che il giudice amministrativo non abbia sospeso in sede cautelare il provvedimento sul soggiorno. In tal caso l'amministrazione dovrebbe ritenersi tenuta a sospendere altresì il successivo provvedimento di espulsione. Ma la separatezza tra i due provvedimenti anche sul piano sostanziale – enfatizzata dalla giurisprudenza – mette teoricamente in dubbio anche tale soluzione.

In alcuni casi, ove risulti pendente davanti al giudice amministrativo il giudizio relativo alla legittimità del provvedimento sul soggiorno, il giudice di pace sospende il processo *ex art. 295 c.p.c.*<sup>108</sup>.

In linea teorica tale soluzione appare ineccepibile, in quanto risulta difficile non riconoscere che tra il provvedimento di espulsione e quello sul soggiorno sussiste un vero e proprio rapporto di presupposizione, inteso come quel rapporto in cui “al fine di esercitare legittimamente un potere, occorre la sussistenza di un certo atto che funge da presupposto di un altro procedimento in quanto crea una qualità in un bene, cosa o persona che costituisce l’oggetto anche del successivo provvedere”<sup>109</sup>. Pertanto, come nel giudizio amministrativo si applica l’art. 295 c.p.c. ai processi aventi ad oggetto provvedimenti connessi per presupposizione<sup>110</sup>, anche in questo caso dovrebbe valere la stessa regola – trattandosi di definire i rapporti tra due giudizi che, pur svolgendosi davanti a plessi giurisdizionali diversi, presentano entrambi natura impugnatoria, avendo ad oggetto l’annullamento di due provvedimenti amministrativi (quello sul soggiorno e quello di espulsione).

Su questo punto la giurisprudenza della Cassazione appare quindi poco convincente, laddove afferma che il provvedimento sul soggiorno costituirebbe un mero “presupposto di fatto” rispetto al provvedimento di espulsione. Essa risulta anche contraddittoria laddove asserisce che il provvedimento di espulsione ha carattere “attuativo” rispetto a quello sul soggiorno (il che sembra presupporre la sussistenza, tra i due provvedimenti, di quel legame sostanziale che invece si vorrebbe negare)<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Vi sono inoltre alcune pronunce della Cassazione che annullano il decreto con cui il giudice ha rigettato il ricorso avverso il provvedimento di espulsione per non aver motivato in ordine alla richiesta di sospensione *ex art. 295 c.p.c.*. V. Cass. 20 giugno 2000, n. 8381 e Cass. 9 giugno 2000, n. 7867, in *Dir. Imm. citt.*, 2001, p. 104 e ss.

<sup>109</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, p. 433. In questo caso, infatti, il provvedimento negativo sul soggiorno crea evidentemente, nella persona dello straniero, quella “qualità” – costituita dall’essere presente nel territorio “quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato” – che costituisce presupposto per l’emanazione del provvedimento di espulsione nel caso di cui all’art. 13, comma 2, lett. b).

<sup>110</sup> “Allorché pendano di fronte a giudici amministrativi diversi due processi aventi ad oggetto provvedimenti connessi per presupposizione, applicando l’art. 295 c.p.c. si ammette che, in attesa della decisione sull’atto presupposto, venga sospeso il processo vertente sul provvedimento connesso”, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2013, p. 926.

<sup>111</sup> La Corte afferma che “il provvedimento di diniego, di revoca o di annullamento del permesso di soggiorno non costituisce antecedente logico del provvedimento di espulsione, ma solo un antecedente di fatto”, ovvero “un un mero antecedente storico che è la causa immediata del provvedimento di

L'analisi comparatistica permette inoltre di osservare una tendenza – di fatto opposta a quella affermata dal legislatore italiano – tesa a valorizzare il collegamento tra il provvedimento sul soggiorno e quello di espulsione. Come si è visto, infatti, sia in Francia che in Belgio l'*ordre* e l'*obligation de quitter le territoire*, emessi nei confronti dello straniero irregolare, si qualificano come atti accessori rispetto al provvedimento negativo sul soggiorno. Sul piano processuale essi sono quindi impugnati unitariamente e davanti allo stesso giudice (in entrambi i casi amministrativo)<sup>112</sup>.

In tali ordinamenti le esigenze di semplificazione della tutela processuale sono quindi state risolte attraverso un intervento espresso del legislatore, con una soluzione imperniata su un principio di unitarietà, sia della funzione amministrativa esercitata a monte (in quanto i provvedimenti sono considerati come inscindibili) sia della funzione giurisdizionale esercitata a valle (in quanto la tutela è offerta dallo stesso giudice e all'interno di un unico processo).

Al confronto con tali ordinamenti la scelta del legislatore italiano di separare la giurisdizione sui due provvedimenti appare artificiosa e incongruente, poiché non coglie il nesso intrinseco tra questi due atti, che in realtà non rappresentano altro che momenti diversi di una vicenda amministrativa unitaria.

Proprio il principio di unitarietà della giurisdizione risulta essere alla base delle principali soluzioni proposte attualmente anche dalla dottrina italiana che si occupa di questi temi.

*De iure condendo* viene infatti auspicato un intervento del legislatore volto a trasferire la giurisdizione sui provvedimenti in materia di immigrazione ad un unico giudice (con preferenza per quello ordinario anziché amministrativo, come meglio si vedrà più avanti<sup>113</sup>).

---

espulsione che ne costituisce mera attuazione per esser venuto meno il titolo che giustifica la permanenza dello straniero sul territorio nazionale”. Il passaggio sembra oscuro poiché non si vede come sia possibile affermare che il provvedimento di espulsione costituisce “attuazione” del provvedimento negativo sul soggiorno e al contempo negare che sussista un rapporto di presupposizione tra i due.

<sup>112</sup> In questo modo, da un lato, la cognizione del giudice si estende in modo complessivo all'intera vicenda che interessa lo straniero e, dall'altro lato, attraverso la richiesta di una misura cautelare lo straniero può ottenere la sospensione dell'espulsione in pendenza di giudizio, fino alla pronuncia del giudice in merito alla sussistenza di un titolo di soggiorno.

<sup>113</sup> ASGI, *Programma di riforme in materia di immigrazione, diritto degli stranieri, asilo e cittadinanza per la legislatura 2013-2018*; N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di*

*De iure condito*, invece, si ritiene che il giudice di pace, in sede di giudizio sul provvedimento di espulsione, possa sindacare incidentalmente il presupposto provvedimento sul soggiorno, dapplicandolo nel caso in cui appaia illegittimo. Si sottolinea infatti la necessità di riconoscere al giudice di pace una giurisdizione “piena” e capace di estendersi anche alla cognizione dei provvedimenti presupposti a quello impugnato<sup>114</sup>, con espresso richiamo al principio per il quale “la scelta della pluralità dei giudici” non debba implicare “incomunicabilità e separazione” tra le due giurisdizioni, “risolvendosi in un’inaccettabile diminuzione della tutela” (principio che nel nostro ordinamento ha già trovato applicazione, alla luce dell’art. 24 Cost., in materia di *translatio iudicii*)<sup>115</sup>.

Presso tale dottrina si ritiene inoltre che questa soluzione possa risultare preferibile rispetto a quella della sospensione del processo davanti al giudice di pace in pendenza di giudizio davanti al TAR *ex art. 295 c.p.c.*, per ragioni di economia processuale e perché il riconoscimento di un rapporto di pregiudizialità tra i due giudizi non sarebbe privo di profili problematici (ad esempio la possibilità di dichiarare inammissibile il giudizio proposto avverso il provvedimento di espulsione nel caso in cui non sia stato precedentemente impugnato il provvedimento negativo sul soggiorno).

Nella prospettiva CEDU assunta in questa sede non sembra possibile trarre una preferenza per l’una o per l’altra soluzione, pur potendosi rilevare i profili di interesse e di problematicità che entrambe presentano, in rapporto all’effettività della tutela dei diritti dello straniero.

In relazione alla sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.*, in particolare, va precisato che essa risulta effettiva soltanto a condizione di riconoscere, al giudice di

---

*soggiorno e giudizio relativo all’espulsione: due mondi non comunicanti?*, cit.; VETTORI N., *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela*, cit..

<sup>114</sup> N. VETTORI, *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Diritto pubblico*, 2/2012, pp. 681 – 713. N. ZORZELLA, op. cit.; G. TROPEA, *Homo sacer*, cit., p. 199. Sul punto v. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Milano, 2002. Un orientamento minoritario della Corte di Cassazione stessa, del resto, aveva inizialmente ammesso tale possibilità in tema di rapporti tra provvedimento di espulsione e procedura di legalizzazione del lavoro irregolare, affermando che il giudice ordinario potesse, nel pronunciarsi sul ricorso avverso il provvedimento di espulsione, sindacare in via incidentale l’atto che presupposto, senza che ciò comportasse il superamento dei limiti della sua giurisdizione (Sezioni Unite, 18 ottobre 2005, n. 20125).

<sup>115</sup> G. TROPEA, *Homo sacer*, cit., p. 199.

pace, anche il potere di sospendere l'esecuzione del provvedimento di espulsione (oltre che lo svolgimento del proprio processo)<sup>116</sup>.

A tali condizioni il pregio principale della soluzione sarebbe quello di condizionare l'espulsione dello straniero alla verifica della legittimità del provvedimento negativo sul soggiorno, condotta dal giudice amministrativo secondo le tecniche tipiche di questo giudizio (che, come si è visto, includono l'esercizio di un sindacato sulla discrezionalità amministrativa alla luce dei principi di ragionevolezza e proporzionalità cui all'art. 8 CEDU, che TAR e Consiglio di Stato utilizzano già in materia di permesso di soggiorno).

Tuttavia, l'onere processuale di adire contestualmente due giurisdizioni distinte, oltre all'inevitabile prolungamento dei tempi del processo, si potrebbero porre in contrasto con i principi di celerità ed accessibilità delle tutele, che lo stesso art. 13 CEDU comunque esprime.

In quest'ultima prospettiva la soluzione basata sulla possibilità per il giudice di pace di disapplicare il provvedimento sul soggiorno risulterebbe quindi preferibile.

Tuttavia, essa appare potenzialmente problematica sotto il profilo dei poteri del giudice di pace e del tipo di sindacato. Infatti, trattandosi di una cognizione di tipo incidentale, il giudice di pace difficilmente eserciterebbe lo stesso tipo di sindacato esercitato dal giudice amministrativo. Inoltre, trattandosi di un giudice ordinario – per giunta non togato – non istituzionalmente preposto, di regola, al controllo di legittimità sul potere amministrativo, non è da escludere che esso si riveli più restio all'esercizio di un sindacato sui profili di discrezionalità amministrativa presenti nella fattispecie<sup>117</sup>.

Il richiamo all'art. 13 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte EDU permette quindi di esprimere una preferenza per l'opzione fondata sui poteri di cognizione incidentale del giudice di pace soltanto a condizione che il sindacato svolto da quest'ultimo soddisfi i canoni di effettività richiesti dalla Corte EDU.

---

<sup>116</sup> In questo senso v. già P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, cit.

<sup>117</sup> In dottrina osserva che “di norma il giudice ordinario è poco propenso ad effettuare, pur se in via incidentale, valutazioni di legittimità circa un provvedimento amministrativo, inerente alla vicenda al suo esame”, inoltre “il giudizio amministrativo, nel suo concreto svolgersi tramite l'udienza cautelare e di merito, le istanze istruttorie, garantisce maggiormente le ragioni di ‘legittimità’ dello straniero circa il denegato permesso di soggiorno”, L. GILI, op. cit. p. 33.

In ogni caso esso può comunque contribuire a mettere in luce come la perdurante mancanza di coordinamento tra i due giudizi possa porsi in contrasto con i principi di effettività della tutela più volte espressi.

Da questo punto di vista, esso si presta ad essere richiamato da parte della giurisprudenza di merito attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme, al fine di ritenere comunque applicabili da parte del giudice di pace i poteri di sospensione del processo o di disapplicazione del provvedimento presupposto, con cui assicurare un collegamento tra le due fattispecie.

Va comunque osservato che, se il compito di regolare il rapporto tra i due giudizi restasse affidato alla discrezionalità dei singoli interpreti (soprattutto trattandosi di giudici non togati), difficilmente potrebbero ritenersi soddisfatti i requisiti di certezza del diritto che l'art. 13 stesso esprime, richiedendosi invece, a tal fine, un intervento chiarificatore della Corte di Cassazione, se non del legislatore stesso.

Del resto la Corte ha già espressamente affermato – riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario sul permesso emesso dal Questore per motivi umanitari – che il “principio di ragionevole durata dei giudizi, di cui all'art. 111 cost. impedisce di attribuire a giudici appartenenti a plessi giurisdizionali diversi la cognizione di situazioni giuridiche tra loro strettamente connesse”, in particolare ove, come nel caso di specie, l'atto del Questore si inserisca “in un unico procedimento, che inizia con la richiesta rivolta alla commissione e termina con l'ordine di allontanamento”, sicché “sarebbe privo di giustificazione razionale un sistema che, affermando esplicitamente la giurisdizione del giudice ordinario sull'atto della commissione, la negasse rispetto all'atto meramente consequenziale” del Questore “costringendo inoltre lo straniero a promuovere due giudizi davanti a giudici diversi aventi se non lo stesso oggetto, oggetti strettamente connessi”<sup>118</sup>.

Anche alla luce di queste considerazioni sembra difficile non riconoscere, nel caso di espulsione a seguito di provvedimento negativo sul soggiorno, la presenza di analoghi profili di collegamento tra i due provvedimenti e di analoghe esigenze di coordinamento tra i relativi giudizi.

---

<sup>118</sup> Cassazione civile, SS.UU., sentenza 09.09.2009 n° 19393.

### 7. Profili problematici della tutela avverso i provvedimenti di detenzione

L'analisi degli *standard* procedurali elaborati dalla Corte EDU permette di rilevare anche alcuni profili problematici della tutela giurisdizionale avverso la detenzione amministrativa dello straniero<sup>119</sup>.

A questo proposito è possibile premettere come l'ordinamento italiano, in virtù delle tutele prescritte dall'art. 13 Cost., presenti un livello di protezione della libertà personale potenzialmente più elevato rispetto ad altri Paesi, poiché la detenzione amministrativa dello straniero è soggetta ad una convalida giurisdizionale obbligatoria, mentre negli altri ordinamenti prevale l'opzione per un rimedio giurisdizionale *ex post*, azionabile su iniziativa dello straniero.

Ciononostante è comunque possibile individuare alcuni profili problematici, il primo dei quali è costituito dalla mancanza di una idonea disciplina dei trattenimenti nella fase di ingresso nel territorio.

A differenza che in altri ordinamenti, infatti, quello italiano disciplina espressamente soltanto il trattenimento nei CIE, come fase incidentale del procedimento di espulsione o respingimento, mentre presenta diverse lacune per quanto riguarda il trattenimento nella fase di primo ingresso, finalizzata al soccorso e all'identificazione degli stranieri, in attesa del rilascio dei relativi provvedimenti (di autorizzazione all'ingresso o di respingimento).

Sotto questo profilo l'unica norma generale di riferimento risulta essere l'art. 23 del regolamento di attuazione del t.u. imm., che prevede che “le attività di accoglienza e assistenza e quelle svolte per le esigenze igienico-sanitarie, connesse al

---

<sup>119</sup> Non essendo possibile soffermarsi in questa sede sui diversi profili di criticità che l'istituto comporta sotto il profilo sostanziale – dalle questioni relative ai presupposti costituzionali ai limiti temporali della detenzione amministrativa, alle notazioni più generali circa l'efficacia complessiva dell'istituto nel quadro del controllo dell'immigrazione – ci si concentrerà su alcuni profili più prettamente processuali. Per una critica dell'istituto sotto il profilo del mancato rispetto dei requisiti sostanziali di necessità ed urgenza di cui all'art. 13 Cost. (che si ritengono violati nel momento in cui la detenzione amministrativa dello straniero viene a costituire uno strumento amministrativo ordinario, nell'esercizio della funzione di regolazione del fenomeno migratorio) v. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed allontanamento*, cit. Sui limiti anche pratici del sistema dei trattenimenti amministrativi si rinvia al rapporto della c.d. Commissione de Mistura ([www.interno.it](http://www.interno.it)) e, più di recente, al Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia, curato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani del Senato, XVI Legislatura. In dottrina, nella ricchissima letteratura v. AA. VV., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Norme e diritti in Europa*, in *Antigone*, anno VII, n. 3, 2012; in prospettiva comparata AA.VV., *La detenzione amministrativa degli stranieri, Esperienze in Europa*, in *Antigone*, anno VIII, n. 1, 2013. Per quanto concerne i profili processualciviltistici v. invece L. PARLATO, *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un “giusto processo minore”?*, in *Cass. Pen.*, 2004, pp. 346 e ss.

soccorso dello straniero” possono essere effettuate “anche al di fuori dei centri [di identificazione ed espulsione]”.

Nella prassi il trattenimento nelle fasi di primo ingresso si realizza presso diversi tipi di strutture, allestite non soltanto presso i principali valichi di frontiera come gli aeroporti, ma anche in luoghi diversi, come i CDA (Centri di accoglienza) e i CPSA (centri di primo soccorso e accoglienza), per l'accoglimento di stranieri che non hanno fatto ingresso in altri punti (ad esempio giungendo irregolarmente via mare). Ciasuno di essi è soggetto ad una disciplina diversa, ma in nessuno dei casi sono previsti limiti temporali precisi, o risultano disciplinate le modalità del trattenimento<sup>120</sup>

Nemmeno il regolamento, del resto, disciplina i presupposti e i termini temporali del trattenimento in fase di ingresso, o predispone garanzie procedurali o processuali.

Una disciplina normativa così scarna si spiega perchè, nelle intenzioni del legislatore del t.u.imm., tali attività di accoglienza avrebbero dovuto potersi svolgere in tempi rapidi, inferiori alle 48 ore, e tali quindi da non richiedere la convalida giurisdizionale prevista invece per il trattenimento nei CIE.

Nella prassi, tuttavia, il trattenimento può protrarsi per periodi anche prolungati, talvolta di più settimane, soprattutto in occasione di ingressi molto consistenti che mettono alla prova il sistema di accoglienza sotto il profilo organizzativo.

Si realizzano così fattispecie di vera e propria detenzione amministrativa atipica (in quanto non disciplinata dalla legge) e sottratta al controllo giurisdizionale (in quanto il trattenimento avviene anche senza il rilascio di provvedimenti individuali e pertanto senza meccanismi di convalida giurisdizionale o possibilità di impugnazione da parte dei soggetti interessati)<sup>121</sup>.

Le difficoltà di accesso all'assistenza legale in tali luoghi possono inoltre ostacolare l'accesso alle procedure d'asilo e favorire l'adozione di provvedimenti di

---

<sup>120</sup> Per una ricostruzione della tipologia dei vari centri e della relativa disciplina v. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. e dir.*, 2011, n. 3-4, 177 ss.

<sup>121</sup> Soltanto nel caso in cui lo straniero abbia presentato richiesta d'asilo è possibile inquadrare il suo trattenimento entro confini legali più precisi, applicandosi le ipotesi di trattenimento del richiedente asilo disciplinate anzitutto dal d.lgs. 25/2008, che prevede specifici presupposti e termini.

respingimento rispetto ai quali lo straniero risulta di fatto privo di strumenti di tutela<sup>122</sup>.

Infine, la formulazione ampia dell'art. 23 ha anche autorizzato la creazione, in situazioni di emergenza, di strutture temporanee istituite e disciplinate di volta in volta da atti dell'esecutivo<sup>123</sup>, che confermano l'inadeguatezza della disciplina generale relativa all'accoglienza.

Si possono quindi realizzare episodi di trattenimento in contrasto (oltre che con l'art. 13 Cost.) con *standard* CEDU come l'art. 3 (ad esempio ove vengano utilizzate strutture inadeguate al trattenimento prolungato di numeri consistenti di persone)<sup>124</sup>, o gli agli artt. 5 e 13.

Come si è visto, infatti, il requisito di legalità di cui all'art. 5 richiede che il provvedimento di detenzione sia disciplinato da una normativa che presenti una certa "qualità", ossia che soddisfi requisiti di pubblicità e conoscibilità e che disciplini espressamente la procedura di detenzione, con un grado di dettaglio tale da fornire,

---

<sup>122</sup> Tra i casi più problematici avvenuti negli ultimi anni si segnala il trattenimento presso il CPSA di Lampedusa nel luglio del 2011, in corrispondenza alla c.d. emergenza Nord-Africa, riportato da vari osservatori. Si vedano in particolare le informazioni raccolte in F. CANCELLARO, L. MASERA, S. ZIRULIA, *Report dal Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Lampedusa, isola di illegalità ai confini di uno Stato di diritto*, in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org). Episodi del genere si sono poi ripetuti in occasione degli sbarchi dell'ottobre 2013 e sembrano costituire una vera e propria prassi. Sul punto v. L. MASERA, F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Editoriale 14 ottobre 2013; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Diritti sotto sequestro – Dall'emergenza umanitaria allo stato d'eccezione*, Aracne, 2012.

<sup>123</sup> Un esempio è la creazione di campi temporanei in siti militari in disuso durante la c.d. emergenza Nord-Africa del 2011 (in relazione alla quale lo stato di "emergenza umanitaria" è stato dichiarato Decreto del presidente del Consiglio dei Ministri n.50936/2011) dichiarati "Centri di Identificazione ed Espulsione Temporanei" (CIE-T) ed affidati alla gestione della Protezione Civile con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3933/2011. V. G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Dem. e dir.*, 2011, n. 3-4, p. 18 e ss.

<sup>124</sup> Sotto questo profilo sembra tuttavia necessario distinguere la disciplina del trattenimento nelle fasi di prima accoglienza (ossia prima che lo straniero abbia potuto presentare richiesta d'asilo) rispetto al trattenimento del richiedente asilo (disciplinata da apposite procedure, in particolare il d.lgs. 25/2008). Sotto questo profilo va infatti segnalato che nella sentenza *Mohammed Hussein v. the Netherlands and Italy* la Corte EDU ha ritenuto manifestamente inammissibile il ricorso di una richiedente asilo che, in relazione alla sua espulsione dai Paesi Bassi verso l'Italia ai fini del riconoscimento del diritto d'asilo, in attuazione del Regolamento Dublino, lamentava il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti una volta trasferita in Italia (ax art. 3 CEDU). La Corte ha infatti ritenuto che – a differenza di quanto accertato in relazione alla Grecia nel caso *M.S.S. v. Belgio e Grecia* – le procedure e le condizioni per il trattamento dei richiedenti asilo in Italia non presenterebbero "systemic failings" tali da determinare un rischio di violazione dell'art. 3 CEDU. Tale valutazione è stata poi confermata anche in due sentenze di inammissibilità successive (*Halimi v. Austria and Italy* e *Abubeker v. Austria and Italy*, del giugno 2013).

anche sotto il profilo dei limiti temporali della stessa, parametri di legittimità utili per l'esercizio di un sindacato giurisdizionale del provvedimento di trattamento<sup>125</sup>.

Che tali *standard* debbano valere anche nella fase di primo ingresso dello straniero è stato inoltre espressamente precisato dalla Corte EDU nel caso *Amuur c. Francia*, avente ad oggetto la disciplina francese del trattenimento ai valichi di frontiera.

Sotto questo profilo si richiede quindi un intervento del legislatore, già invocato da parte della dottrina<sup>126</sup>, volto a precisare forme e limiti del trattenimento in questa fase del percorso migratorio.

Un ulteriore profilo problematico della tutela avverso i provvedimenti di detenzione è quello (già accennato in relazione al caso *Seferovic c. Italia*) della mancanza di uno strumento che assicuri il risarcimento del danno per l'ingiusta detenzione amministrativa dello straniero.

Non è chiaro, tuttavia, se tale lacuna possa essere colmata in via interpretativa da parte della giurisprudenza in via di interpretazione adeguatrice all'art. 5 CEDU, eventualmente attraverso un'applicazione analogica dell'istituto dell'equa riparazione per ingiusta detenzione dell'art. 314 c.p.p., o se si richieda anche sotto questo profilo l'intervento del legislatore<sup>127</sup>.

#### 8 L'organizzazione del contenzioso in materia di immigrazione

In chiusura si possono compiere alcune riflessioni più generali sull'organizzazione della giurisdizione in questa materia e sulla sua distribuzione tra plessi giurisdizionali.

---

<sup>125</sup> *Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996. *Muminov c. Russia*; *Abdolkhnai e Karimnia v. Turchia*.

<sup>126</sup> L. MASERA, F. VIGANÒ, *Abolire la Bossi-Fini?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Editoriale 14 ottobre 2013. Si segnala inoltre come risulti pendente, allo stato attuale, un ricorso alla Corte EDU contro l'Italia avente ad oggetto il trattenimento di alcuni cittadini stranieri presso il CPSA di Lampedusa, in relazione al quale si lamenta, tra gli altri, la violazione degli artt. 5 e 13 della CEDU. *V. Khlaifia and Others v. Italy* (no.16483/12).

<sup>127</sup> Trattandosi di definire l'ambito di applicazione anche di istituti di diritto penale che trascendono la presente indagine, in questa sede si rinvia alla dottrina sul punto. Si segnala peraltro che da parte di alcuni è stata comunque avanzata la possibilità di applicare in via diretta l'art. 5 comma 5 CEDU al fine di "disciplinare un'area non previamente regolata dal diritto italiano", data l'assenza di norme di rango ordinario contrastanti. V. L. BEDUSCHI, op cit.

Una delle specificità del sistema italiano, da questo punto di vista, consiste nell'assegnazione di competenze in materia di immigrazione ad un giudice non togato quale il giudice di pace.

L'analisi comparata mostra infatti come gli altri legislatori europei, pur in presenza di analoghe esigenze organizzative e di contenimento del contenzioso, abbiano adottato tecniche di semplificazione e deflazione diverse (come il potenziamento dei ricorsi amministrativi speciali).

La scelta del legislatore italiano si distingue inoltre, rispetto alle altre, anche per il fatto di avere ad oggetto proprio i provvedimenti che maggiormente incidono sui diritti della persona, come le espulsioni e la detenzione amministrativa. Mentre in altri ordinamenti, invece, gli obiettivi di deflazione hanno interessato soprattutto i provvedimenti relativi all'ingresso e al soggiorno; i provvedimenti relativi alla detenzione amministrativa sono invece assegnati ad organi giurisdizionali con competenze specifiche in materia di limitazione della libertà personale, ed il sindacato sui provvedimenti di espulsione è assegnato a giudici amministrativi (specializzati o meno) i cui poteri costitutivi e cautelari rispetto al provvedimento amministrativo impugnato sono oggetto di una disciplina più precisa rispetto a quella del giudice di pace<sup>128</sup>.

La scelta del giudice di pace – sebbene motivata da considerazioni non irragionevoli sulla gestione del contenzioso e sul contenimento del carico di lavoro dei giudici ordinari – risulta piuttosto discutibile sotto il profilo dell'opportunità, trattandosi di un organo che per competenze e modalità di retribuzione pare inidoneo a conoscere di controversie in una materia complessa come quella dell'immigrazione.

Tali perplessità, espresse anche in sede istituzionale<sup>129</sup>, interessano, non soltanto, le competenze in materia di libertà personale – trattenimento amministrativo

---

<sup>128</sup> Una eccezione in questo quadro deve però essere tracciata per il sistema inglese, dove la tendenza a trasferire verso l'Administrative Tribunal la maggior parte delle competenze di *judicial review* in materia di immigrazione crea ormai un modello di tutela giurisdizionale che si svolge quasi interamente in sede diversa da quella delle corti.

<sup>129</sup> Lo stesso Consiglio superiore della Magistratura, in sede di rilascio di un parere sul d.l. 14 settembre 2004, n. 241, affermava che: “i diritti di libertà oggetto dei provvedimenti giudiziari richiede un intervento di garanzia adeguato sul piano ordinamentale, processuale e organizzativo, che assicuri loro una tutela insieme giusta ed efficace, risultato che può essere meglio soddisfatto mediante il ricorso alla magistratura professionale, opportunamente sostenuta nello sforzo attuativo richiestole”. Sotto il profilo organizzativo esso osservava quindi che: “non vi è dubbio che la competenza sui provvedimenti di accompagnamento e di trattenimento degli stranieri comporta, anche

e accompagnamento alla frontiera<sup>130</sup>, anche per le modalità specifiche in cui si svolgono le relative udienze<sup>131</sup> - ma anche le competenze in materia di espulsione, trattandosi di esercitare un sindacato su un provvedimento amministrativo particolarmente complesso, non privo di profili di discrezionalità.

In questo quadro, mentre alcuni commentatori hanno difeso la legittimità costituzionale della scelta del legislatore, affermando però la necessità di compensare la natura non professionale del giudice con opportuni interventi sul piano formativo<sup>132</sup>, altri ne contestano l'illegittimità<sup>133</sup>, e auspicano il trasferimento delle competenze in materia di immigrazione al giudice ordinario togato<sup>134</sup>.

---

in termini organizzativi, un impegno particolarmente gravoso che i magistrati vorrebbero vedere sostenuto da adeguati interventi di supporto” ma che “non va tuttavia dimenticato che fino all’entrata in vigore del decreto legge i tribunali hanno trattato i procedimenti relativi all’immigrazione, provvedendo a distribuire il lavoro, ad organizzare i turni, a predisporre i necessari accorgimenti logistici, ed affinando nel tempo la propria giurisprudenza”, sicché “si è pertanto accumulata una notevole mole di esperienze organizzative ed attuative della legge e si è formata una giurisprudenza che è frutto di una elaborazione più ampia e complessiva sui temi dei diritti della persona, che dovrà in ogni caso costituire un preciso punto di riferimento anche per il futuro”. Consiglio superiore della Magistratura parere 21 ottobre 2004. Al contrario, il Consiglio Superiore della Magistratura ha accolto con molto favore il trasferimento di tali competenze al giudice ordinario avvenuto per un breve lasso di tempo per effetto del d.l. 249 del 2007 (c.d. decreto legge Amato) poi decaduto. Essa affermava infatti che tale scelta risultava “assai più coerente di quella attuale” rispetto a “misure comportanti limitazioni alla libertà personale e, quindi, assoggettate alla riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 della Carta fondamentale”, Consiglio Superiore della Magistratura, Parere espresso sul testo del disegno di legge di conversione del d.l. n. 249 del 2007.

<sup>130</sup> La dottrina osserva come il giudice di pace non sia idoneo a svolgere funzioni di giudice delle libertà e della detenzione. V. A. CAPUTO, L. PEPINO, *Giudice di pace e habeas corpus dopo le modifiche al testo unico sull’immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2004, pp. 13ss.

<sup>131</sup> Come si è detto, per ragioni di semplificazione è previsto che le udienze del giudice di pace possano svolgersi in locali messi a disposizione dalle Questure. A questo proposito il Consiglio Superiore della Magistratura ha espresso “viva preoccupazione” circa l’art. 13 comma 5-ter, t.u.imm., nella parte in cui “attribuisce impropriamente ad organi dell’amministrazione dell’interno, e non al ministro della giustizia (art. 1110 Cost.) compiti di organizzazione dei servizi della giustizia ed appare idonea a condizionare l’esercizio della giurisdizione, pregiudicandone altresì l’immagine di imparzialità”. Secondo il consiglio tale disposizione dovrebbe essere ripensata “al fine di riportare all’interno degli uffici dei giudici di pace, o di locali ad esso riferibili, lo svolgimento delle udienze ed approntando le risorse necessarie senza con questo penalizzare i tribunali”. Si osserva peraltro come esigenze di semplificazione analoghe siano presenti anche in altri ordinamenti. In Francia, ad esempio, i costi per il trasferimento degli stranieri trattenuti sono stati abbattuti prevedendo la possibilità di svolgere le relative udienze in videoconferenza. Per quanto giudicata legittima dal Conseil Constitutionnel, è stato osservato in dottrina come tale tecnica comporti una perdita di immediatezza nello svolgimento delle udienze, poco desiderabile in una materia come quella dell’immigrazione.

<sup>132</sup> “Costituendo oggetto di una valutazione di opportunità e non di legittimità costituzionale delle relative norme, la competenza del giudice di pace non si espone direttamente a vizi di costituzionalità”. M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le nuove competenze del giudice di pace in materia di immigrazione e sostanze stupefacenti*, p. 39.

La Corte Costituzionale, per canto suo, ha ritenuto che tale scelta rientri comunque “nell’esercizio, non arbitrario o non manifestamente irragionevole, della discrezionalità legislativa”<sup>135</sup>.

Dal punto di vista del rispetto degli *standard* CEDU, che qui interessa, non sembra possibile cogliere un contrasto diretto tra le competenze del giudice di pace in questa materia ed i requisiti di cui all’art. 13 o all’art. 5 CEDU, pur potendosi svolgere alcune osservazioni sul punto.

In generale, si è visto come la Corte riconosca sempre un certo margine di apprezzamento agli Stati nell’attuazione di tali norme processuali, soprattutto sotto il profilo organizzativo, alla luce delle specificità degli apparati giurisdizionali presenti nei vari Paesi, nonché delle esigenze di gestione del contenzioso specificamente poste dalla materia dell’immigrazione.

Al tempo stesso, tuttavia, essa ha precisato come quelle stesse esigenze di organizzazione non possano far venir meno in capo al ricorrente la “possibilit  de

---

<sup>133</sup> Si sottolinea come la scelta del giudice di pace sia “non in linea con la fisionomia ordinamentale del Giudice di Pace e con il significato ‘garantistico’ della riserva di giurisdizione in tema di habeas corpus prevista dall’art. 13 della Carta” e come “tale scelta, inoltre, rivela linee di politica del diritto idonee a svilire il ruolo di tutela delle libert  fondamentali della persona affidate dalla Costituzione alla giurisdizione”. Si sottolinea inoltre come il caso dell’immigrazione sia l’unico in cui risulti affidata ad un giudice non togato la competenza in materia di misure di polizia limitative della libert  personale. Inoltre, mentre le competenze del giudice di pace in materia penale si inseriscono nella “prospettiva di un diritto penale ‘mite’, orientato alla ‘conciliazione’ prima ancora che alla ‘repressione’”, in questa materia il giudice   chiamato “ad intervenire nel momento pi  delicato del conflitto tra autorit  e libert  individuale” e “non deve far incontrare, conciliare posizioni diverse, ma esercitare il controllo sulla legittimit  della coercizione personale provvisoria disposta dalla autorit  di Polizia”. Si conclude pertanto che “la tutela giurisdizionale della ‘libert  dagli arresti arbitrari’” debba essere affidata alla magistratura togata “il cui assetto ordinamentale, caratterizzato dalla esclusivit  e dalla non temporaneit  dell’esercizio delle funzioni giudiziarie,   in grado di assicurare un controllo di legittimit  sull’attivit  di polizia coerente con il significato storico della garanzia dell’*habeas corpus* e con la *ratio* della riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost.”. M. PAVONE, *Le nuove competenze del giudice di pace*, p. 143.

<sup>134</sup> ASGI, *Programma di riforme in materia di immigrazione, diritto degli stranieri, asilo e cittadinanza per la legislatura 2013-2018*.

<sup>135</sup> C. Cost. sent. 109/2006. La decisione della Corte si basa anche sulla considerazione che i provvedimenti di trattenimento e accompagnamento forzato “costituiscono pur sempre una modalit  esecutiva” di un’espulsione amministrativa, pertanto non assimilabili alle misure cautelari e pre-cautelari (che sono state espressamente escluse dalla competenza penale del giudice di pace ex art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 274 del 2000).

disposer en pratique des garanties procédurales minimales adéquates visant à le protéger contre une décision d'éloignement arbitraire<sup>136</sup>.

C'è quindi un limite a quanto le esigenze di organizzazione e contenimento del contenzioso possono essere invocate, da parte degli Stati, per giustificare una riduzione delle garanzie processuali in questa materia.

Nel caso delle competenze del giudice di pace non sembra possibile individuare profili di incompatibilità sotto il profilo dell'indipendenza. La giurisprudenza della Corte EDU, del resto, non ritiene necessario che l'autorità adita abbia natura giurisdizionale (caratteristica comunque pacifica in capo al giudice di pace).

Più problematica appare piuttosto l'attuazione degli *standard* relativi ai poteri dell'organo adito ed al tipo di sindacato da questi esercitato. Ci si riferisce cioè alla lacunosità della disciplina dei poteri del giudice di pace (in particolare per quanto riguarda i poteri costitutivi, cautelari e di possibile condanna), nonché alla possibile ritrosia a sindacare i profili discrezionali dell'agire amministrativo.

Nella prospettiva CEDU appare quindi imprescindibile, prima ancora che l'individuazione di una giurisdizione diversa da quella del giudice di pace, l'introduzione di una disciplina più precisa dei relativi poteri costitutivi e dei presupposti per il loro esercizio, che attualmente risulta deficitaria.

La riflessione attorno alle competenze del giudice di pace si collega poi a quella più ampia, da tempo in corso presso la dottrina e gli specialisti del settore, relativa alla possibile unificazione del contenzioso in materia di immigrazione davanti ad un'unica giurisdizione.

Anche sotto questo profilo, infatti, il sistema italiano si distingue dagli altri analizzati, dove il contenzioso in materia tende invece a concentrarsi (ad eccezione dei provvedimenti sulla detenzione) presso un'unica giurisdizione (peraltro sempre amministrativa).

Nell'ordinamento italiano si crea pertanto, rispetto agli altri ordinamenti, una moltiplicazione degli oneri processuali (poiché in certi casi lo straniero è tenuto ad adire giurisdizioni diverse), anche con problemi di coordinamento tra plessi

---

<sup>136</sup> E ciò con riferimento, non soltanto all'art. 3, ma anche alla protezione della vita privata e familiare della persona. V. *De Souza Ribeiro c. France*.

giurisdizionali, nonché, secondo alcuni, una certa disomogeneità nella giurisprudenza in materia<sup>137</sup>.

Al tempo stesso, tuttavia, è necessario osservare che proprio la distribuzione del contenzioso tra g.o. e g.a. sembra aver permesso, al sistema italiano, di scongiurare i problemi di organizzazione della giustizia che sono invece emersi in altri ordinamenti, per via dell'aumento del carico di lavoro delle corti a causa delle controversie in materia di immigrazione. Qualsiasi proposta di unificazione della giurisdizione, pertanto, non potrebbe prescindere dal considerare le possibili ripercussioni sul piano organizzativo – anche alla luce delle altre esperienze europee in materia – e dal predisporre quindi gli opportuni accorgimenti.

E' possibile immaginare, inoltre, che nel caso in cui si giunga ad una ipotetica concentrazione della materia presso un unico giudice, la scelta stessa della giurisdizione competente potrebbe essere influenzata anche da considerazioni di tipo pragmatico; ad esempio portando a privilegiare il giudice che appaia più idoneo sotto il profilo organizzativo, per struttura e diffusione sul territorio (o per la maggiore facilità di istituire nuove sezioni, eventualmente specializzate per materia).

Già allo stato attuale, come si è visto, il progressivo ampliamento dell'ambito di competenza del giudice ordinario in questa materia è avvenuto anche per ragioni di questo tipo, in particolare in relazione alla giurisdizione sui provvedimenti di espulsione.

Sotto il profilo dei criteri di riparto, pertanto, sono state sollevate perplessità, in quanto non risulta chiaro “se dette norme mirino all'affermazione di una nozione espansa e non degradabile di diritto soggettivo, così ponendosi in sintonia con il criterio della *causa petendi*, anche se in una prospettiva orientata verso il rafforzamento della giurisdizione ordinaria”, “ovvero se rappresentino una soluzione di rottura nel senso della creazione del diverso modello di riparto per blocchi di materie, con l'attribuzione al g.o. di una giurisdizione esclusiva estesa anche a posizioni di interesse legittimo”<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> Come osserva N. VETTORI, op. cit.

<sup>138</sup> F. CARINGELLA, *Il riparto in base al criterio della causa petendi*, in F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, V. POLI (a cura di), *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2005, p. 85. Perplessità di questo tipo sono espresse anche in G. SIRIANNI, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 901, per il quale “ad una prima lettura le norme della l. 40 del 1998 sembrerebbero convalidare l'ipotesi che il legislatore non abbia voluto ampliare le garanzie sostanziali dello straniero, ma abbia piuttosto inteso restringere quelle giurisdizionali, prevedendo un regime processuale stringatissimo” inoltre si osserva che “le norme non solo non definiscono

Nell'applicare questo istituto la giurisprudenza sembra aver enfatizzato il primo profilo, interpretando la scelta del legislatore come indice della volontà di valorizzare le posizioni di diritto soggettivo presenti in capo allo straniero rispetto al provvedimento di espulsione.

Gli argomenti avanzati a questo scopo, tuttavia, risultano in certi casi problematici.

La Corte Costituzionale, per canto suo, osserva come il provvedimento di espulsione abbia “implicazioni, nella quasi totalità dei casi necessarie, sulla libertà personale e non solo sulla libertà di circolazione dello straniero [...] che si trovi nel territorio nazionale al di fuori dei limiti di vigilanza della frontiera, per la esigenza di misure coercitive per il trattenimento e l'accompagnamento alla frontiera”<sup>139</sup>.

Il riferimento alla sola libertà personale, tuttavia, non convince del tutto, in quanto le implicazioni per tale diritto sembrano derivare, più che dal provvedimento di espulsione in sé e per sé, dalle sue specifiche modalità di esecuzione (e infatti, nel caso di esecuzione forzata mediante accompagnamento alla frontiera si prevede la necessaria convalida del giudice di pace *ex art. 13 Cost.*).

Invece, la pretesa sostanziale dello straniero rispetto al provvedimento di espulsione in sé considerato consiste, non tanto, nel veder preservato il proprio diritto alla libertà personale, quanto nel veder riconosciuto il proprio titolo a restare nel territorio e a non essere espulso.

A questo proposito, salvo i divieti di espulsione specifici posti dal legislatore (a partire dall'art. 19 t.u.imm., ma non solo), in relazione ai quali è possibile configurare un vero e proprio diritto soggettivo dello straniero a non essere espulso, in tutti gli altri casi non sembra evitabile la qualificazione della posizione soggettiva dello straniero come interesse legittimo, in quanto il bene della vita (consistente nella

---

espressamente la posizione dello straniero come diritto, ma non introducono neanche, nella disciplina sostanziale dell'espulsione, alcune apprezzabile novità, che giustifichi una qualificazione diversa da quella precedente”.

<sup>139</sup> Sulla base di questa e di altre considerazioni essa ha concluso che debba escludersi una palese irragionevolezza nella scelta discrezionale del legislatore di attribuire la tutela nei riguardi dei provvedimenti di espulsione alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto “resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario [...] il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione” nonché la scelta di “ripartire, a seconda della tipologia e del contenuto dell'atto, la giurisdizione tra il giudice amministrativo ed il giudice ordinario, conferendo anche un eventuale potere di annullamento con gli effetti previsti dalla legge” (ord. 414/2001). In questo senso v. anche C. Cost. 146/2002, C. Cost. 240/2006.

possibilità di restare nel territorio) ottiene protezione attraverso il confronto con un potere attribuito alla amministrazione.

Il riferimento alla libertà personale, inoltre, non spiega la distinzione tra espulsione prefettizia ed espulsione ministeriale (poiché entrambi incidono allo stesso modo sulla libertà personale dello straniero, sicché non si giustificerebbe la loro assegnazione alla giurisdizione di giudici diversi).

Sotto questo profilo, l'elemento di distinzione più frequentemente richiamato tra le due fattispecie è quello secondo il quale, mentre l'espulsione ministeriale avrebbe carattere discrezionale (integrando l'esercizio di un vero e proprio potere, tale da negare la sussistenza di un diritto soggettivo), quella prefettizia avrebbe carattere vincolato (tale quindi da risultare compatibile con posizioni di diritto soggettivo in capo allo straniero)<sup>140</sup>.

La tesi presume però che sia possibile fondare il riparto di giurisdizione sulla base della natura vincolata o discrezionale del potere, mentre la dottrina amministrativistica sul punto osserva, come noto, che “il carattere vincolato dell'attività amministrativa non è di per sé indice univoco della presenza di contrapposti diritti soggettivi”<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Cass. civ. Sez. I, 05-01-2005, n. 210.

<sup>141</sup> M. LIPARI, *Il giudice ordinario e le nuove forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Aspetti problematici della devoluzione al giudice ordinario delle controversie in materia di atti autoritativi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Sul punto anche G. TROPEA, op. cit.. Più precisamente è stato osservato che “assimilare la situazione soggettiva correlata al potere vincolato al diritto soggettivo comporterebbe – al di là della questione della sua fondatezza teorica – notevoli inconvenienti pratici”, tra i quali il fatto che la distinzione stessa tra potere discrezionale e potere vincolato è assai difficoltosa, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013, p. 81. Ivi si osserva altresì che “se è vero che quando il provvedimento è discrezionale il soggetto interessato non può vantare, sotto questo profilo, che un ‘interesse strumentale’, garantito nella legittimità del provvedimento, non è meno vero che molte sono le situazioni in cui i poteri amministrativi sono in realtà vincolati (o lo diventano nel corso del procedimento, sulla base degli esiti delle diverse attività istruttorie), di modo tale che il rispetto della legge assicura agli interessati all'emanazione di un provvedimento che esso *debba* essere emanato, o agli interessati alla *non emanazione* di un determinato provvedimento che esso *non debba* essere emanato” e di questa circostanza “è almeno in teoria possibile un pieno accertamento giurisdizionale”. In tali casi “la posizione dell'interessato rispetto all'amministrazione potrebbe essere definita non come quella di un mero interesse strumentale, ma come quella di un interesse sostanziale la cui soddisfazione è assicurata o non assicurata dal rispetto delle norme giuridiche, e quindi come situazione simile al diritto soggettivo, che finisce per distinguersene soltanto per il fatto che le norme istitutive del potere mirano almeno prevalentemente alla tutela dell'interesse pubblico”. In questa prospettiva, pertanto, sarebbe necessario precisare se le norme istitutive del potere – indipendentemente dalla natura discrezionale o vincolata dell'atto – mirino prevalentemente alla tutela dell'interesse pubblico o alla tutela della pretesa del privato.

Essa finisce inoltre per negare i profili di discrezionalità che invece appaiono presenti nel provvedimento di espulsione prefettizia<sup>142</sup>, con esiti forse controproducenti.

Infatti, la qualificazione del provvedimento amministrativo come vincolato, anziché discrezionale, da un certo punto di vista pone di fatto le premesse per alcune possibili riduzioni delle tutele dello straniero, sia sul piano procedurale (per via della dequalificazione dei vizi formali del provvedimento vincolato operata dall'art. 21 *octies* l. 241/1990) sia sul piano delle tutele giurisdizionali, perché il controllo del giudice viene qualificato come una verifica formale della sussistenza dei requisiti di legge come se questi ultimi non sottendessero valutazioni tecniche e discrezionali (che invece appaiono presenti ma, se negate, appaiono di fatto sottratte ad una reale possibilità di controllo)<sup>143</sup>.

Sembra preferibile pertanto rinunciare a ricostruzioni che – al fine di poter classificare la posizione dello straniero sempre come diritto soggettivo – possano comportare delle forzature nella qualificazione della natura del potere.

E' invece possibile riconoscere che in capo allo straniero sussistono, rispetto ai provvedimenti di espulsione, fasci di posizioni soggettive di carattere misto, sia di diritto soggettivo sia di interesse legittimo, la cui cognizione è stata trasferita dal legislatore al giudice ordinario nell'esercizio della discrezionalità conferitagli dall'art. 113 c. 3 Cost. di determinare “quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione”. Discrezionalità che in questo caso si fonda sulla duplice volontà, da un lato, di valorizzare le posizioni di diritto soggettivo comunque presenti in questa materia e, dall'altro lato, di ricorrere al

---

<sup>142</sup> La discrezionalità sembra riguardare soprattutto le ipotesi di cui alla lett.c) dell'art. 13 t.u.imm., fondate su una valutazione della pericolosità sociale della persona, ma in un certo senso risulta presente anche nelle ipotesi di cui alla lett. b), sebbene trasposta nel momento della decisione sul provvedimento negativo sul soggiorno, ove quest'ultimo risulti motivato dalla pericolosità sociale della persona.

<sup>143</sup> Per quanto riguarda la riduzione delle garanzie procedurali v., con riferimento alle fattispecie di espulsione di cui all'art. 13 c. 2 lett. b, M. SAVINO, op. cit., p. 269. Per quanto riguarda le tutele giurisdizionali, invece, la natura vincolata del provvedimento riduce il controllo del giudice ad una verifica automatica della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. “Nel giudizio ai sensi dell'art. 13 [...] avente ad oggetto la pretesa espulsiva pubblica, a fronte della quale può recedere il diritto soggettivo dello straniero extracomunitario a permanere nello Stato, oggetto di indagine è la sola ricorrenza della specifica ipotesi contestata all'espellendo ed assunta a dichiarato presupposto dell'espulsione, essendo le ipotesi di violazione descritte dalla vigente normativa, quali cause giustificatrici della espulsione prefettizia, rigorosamente contenute nelle distinte lettere a), b) e c) dell'art. 13, secondo comma, d. lgs. Cit., sì da indurre a ritenere che l'atto espulsivo sia a carattere vincolato” (Cass. 28 giugno 2002, n. 9499; v. anche Cass. civ. Sez. I, 14 maggio 2009, n. 11264).

plesso giurisdizionale che offre la migliore diffusione sul territorio e la maggiore rapidità di procedure<sup>144</sup>.

In una prospettiva *de iure condendo*, di eventuale unificazione del contenzioso in materia, si pone quindi l'alternativa della scelta tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario.

A questo proposito si può osservare come non vi sarebbero ostacoli teorici a trasferire al giudice amministrativo, a titolo di giurisdizione esclusiva, la cognizione di alcuni dei provvedimenti attualmente assegnati al giudice ordinario. Ciò a partire, ad esempio, dai provvedimenti di espulsione prefettizia, al fine di permettere una trattazione unitaria della vicenda dello straniero espulso a seguito di provvedimento negativo sul soggiorno<sup>145</sup>; eventualmente riservando al giudice di pace la sola competenza per la convalida dei provvedimenti di trattenimento ed accompagnamento alla frontiera, più che altro a fini di deflazione processuale.

Dal punto di vista teorico sarebbe invece più problematica l'ipotesi speculare, di trasferimento al giudice ordinario della cognizione su tutti i provvedimenti relativi al soggiorno, a meno di non ammettere espressamente l'ammissibilità di una vera e propria giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, che come noto risulta controversa<sup>146</sup>.

Tanto precisato, ciò che appare più rilevante ai fini della presente indagine – indipendentemente dalle questioni costituzionali che le citate prospettive pongono, dal punto di vista dei criteri di riparto di giurisdizione – è valutare le caratteristiche delle due alternative sul piano dell'effettività della tutela.

Infatti, ciò che più conta – a prescindere dal problema teorico relativo alla qualificazione giuridica delle singole posizioni soggettive dello straniero come diritto soggettivo o interesse legittimo (nozioni che, peraltro, proprio nella prospettiva CEDU assumono un valore relativo) – è verificare se la scelta relativa alla

---

<sup>144</sup> Con l'abrogazione dell'art. 5, c. 3 del D.L. n. 416 del 1989, conv. in legge n. 39 del 1990, si superava la generale attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sui provvedimenti prefettizi di espulsione sulla base del rilievo secondo cui la scelta a favore del giudice ordinario si giustifica perché "il giudice ordinario, per struttura ed organizzazione diffuse sul territorio, appare in grado di operare entro i brevi termini previsti dalla legge" (relazione al d.d.l. n. 3240).

<sup>145</sup> Lo straniero potrebbe quindi impugnare il provvedimento di espulsione attraverso l'istituto dei motivi aggiunti, all'interno del processo già instaurato avverso il provvedimento negativo sul soggiorno.

<sup>146</sup> Per un tentativo di classificare la posizione dello straniero rispetto al permesso di soggiorno v. N. ZORZELLA, op. cit.

giurisdizione determini delle differenze nel modello di tutela offerto alle singole fattispecie, rilevanti sotto il profilo dell'effettività di cui all'art. 13 CEDU.

In altri termini, ciò che può risultare interessante in questa sede è verificare se sia possibile trarre, dal dettato della CEDU, indicazioni rilevanti anche in relazione al problema della scelta del giudice competente.

Da questo punto di vista, si è già osservato come il riferimento alla CEDU abbia in certi casi favorito l'ampliamento della giurisdizione del giudice ordinario. Ad esempio, in relazione ai permessi di soggiorno per ragioni umanitarie e ai provvedimenti di respingimento, si è visto come la natura assoluta dell'art. 3 CEDU contribuisca alla qualificazione della posizione soggettiva dello straniero in termini di diritto "fondamentale" e "indegradabile", soggetto in quanto tale alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>147</sup>.

Non tutti i diritti CEDU, tuttavia, si prestano a questo tipo di operazione. L'art. 8, in particolare, non costituisce, per espressa precisazione della Corte EDU, una fonte di veri e propri diritti di ingresso e soggiorno in capo allo straniero, ma opera piuttosto come limite sostanziale e procedurale all'esercizio del potere amministrativo<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> In materia di permessi per motivi umanitari la Cassazione richiama afferma che la situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'art. 2 cost., sulla base della quale "anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate (che, sulla base della giurisprudenza della corte di Strasburgo, dovrebbe escludersi nell'ipotesi in cui venga in considerazione il divieto di cui all'art. 27, 3° comma cost., sostanzialmente corrispondente all'art. 3 CEDU)", si esclude comunque che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione (Cassazione civile SS.UU., sentenza 09.09.2009 n° 19393. Ancora "i diritti umani fondamentali (...) godono della protezione apprestata dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, e non può essere degradato ad interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali affidate al potere amministrativo, al quale può essere affidato solo l'accertamento dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, nell'esercizio di una mera discrezionalità tecnica, essendo il bilanciamento degli interessi e delle situazioni costituzionalmente tutelate riservato esclusivamente al legislatore" (cfr. anche Cass. sez.un. ord. 16.09.2010, n. 19577). In materia di respingimenti v. *supra*.

<sup>148</sup> Esso si presta quindi ad un'attuazione più elastica. Nell'ordinamento italiano si distingue perciò tra un nucleo ristretto di ipotesi qualificate come vero e proprio diritto soggettivo (il ricongiungimento familiare ed i divieti di espulsione previsti dall'art. 19 t.u.imm., che hanno dato origine ad un trasferimento di competenze dal giudice amministrativo al giudice ordinario), ed un'area più ampia di interessi legittimi (devoluti talvolta al giudice amministrativo, che li tutela sindacando il bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione)

Dal punto di vista dell'ordinamento italiano, pertanto, non tutti i diritti riconosciuti dalla CEDU possono giustificare (o richiedono) un trasferimento di competenze dal giudice amministrativo al giudice ordinario.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se dalla CEDU sia invece ricavabile una sorta di preferenza per il giudice ordinario rispetto a quello amministrativo, come giurisdizione più idonea alla trattazione di controversie in materia di diritti convenzionali.

A tale quesito va ricordato come la stessa Corte Costituzionale abbia precisato che “nessun principio costituzionale qualifica il giudice ordinario come giudice naturale dei diritti fondamentali e che, pertanto, non v'è preclusione, almeno nelle materie esclusive, a che il giudice amministrativo possa conoscere anche dei diritti fondamentali nella persona”<sup>149</sup>.

Lo stesso tipo di considerazioni sembrano valide anche con riferimento ai diritti CEDU, nella cui prospettiva i modelli di tutela offerti dalle due giurisdizioni – quella ordinaria e quella amministrativa – possono essere ritenute in via di principio equivalenti.

Con specifico riferimento alla materia delle espulsioni, in particolare, è stato osservato che, sebbene il giudizio del giudice ordinario verta anche sull'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo, nel caso in cui il legislatore gli abbia assegnato poteri di annullamento del provvedimento amministrativo “è difficile ritenere che il suo giudizio abbia un'estensione davvero più ampia di quella riconosciuta al giudice amministrativo”<sup>150</sup>.

Va inoltre precisato che anche davanti al giudice ordinario si prevede una verifica della liceità del provvedimento amministrativo che sembra svolgersi secondo strumenti del tutto analoghi a quelli utilizzati nel giudizio amministrativo. E' certo infatti che il giudice possa rilevare “non solo l'illiceità dell'atto (ovvero la sua

---

<sup>149</sup> Sentenza 140/2007. Per la Corte Costituzionale l'orientamento che riserva al giudice ordinario la cognizione su alcuni diritti (c.d. costituzionalmente protetti) è ammissibile soltanto a fronte di meri comportamenti materiali dell'amministrazione e non a fronte di veri e propri provvedimenti. Anche la Cassazione ha recepito tale interpretazione in Cass. Sez. unite, 28 dicembre 2007, n. 27187. E' proprio questo il motivo, peraltro, per cui in teoria anche una materia come quella dell'immigrazione potrebbe essere trasferita, come si è detto, al giudice amministrativo a titolo di giurisdizione esclusiva. In questo senso anche G. TROPEA, op. cit.

<sup>150</sup> M. LIPARI, op. cit.

nullità, connessa alla radicale carenza di potere), ma anche la ‘semplice’ illegittimità del provvedimento”<sup>151</sup>.

L’analisi dei casi giurisprudenziali, del resto, rivela come i motivi di opposizione al provvedimento tendano a strutturarsi attorno ai vizi tipici della illegittimità dell’atto amministrativo (come i difetti della motivazione, il mancato rispetto di requisiti procedurali, l’omessa comunicazione di avvio del procedimento, i difetti della notificazione dell’atto, e così via)<sup>152</sup>.

Anche il giudizio davanti al giudice ordinario in materia di immigrazione si struttura quindi come una tutela di tipo impugnatorio che di regola – salvo il riconoscimento di poteri speciali da parte del legislatore (come in materia di visti d’ingresso per motivi familiari, dove il giudice ordinario esercita giurisdizione di merito) – mira principalmente all’annullamento dell’atto amministrativo.

Così è, del resto, in tutti gli ordinamenti Europei che si sono analizzati, ove la protezione dello straniero è sempre assicurata attraverso una tutela di tipo impugnatorio, fatta salva la previsione di poteri di cognizione speciali in alcuni casi (ad esempio riconoscendo una giurisdizione di merito in materia di asilo)<sup>153</sup>, nonché la previsione di criteri di sindacato più o meno penetranti a seconda delle fattispecie (ad esempio applicandosi il principio di proporzionalità alle fattispecie che interessano l’art. 8 CEDU).

Nemmeno sotto il profilo degli *standard* di sindacato, peraltro, sarebbe possibile tracciare una preferenza per il giudice ordinario. Infatti, mentre per l’allontanamento del cittadino dell’Unione il giudice deve verificare il rispetto del principio di proporzionalità, quest’ultimo non risulta riconosciuto per l’espulsione del cittadino extracomunitario, rispetto alla quale, pertanto, il sindacato esercitato dal giudice di pace risulta molto più debole<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> M. LIPARI, op. cit.

<sup>152</sup> M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione*, in *Quaderni del Giudice di pace*, 12, 2008, p. 123 e ss.

<sup>153</sup> La Corte EDU stessa, del resto, ha ritenuto che una tutela di tipo impugnatorio quale quella offerta dal *judicial review* inglese sia in linea con i requisiti di effettività di cui all’art. 13.

<sup>154</sup> Con riferimento ai poteri di espulsione, peraltro, è stato osservato che tecnicamente, sebbene a livello legislativo “non vi sono esplicite indicazioni in ordine al contenuto, alla natura ed alla profondità dei poteri di cognizione e di decisione del giudice ordinario”, “pur nel silenzio della legge sembra preferibile ritenere che l’accertamento di un vizio [...] debba condurre alla pronuncia di annullamento dell’atto oggetto di gravame” M. LIPARI, *Il giudice ordinario e le nuove forme di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Aspetti problematici della devoluzione al giudice*

Le differenze osservabili nella prassi tra giudice amministrativo e giudice ordinario, pertanto, riguardano forse una diversa sensibilità che i due organi possono talvolta dimostrare rispetto alle particolarità della disciplina dell'immigrazione, ovvero la maggior o minore disponibilità a riconoscere un certo *favor* nei confronti dello straniero<sup>155</sup>.

Si tratta però di caratteristiche difficilmente valutabili *a priori*, che in certi casi dipendono anche dalle inclinazioni specifiche dei singoli tribunali.

Espressioni di preferenza che si fondino su considerazioni di questo tipo, pertanto, per quanto rilevanti sul piano dell'opportunità politica, non potrebbero fondare, invece, un giudizio di preferenza per un giudice o per l'altro che risulti giuridicamente rilevante, perlomeno ai sensi dell'art. 13 CEDU.

Per quanto riguarda i poteri esercitabili rispetto al provvedimento impugnato, inoltre, va osservato che il processo amministrativo sembra per certi aspetti meglio attrezzato rispetto a quello ordinario.

Ciò è divenuto tanto più vero con il graduale ampliamento degli strumenti a disposizione del giudice amministrativo<sup>156</sup>, culminato con l'introduzione del nuovo c.p.a.<sup>157</sup>. Da questo punto di vista si può fare riferimento alla disciplina dei strumenti istruttori e al sistema delle tutele cautelari (oggi previste anche *ante causam*), nonché

---

*ordinario delle controversie in materia di atti autoritativi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In questo senso anche TRAVI, *Lezioni di diritto amministrativo*, p. 98 e ss. e p. 131 e ss.

<sup>155</sup> In dottrina si sottolinea ad esempio come il giudice ordinario, applicando alle ipotesi di mancata richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno la nozione di forza maggiore – significativamente mutuata dal diritto penale – abbia sviluppato una particolare attenzione per le caratteristiche della situazione di fatto in cui versa lo straniero, anche valorizzando eventuali posizioni di affidamento determinate dall'amministrazione. V. P. BONETTI, *Ingresso, soggiorno ed espulsione*, p. 556, con riferimento a M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, p. 844. Anche la Cassazione civile riconosce che “in tema di disciplina dell'immigrazione, la forza maggiore, la cui sussistenza, ai sensi dell'art. 13, comma 2, lett. b del t.u.imm. esclude l'automatica adozione del decreto di espulsione [...] costituisce una causa di non punibilità dell'autore della condotta, mutuata dal sistema penale, qualificabile quale *vis cui resisti non potest*”, Cass. Civ. sez. I, 16 marzo, n. 5825, cit. in M. STANZIOLA, A. PAGLIANO, op. cit., p. 124.

<sup>156</sup> L'esistenza di materie nelle quali il giudice amministrativo può decidere anche di controversie relative a diritti soggettivi ha costituito, come noto, un impulso per l'evoluzione del processo amministrativo, in ragione del fatto che “la possibilità della giurisdizione esclusiva non può attenuare in alcun modo la portata di alcune disposizioni fondanti per l'ordinamento democratico, come è l'art. 24 Cost. sulla tutela dei diritti”, v. A. TRAVI, *Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 50.

<sup>157</sup> Per certi aspetti il giudizio amministrativo italiano risulta più evoluto rispetto a quello di altri Paesi, come ad esempio il Belgio (in cui non sono riconosciuti gli stessi poteri istruttori, né poteri di condanna al risarcimento dei danni).

al tipo di azioni proponibili (non soltanto di annullamento, ma anche di condanna e di adempimento), incluse tutele particolari come la *class action* in materia di efficienza della pubblica amministrazione (non priva di interesse per il settore dell'immigrazione, nel quale è stata infatti recentemente applicata, in un caso relativo al rilascio dei permessi di soggiorno<sup>158</sup>).

Nel caso del giudice ordinario, invece, i poteri esercitabili rispetto al provvedimento amministrativo sono di regola limitati alla mera disapplicazione, salvi i casi in cui il legislatore preveda specifici poteri costitutivi, che tuttavia in materia di immigrazione non risultano sempre specificati.

Come si è visto, infatti, soltanto in alcuni casi il legislatore disciplina espressamente i poteri di annullamento e di sospensione del provvedimento impugnato (o in casi particolari il potere di emettere sentenze di condanna o pronunce sostitutive del provvedimento stesso). Mentre in altri casi – come per l'espulsione prefettizia dello straniero extracomunitario – la disciplina legislativa risulta lacunosa e presso la giurisprudenza dei giudici di pace si possono verificare delle incertezze circa la reale estensione dei propri poteri.

L'eventuale unificazione del contenzioso in materia di immigrazione presso la giurisdizione del giudice ordinario<sup>159</sup>, pertanto, non potrebbe prescindere dalla necessità di disciplinare espressamente i poteri (cautelari, di annullamento e di condanna) da assegnare al giudice ordinario. Ciò per far sì che il trasferimento in tale sede non venga a costituire, paradossalmente, una riduzione dell'effettività delle tutele avverso il provvedimento amministrativo.

Sotto un altro profilo, inoltre, non sarebbe nemmeno opportuno che l'ipotetico trasferimento della giurisdizione in materia di immigrazione al giudice ordinario si ritenesse condizionato alla possibilità di qualificare come vincolati i provvedimenti adottati dall'amministrazione in questo campo.

---

<sup>158</sup> È stato infatti accolto il ricorso presentato da un gruppo di stranieri, che denunciava una violazione generalizzata dei termini di conclusione del procedimento di rilascio del permesso di soggiorno CE di lungo periodo e l'amministrazione dell'interno è stata condannata a porre rimedio a tale situazione mediante l'adozione degli opportuni provvedimenti entro il termine di un anno (TAR Lazio, 6 settembre 2013, n. 8154).

<sup>159</sup> Auspicata da diversi contributi dottrinali (v. ad esempio N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti?*, cit.; e N. VETTORI, op. cit.) nonché in ASGI, *Programma di riforme in materia di immigrazione*, cit., dove si suggerisce il trasferimento della materia "al più ad un'apposita sezione specializzata del tribunale ordinario che potrebbe conoscere di tutti i provvedimenti concernenti gli stranieri".

Oltre alle osservazioni teoriche già compiute sul punto, la prospettiva offerta dalla CEDU conferma semmai come possa risultare controproducente il tentativo di ricostruire come necessariamente vincolato il potere dell'amministrazione in relazione a determinati provvedimenti<sup>160</sup>. Come si è visto, infatti, l'applicazione di norme come l'art. 8 CEDU dimostra invece come la tutela di certi diritti possa risultare più effettiva se in capo all'amministrazione è riconosciuta la possibilità di modulare l'esercizio del potere secondo le caratteristiche delle singole fattispecie (mentre può risultare limitata dalla previsione di automatismi legislativi di stretta interpretazione)<sup>161</sup>.

L'effettività della tutela richiede invece di riconoscere i profili di discrezionalità dell'agire amministrativo ove essi sono presenti, conferendo al giudice – anche ordinario, se necessario – gli strumenti per sindacarli (all'occorrenza facendo ricorso anche ai principi della CEDU, quale il criterio di proporzionalità di cui all'art. 8).

Esaurita la riflessione sulla tutela dello straniero in sede giurisdizionale, è possibile compiere alcune osservazioni di chiusura circa la possibilità di rafforzare anche le funzioni di tutela (e controllo) non giurisdizionali.

---

<sup>160</sup> Sembra procedere in questo senso, se non si è inteso male, il contributo di N. ZORZELLA, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti?*, cit., dove, al fine di ricostruire in termini di diritto soggettivo la posizione dello straniero rispetto al provvedimento sul soggiorno (auspicandone un trasferimento alla giurisdizione del giudice ordinario) si afferma che “il rilascio per rinnovo del titolo di soggiorno non esprime affatto un'attività amministrativa autoritativa, bensì una certificazione della sussistenza dei requisiti legali”, p. 37. Questa dequalificazione dell'attività amministrativa svolta in sede di rilascio del permesso di soggiorno non appare sempre condivisibile, anche alla luce delle recenti evoluzioni della giurisprudenza amministrativa sul punto (la quale tutela l'interesse alla vita privata e familiare dello straniero, in linea con l'art. 8 CEDU, secondo una strategia opposta, volta a valorizzare, come si è visto, i margini di valutazione di cui l'amministrazione gode rispetto agli stessi requisiti di legge, ampliando le ipotesi in cui essa può effettuare un bilanciamento di interessi caso per caso, prendendo in considerazione la condizione familiare dello straniero).

<sup>161</sup> La qualificazione del provvedimento come avente natura vincolata può anche comportare una riduzione delle garanzie procedurali, anche in applicazione dell'art. 21 *octies* della l. 241/1990, come sottolineato in M. SAVINO, op. cit., p. 269. Sul piano delle tutele giurisdizionali, invece, la natura vincolata del provvedimento trasforma il controllo del giudice in una verifica automatica della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. “Nel giudizio ai sensi dell'art. 13 [...] avente ad oggetto la pretesa espulsiva pubblica, a fronte della quale può recedere il diritto soggettivo dello straniero extracomunitario a permanere nello Stato, oggetto di indagine è la sola ricorrenza della specifica ipotesi contestata all'espellendo ed assunta a dichiarato presupposto dell'espulsione, essendo le ipotesi di violazione descritte dalla vigente normativa, quali cause giustificatrici della espulsione prefettizia, rigorosamente contenute nelle distinte lettere a), b) e c) dell'art. 13, secondo comma, d. lgs. Cit., si da indurre a ritenere che l'atto espulsivo sia a carattere vincolato” (Cass. 28 giugno 2002, n. 9499; v. anche Cass. civ. Sez. I, 14 maggio 2009, n. 11264).

L'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, infatti, ha espressamente raccomandato agli Stati di assicurare, anche nella materia dell'immigrazione, “the availability of non-judicial human rights protection, including by national or local ombudsmen, or other such authorities, alongside judicial protection”<sup>162</sup>.

Sotto questo profilo assumono una rilevanza diretta nell'attuazione dei principi CEDU rispetto alla pubblica amministrazione anche organi non giurisdizionali, come ad esempio i difensori civici<sup>163</sup>, ma emerge altresì la possibilità di prevedere nuovi istituti specializzati per il settore dell'immigrazione.

Si pensi ad esempio ai controlli realizzati sulla polizia di frontiera inglese da un organo come lo UKBA Chief Inspector<sup>164</sup>.

Si tratta cioè di istituti che possano introdurre maggiore trasparenza nelle prassi amministrative vigenti in questo settore e, dall'altro lato, rilevare violazioni dei diritti umani talvolta difficilmente tutelabili in sede giurisdizionale, o aventi natura seriale (ipotesi, cioè, che in una materia come l'immigrazione non risultano infrequenti).

Esigenze analoghe stanno del resto emergendo anche a livello Europeo con riferimento alle funzioni dell'agenzia Frontex. Su impulso delle istituzioni Europee essa ha infatti introdotto una serie di controlli amministrativi interni volti ad assicurare il rispetto dei diritti umani nelle azioni dell'agenzia. Il Mediatore Europeo ha però raccomandato l'introduzione di un vero e proprio “complaints mechanism” che preveda la possibilità di ricevere reclami individuali presentati da soggetti che lamentano di aver subito la violazione di un diritto umano ad opera di Frontex<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> Resolution 1509 (2006), *Human rights of irregular migrants*.

<sup>163</sup> Le cui competenze in materia di immigrazione sono del resto evidenziate da tempo, v. M.O. DRIGANI, *Le possibilità del Difensore civico di intervenire a tutela dei diritti degli immigrati*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, anno IV, numero 2, 1.

<sup>164</sup> Sul quale v. *supra*, Cap. III.

<sup>165</sup> Nel 2011, come conseguenza dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e con esso della Carta di Nizza, il Parlamento Europeo ed il Consiglio dell'Unione Europea hanno adottato un regolamento sul rispetto degli *standard* di tutela dei diritti umani da parte di Frontex (Regulation (EU) No 1168/2011). Nel 2012, l'Ombudsman ha avviato un'indagine ed una consultazione pubblica in materia, al termine della quale ha giudicato che l'agenzia stesse adempiendo alla maggior parte di tali doveri, ma ha altresì raccomandato l'istituzione di un “complaints mechanism”, osservando come i meccanismi di controllo amministrativo interno già previsti dall'agenzia non risultassero completi in quanto non prevedevano la possibilità di ricevere ricorsi da terzi. Rispetto alle obiezioni avanzate da Frontex (la quale osservava che nel contesto delle proprie operazioni la responsabilità per le principali funzioni operative spettano ai funzionari dei singoli Stati) l'Ombudsman ha replicato che, sebbene i funzionari di Frontex svolgano soltanto funzioni di coordinamento, essi non possono comunque essere sottratti

Da questo punto di vista costituisce un avanzamento positivo per l'ordinamento italiano la recente introduzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, che svolge funzioni consultive e di controllo in relazione alle condizioni di tutela dei diritti presso le strutture detentive del Paese, incluse le strutture in cui vengono trattenuti gli immigrati in fase di ingresso o espulsione dal territorio (secondo un modello analogo al Chief Inspector of Prisons britannico)<sup>166</sup>.

Ove tale modello dovesse rivelarsi soddisfacente, si potrebbe valutare la possibilità di estenderlo anche alle attività della polizia di frontiera diverse dal trattenimento, anche in coordinamento con gli sforzi svolti a livello Europeo su questo fronte.

---

alle loro responsabilità in materia di tutela dei diritti umani. L'Ombudsman ha quindi raccomandato l'istituzione di un "mechanism for dealing with complaints about infringements of fundamental rights in all Frontex-labelled joint operations", abilitato a ricevere "complaints from persons who claim to be individually affected, or who complain in the public interest". L'Ombudsman ha poi precisato che tali funzioni potrebbero essere assegnate, previa predisposizione di adeguate risorse, al Fundamental Rights Officer (funzionario indipendente che svolge già, all'interno di Frontex, funzioni consultive e di monitoraggio strumentali all'attuazione degli obblighi di tutela dei diritti umani da parte dell'agenzia). V. EUROPEAN OMBUDSMAN, *Special Report of the European Ombudsman in own-initiative inquiry OI/5/2012/BEH-MHZ concerning Frontex*, in [www.ombudsman.europa.eu](http://www.ombudsman.europa.eu).

<sup>166</sup> Il Garante è stato introdotto ad opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (che risulta convertito il 19 febbraio 2014), con la funzione di verificare "il rispetto degli adempimenti connessi ai diritti previsti" in relazione al trattenimento in fase di ingresso nel territorio (artt. 20, 21, 22, e 23 regolamento 31 agosto 1999, n. 394) e presso i centri di identificazione e di espulsione (art. 14 t.u.imm.). Il Garante accede "senza restrizione alcuna in qualunque locale", riceve reclami, formula raccomandazioni alle amministrazioni interessate e trasmette annualmente una relazione sull'attività svolta ai Presidenti di Camera e Senato, nonché al Ministro dell'interno e al Ministro della giustizia.

## CONCLUSIONI

L'analisi effettuata permette di giungere a due ordini di conclusioni, le prime di tipo descrittivo ed analitico in relazione all'impatto della CEDU sul diritto amministrativo, le seconde di tipo propositivo in relazione ad alcune possibili applicazioni dei principi CEDU alla disciplina processuale dell'immigrazione.

### *Gli effetti della CEDU sul diritto amministrativo in generale*

L'analisi effettuata permette di ritenere che la CEDU stia esercitando, e possa esercitare in futuro, un impatto gradualmente più significativo sul diritto amministrativo anche italiano, con esiti talvolta simili a quelli che si manifestano in altri ordinamenti Europei.

In particolare, pur essendo formulati come principi generali dal contenuto relativamente ampio, i diritti CEDU possono in certi casi dare origine, grazie all'opera di interpretazione e specificazione svolta dalla Corte di Strasburgo, a parametri anche piuttosto precisi e penetranti.

Gli effetti della CEDU a livello nazionale sono poi particolarmente pervasivi ed interessano anche funzioni essenziali dello Stato, collegate al concetto stesso di sovranità, quali quelle relative al controllo del territorio.

Tali obblighi, peraltro, seguono le funzioni amministrative dello Stato anche indipendentemente dal luogo in cui vengono esercitate (sicché non sono suscettibili di essere elusi mediante il semplice trasferimento di certe funzioni in sede extraterritoriale).

E' sempre più evidente, inoltre, come anche le funzioni amministrative dell'Unione Europea – oltre a quelle degli Stati – siano destinate ad essere influenzate dagli *standard* sui diritti umani fissati da Strasburgo, e come il diritto dell'Unione Europea svolga esso stesso un ruolo importante nella diffusione di tali *standard* nel diritto dei Paesi membri.

I parametri della CEDU, inoltre, operano a più livelli, potendo essere utilizzati, sia come parametri costituzionali nell'esercizio del sindacato sul potere legislativo, sia come parametri di legittimità nell'esercizio del sindacato sul potere amministrativo.

Nell'ordinamento italiano, peraltro, l'impatto di questa fonte si manifesta comunque in modo meno diretto che in altri, sia per il ritardo nella definizione del

relativo *status* nel sistema delle fonti interne, sia per le specifiche modalità di adeguamento prescelte dalla Corte Costituzionale.

Il controllo di convenzionalità della legge, infatti, avviene previa verifica di compatibilità del parametro CEDU con quelli costituzionali, mentre il sindacato sui provvedimenti amministrativi si realizza sempre per il tramite della legge nazionale, la quale non può essere disapplicata, ma solo interpretata in senso conforme a Convenzione. I parametri CEDU sono quindi utilizzati dai giudici comuni, di regola, soltanto nei limiti in cui lo permette la tecnica dell'interpretazione conforme; in tutti gli altri casi, invece, la loro applicazione è tendenzialmente riservata alla Corte Costituzionale.

Nel merito i parametri della CEDU, per il tramite della legge (modificata dal legislatore o dalla Consulta, o interpretata in senso conforme dai giudici), incidono a vari livelli sull'agire amministrativo.

Inserendosi nel rapporto tra legge e provvedimento, i parametri della CEDU si prestano a due utilizzi opposti: da un lato, essi possono di fatto limitare i margini di ricorso, da parte del legislatore, alla tecnica della stretta legalità (ampliando per converso i margini di contestabilità delle decisioni amministrative, di cui viene messo in discussione il carattere vincolato) e, dall'altro lato, essi possono fornire criteri di sindacato per il potere amministrativo anche nelle ipotesi di provvedimento ampiamente discrezionale (integrando e specificando i parametri di legittimità previsti dalla normativa interna).

Sul piano del bilanciamento di interessi operato dall'amministrazione, invece, le norme CEDU hanno l'effetto di rafforzare la tutela di determinati interessi (ad esempio il rispetto della vita privata e familiare dello straniero, o l'obbligo di proteggerlo dal rischio di torture) rispetto ad altri (quali l'interesse pubblico alla programmazione degli ingressi secondo logiche economiche e di sviluppo interno).

Da un altro punto di vista, inoltre, essi possono influenzare anche la natura discrezionale o vincolata del provvedimento. Così, mentre diritti assoluti come l'art. 3 (che non ammettono bilanciamenti con altri interessi) tendono ad introdurre nella decisione amministrativa elementi di vincolatività, o al massimo di discrezionalità tecnica, diritti come l'art. 8 (che espressamente prevedono la possibilità di un bilanciamento con altri interessi) tendono ad introdurre elementi di discrezionalità amministrativa.

In generale, inoltre, in tutti i casi in cui i parametri CEDU siano attuati mediante l'uso di clausole generali (ad esempio il "rischi odi subire torture" o il

## CONCLUSIONI

dovere di “prendere in considerazione la situazione familiare” della persona) queste ultime si prestano ad essere interpretate alla luce della giurisprudenza della Corte EDU (aprendo di fatto la possibilità di una sorta di applicazione diretta dei parametri CEDU, da parte dell’amministrazione stessa).

Una serie di effetti più specifici si realizzano poi a livello processuale, dove è possibile verificare come anche l’art. 13 CEDU, alla pari dell’art. 6, possa costituire la base per l’affermazione di *standard* particolarmente significativi ed incisivi rispetto alla autonomia processuale degli Stati, peraltro differenziati a seconda della natura della posizione soggettiva del ricorrente.

Il diritto ad un ricorso effettivo previsto dall’art. 13 CEDU favorisce anzitutto un ampliamento del novero dei provvedimenti amministrativi suscettibili di impugnazione (giurisdizionale o meno), in funzione del fatto che tali atti possano incidere su posizioni soggettive tutelate dalla CEDU (l’esempio principale che si è visto in materia di immigrazione è quello dei respingimenti).

Per converso, questo stesso diritto opera anche come limite organizzativo rispetto alle funzioni amministrative dello Stato che potenzialmente incidono sui diritti umani tutelati dalla CEDU, le quali non possono essere esercitate in forme e modi che, per la loro stessa natura, sfuggono alla possibilità di un ricorso (l’esempio principale sono i respingimenti in alto mare che, per loro stessa natura, eludono il diritto ad un ricorso, rendendo praticamente impossibile la sua eventuale presentazione da parte dei destinatari dell’atto).

Il principio dell’effettività del ricorso pone inoltre degli *standard* che definiscono i modelli di tutela previsti a livello nazionale avverso il potere amministrativo, limitando i margini di autonomia processuale degli Stati.

Il profilo più evidente riguarda i poteri dei giudici, anche di tipo cautelare, in quanto la giurisprudenza della Corte EDU esercita una pressione sugli Stati per l’introduzione di ricorsi automaticamente sospensivi, o comunque di misure cautelari rapide ed efficaci.

I diritti CEDU forniscono inoltre dei parametri per l’esercizio di un sindacato sul potere amministrativo, che in certi casi può risultare più penetrante rispetto a quello altrimenti previsto dai parametri nazionali. E’ questo il caso, ad esempio, del principio di proporzionalità previsto dall’art. 8, che si affianca ai criteri più restrittivi altrimenti applicati dalla giurisprudenza nazionale.

Infine, il diritto ad un ricorso effettivo contiene un implicito requisito di certezza del diritto, che impone agli Stati di disciplinare espressamente le tutele

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

previste avverso gli atti amministrativi che incidono sui diritti CEDU, affinché non risultino interamente rimesse alla discrezionalità degli interpreti.

Da ultimo, si è visto come la tutela dei diritti CEDU si realizzi, non soltanto, a mezzo di ricorsi individuali e giurisdizionali, ma anche attraverso strumenti di controllo non giurisdizionale, anche di tipo diffuso, idonei a rilevare e prevenire lo sviluppo di eventuali prassi amministrative contrarie agli *standard* CEDU.

### *Possibili applicazioni della CEDU al diritto dell'immigrazione*

Si è potuto verificare come gli *standard* elaborati dalla Corte di Strasburgo in materia di tutela giurisdizionale dello straniero, soprattutto alla luce dell'art. 13 sul diritto ad un ricorso effettivo (ma non solo), risultino in certi casi piuttosto precisi e penetranti.

Tuttavia, il generale ritardo dell'ordinamento italiano rispetto al tema della CEDU fa sé che l'influenza di tali *standard* risulti relativamente ridotto, o comunque meno diretto, al confronto con quanto si verifica in altri ordinamenti.

La valvola di apertura al sistema CEDU costituita dall'art. 117 Cost. (come interpretato dalla Corte Costituzionale a partire dal 2007), apre tuttavia la possibilità di ricorrere a tali parametri per integrare il principio costituzionale del diritto alla difesa, anche sviluppando un principio costituzional-convenzionale di effettività della tutela, fondato sul combinato disposto tra art. 24 Cost. e art. 13 CEDU.

Su questa base diventa possibile proporre, ai giudici ordinari, l'opportunità di esercitare un'interpretazione convenzionalmente orientata della normativa nazionale in materia processuale, in funzione di adeguamento agli *standard* fissati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

A livello costituzionale, invece, si può prospettare un intervento più significativo della Corte Costituzionale in materia, la quale, dando applicazione a tale principio costituzional-convenzionale, potrebbe giungere ad esiti interpretativi più significativi di quelli ottenuti sulla sola base dei parametri interni.

Da un lato, giovandosi dell'apparato interpretativo fornito dalla giurisprudenza di Strasburgo la Corte Costituzionale potrebbe individuare parametri più precisi rispetto a quelli nazionali, da applicare come strumenti per l'esercizio di un sindacato più penetrante sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale.

## CONCLUSIONI

Dall'altro lato, invece, il principio convenzionale di effettività potrebbe influenzare la Corte, oltre che nel merito delle soluzioni, anche nella scelta del tipo di pronunce. Infatti, il principio di certezza del diritto (che si è ritenuto essere implicito nel principio di effettività della tutela) potrebbe indurre la Corte a preferire sentenze dichiarative dell'incostituzionalità delle norme, piuttosto che pronunce meramente interpretative delle stesse (anche alla luce delle incertezze applicative che le seconde possono creare nell'attività dei giudici comuni).

Gli sviluppi suggeriti sul piano delle tutele processuali, inoltre, sembrano coerenti con alcune recenti aperture all'applicazione della CEDU sul piano delle tutele sostanziali (aperture che resterebbero prive di effettività se si scontrassero con un quadro di tutele non sempre adeguato).

Nel merito, i profili problematici che richiedono un intervento adeguato ai principi CEDU (preferibilmente su intervento del legislatore, ma in mancanza ad opera della giurisprudenza) sono quelli che riguardano: l'impugnazione dei provvedimenti di respingimento, la tutela avverso il trattenimento amministrativo in fase di ingresso nel territorio, i poteri cautelari dei giudici ordinari (in particolare rispetto ai provvedimenti ablativi), ed il rapporto tra giurisdizioni nella tutela avverso le espulsioni prefettizie.

Per ciascuna questione si è quindi riflettuto sulle possibili soluzioni, alla luce dei principi CEDU e degli esempi offerti dal diritto comparato.

Da ultimo, in un quadro di progressivo ampliamento della giurisdizione del giudice ordinario in questa materia, sembra possibile affermare che il principio di effettività della tutela richieda un rafforzamento dei poteri costitutivi di questo organo rispetto al provvedimento direttamente impugnato. So tratta di approntare una disciplina più precisa dei poteri costitutivi di tale organo rispetto al provvedimento amministrativo impugnato (in particolare per quanto riguarda le espulsioni di competenza del giudice di pace), nonché di ammettere la possibilità del sindacato sui profili discrezionali del potere amministrativo anche da parte del giudice ordinario (ove ciò risulti possibile alla luce dei principi che regolano i singoli provvedimenti).

Si è inoltre riflettuto sulla possibilità di potenziare i controlli non giurisdizionali sull'attività delle amministrazioni coinvolte nel controllo dell'immigrazione – ad esempio la polizia di frontiera, anche in coordinamento con le istituzioni Europee competenti – in funzione preventiva rispetto allo sviluppo di prassi contrarie agli *standard* CEDU che risultassero difficilmente sanzionabili in sede giurisdizionale.



## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *La detenzione amministrativa degli stranieri. Norme e diritti in Europa*, in *Antigone*, anno VII, n. 3, 2012.

AA.VV., *La detenzione amministrativa degli stranieri, Esperienze in Europa*, in *Antigone*, anno VIII, n. 1, 2013.

ABRAHAM R., *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, in *RFDA*, 1990.

ACIERNO M., *Il nuovo procedimento sommario: le prime questioni applicative*, in *Corriere giuridico*, 4/2010, p. 503.

ACIERNO M., *Cosa cambia nei procedimenti riguardanti gli stranieri dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4-2011, p. 27 e ss.

ASSOCIATION POUR LE DROIT DES ÉTRANGERS, *La detention administrative des étrangers*, Dossier thématique, Décembre 2011.

ADINOLFI A., *La libertà di circolazione delle persone*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, Parte speciale, II ed.*, Torino, 2006, p. 69 e ss.

ADINOLFI A., *I lavoratori extracomunitari. Norme interne e internazionali*, Bologna, 1992, pp. 64 e 65).

AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Manuale sul diritto europeo in materia di asilo, frontiere e immigrazione*, Giugno 2013.

AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Solidarity and Frontex: fundamental rights challenges*, Report, August 2013

AGENZIA EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI, CONSIGLIO D'EUROPA, *Symposium report - Promoting the rule of law in the EU Conference Paper*, 2013.

ALLEN M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

ALLEN M., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, Cedu per il procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012 fasc. 2, pp. 569 – 643.

ANDERSEN R. , *La barque du Conseil d'État est trop chargée*, interview par J. BOURTENBOURG et F. TULKENS, J.T., 2006, p. 49.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., SERMET L., *Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme*, in *RFDA*, 2002.

ANNONI A., *La sentenza "Nada" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: un altro tassello di un puzzle non ancora complete*, (Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande

camera 12 settembre 2012 (*Nada c. Svizzera*) in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, fasc. 1 pp. 140 – 146.

ARTINI P., *La Convenzione di Ginevra del 1951 ed il suo ruolo nella attuale realtà dei flussi migratori*, in BENVENUTI P., *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, p. 231, pp. 49-54.

ASSOCIATION POUR LE DROIT DES ÉTRANGERS (ADDE), *Le statut administratif des étrangers*, Bruxelles, 2009.

ASTONE F., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Atti del convegno di Copanello, 2-4 luglio 2008, Soveria Mannelli, 2009.

AUBIN E., *Droit des étrangers*, Paris, 2012.

BALBO P., *I cittadini non comunitari*, 2011.

BARATTA R., *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti: quali ostacoli all'adesione dei Paesi di ricezione dei flussi migratori?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 764 e ss.

BARTOLE S., DE SENZA P., ZAGREBELSKY V., (a cura di) *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

BASCHERINI G., *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007,

BELL M., *Irregular Migrants: beyond the limits of solidarity?*, in M. ROSS, Y. BORGMANN-PREBIL (ed), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 151-165.

BENVENUTI P. (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, 2008.

BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007.

BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States*, Oxford, 2001.

BLACKBURN R., *United Kingdom*, in BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe. The European Convention on Human Rights and its Member States*, Oxford, 2001.

## BIBLIOGRAFIA

- BODART S., *La création d'un Conseil du contentieux des étrangers: compétence, mesures transitoires et affaires pendantes*, in FOBLETS M., LUST S., VANHEULE D., DE BRUYCKER P. (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 12. De nieuwe Vreemdelingenwet. België in lijn met de Europese regelgeving*, Die Keure, Bruges, 2007
- BOELES P., *Fair immigration proceedings in Europe*, Den Haag, 1997.
- BOMBELLI G., MONTANARI B., *Identità europea e politiche migratorie*, Milano, 2008.
- BONETTI P., *I profili della normativa italiana sugli stranieri dal 1998*, in NASCIMBENE B., (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 15.
- NASCIMBENE B., *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 287.
- BONETTI P., MELICA L., CASTELVETRI L., CASADONTE A., *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1086 e ss.
- BONETTI P., *Trattamento giuridico dello straniero e disciplina dell'immigrazione*, in ONIDA V., RANDAZZO B. (a cura di), *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 339 e ss.
- BONETTI P., *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali* / a. XXXII, n. 2, giugno 2012, p. 447.
- BONIFAZI C., *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007.
- BORRACCETTI M., *Il rimpatrio di cittadini irregolari: armonizzazione (blanda) con attenzione (scarsa) ai diritti delle persone*, in *Dir. imm. citt.*, 2010, 34.
- BOSSUYT M., *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, 2010.
- J. BOURTENBOURG et F. TULKENS, *La barque du Conseil d'État est trop chargée*, interview de R. ANDERSEN, J.T., 2006, p. 49.
- BROUWER E., *Effective Remedies for Third Country Nationals in EU Law: Justice Accessible to All?*, in *European Journal of Migration and Law*, 7, 2005, pp. 219–236.
- BRYAN I., LANGFORD P., *Impediments to the Expulsion of Non-Nationals: Substance and Coherence in Procedural Protection under the European Convention on Human Rights*, in *Nor. J. Int. L.*, 79/2010.
- CAMBIER L., *Le rôle du Conseil d'État suite à la réforme du contentieux des étrangers*, RDE 2007.
- CAMPIGLIO C., *Disciplina delle migrazioni: limiti internazionali*, in GASPARINI CASARI V., (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano*,

*comunitario e internazionale*, V Quaderno de “Il diritto dell’economia”, Modena, 2010, p. 27.

CAMPIGLIO C., *Espulsione e diritti dell’uomo. A proposito dell’articolo 1 del Protocollo n. 7 addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1985, p. 64.

CANE P., *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, 2009.

CANNIZZARO S., *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l’art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 128 e segg.

CARACCIOLLO I., *Dalla tratta di schiavi alla tratta di migranti clandestini. Eguaglianze e diversità nella prevenzione e repressione internazionale del traffico di esseri umani*, in LEANZA U., *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della Società italiana di diritto internazionale, Roma 17-18 giugno 2004, Napoli, 2005, pp. 153-175.

CARBONE V., *Istituzione del c.d. “bonus bebè” e trattamenti discriminatori*, in *Danno e Resp.*, 2010, 12, p. 1167.

CARLIER J-Y, *Droits des réfugiés*, Bruxelles, 1989.

CARLIER J.-Y., *La “directive retour” et le respect des droits fondamentaux. L’Europe des libertés: revue d’actualité juridique*, 8e année, n° 26, mai 2008, p. 13-21.

CARLIER J.-Y., *Évolution procedural du statut de l’étranger: constats, defies, propositions*, in *Journal des tribunaux*, 12 février 2011, n. 6425, 130 année – 7, pp. 117 – 125.

CARLIER J.-Y., SAROLÉA S., *Droit des étrangers et nationalité*, Larcier, 02-03/2005, vol. 77.

CARLIER J.-Y., SAROLÉA S., *La Belgique*, in NASCIMBENE B., *Expulsion and detention of aliens in the European Union Countries = L’éloignement et la détention des étrangers dans les états membres de l’Union Européenne*, Milano, Giuffré, 2001, p. 25-63.

CARLIER J.-Y., *L’étranger face au droit, vingtième journées d’études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 2010.

CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale. Parte I e Parte II*, in *Politica del Diritto*, 2010, 41 e segg. e 285 e segg.

CARRERA S., GUILD E., *‘Joint Operation RABIT 2010’ – FRONTEX Assistance to Greece’s Border with Turkey: Revealing the Deficiencies of Europe’s Dublin Asylum System*, in *Center for European Policy Studies*, November 2010, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu).

## BIBLIOGRAFIA

- CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 5.
- CASSESE A., *L’apertura degli ordinamenti statali all’ordinamento della comunità internazionale*, Napoli, 2009.
- CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Bari, 2009.
- CASSESE A., *Art. 10*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.
- CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, T.II, Milano 2003.
- CASSESE S., *L’influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. Ita. Dir. Pubbl. comunitario*, 1993, p. 329 e ss.
- CASSIA V., SAULNIER E., *Le Conseil d’État et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *L’Actualité juridique – Droit administratif*, 1997.
- CASTELLAZZI S., *Le implicazioni legislative del fenomeno sociale migratorio*, in GASPARINI CASARI V. (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale, V Quaderno de “Il diritto dell’economia”*, Modena, 2010, p. 112.
- CASTELLAZZI S., *Permesso di soggiorno*, in GASPARINI CASARI V. (a cura di), *Il diritto dell’immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale, V Quaderno de “Il diritto dell’economia”*, Modena, 2010.
- CELLAMARE G., *La Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia*, in *Rivista internazionale e dei diritti dell’uomo*, 1992, p. 861 e ss..
- CELLAMARE G., *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione Europea*, Torino, 2006.
- CELLAMARE G., *Lezioni su la disciplina dell’immigrazione irregolare nell’Unione Europea*, 2011.
- CELLAMARE G., *Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009 fasc. 1, pp. 181 – 199.
- CENTONZE S., *Sicurezza e immigrazione, la nuova disciplina dell’immigrazione dopo il c.d. pacchetto sicurezza*, Padova, 2009.
- CENTONZE S., *L’espulsione dello straniero*, Padova 2006.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "legge Bossi-Fini"*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2002, 11, 1326.

CESTER C., (a cura di), *La disciplina dei lavoratori extracomunitari in Italia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1988.

COLACINO N., *Rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani e sindacato di costituzionalità ex art. 117, 1° comma, della Costituzione*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, fasc. 30 pag. 113 – 132.

COMMISSIONE STRAORDINARIA PER LA TUTELA E LA PROMOZIONE DEI DIRITTI UMANI, XVI LEGISLATURA, *Rapporto sullo stato dei diritti umani negli istituti penitenziari e nei centri di accoglienza e trattenimento per migranti in Italia*, p. 129 e p.130.

CHIAVARIO M., *Commento all'art. 6*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 153.

CHOLEWINSKI R., *Migrant workers in international human rights law*, Oxford, 1997.

CIVININI M.G., PROTO PISANI A., SCARSELLI G., *La tutela dei diritti dei cittadini extracomunitari*, in *Foro it*, 2000, I, p. 3346.

CLAYTON G., *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 2012, Oxford, 2012.

COCOZZA F., *Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle "transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale*, in *Revue française de Droit constitutionnel*, 1996, p. 711.

COMOGLIO L. P., *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001 fasc. 6, pp. 471 – 482.

CONCOLINO B., *Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, in *Dir. Pubbl. comp. ed eur.*, 2008, 1109 e ss.

CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE (a cura di), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006.

CONFORTI, *Diritto internazionale*, 7° ed. Napoli, 2006.

CONSIGLIO D'EUROPA, FRA, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Luxembourg, 2010.

CONSOLO C., *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali*, in *il Corriere Giuridico*, 11/2011, pp. 1485 e ss.

CONSOLI D., *Il riconoscimento in via giurisdizionale del diritto di asilo*, in FAVILLI C., *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2012, p. 212.

## BIBLIOGRAFIA

- CORDÌ L., *L'espulsione dello straniero. Diritto penale sostanziale e processuale*, Milano 2011.
- CORDINI G. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto comparato*, Modena, 2010.
- CORNELISSE G., *Human rights for immigration detainees in Strasbourg: limited sovereignty or limited discourse?*, in *European Journal of Immigration and Law*, vol. 6 no. 2, pp. 93-110.
- CORNELISSE G., *Immigration detention and human rights, Rethinking territorial sovereignty*, Leiden-Boston, 2010.
- CORNELISSE G., *Detention of Foreigners*, in GUILD E., MINDERHOUD P., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe* 24. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 207–228.
- CORSI G., *Diritti fondamentali e cittadinanza*. in *Diritto Pubblico*, vol. 3, (2000) pp. 793-816.
- COSTA J.P., *Expulsion et réadmission*, LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno SIDI Roma 2004, Napoli, 2005, p. 145.
- COSTA J.P. *La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'État*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990.
- COURAGE E., *Expulsion des étrangers et Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue française de droit administratif* 13 (2),1997.
- CUNIBERTI M., *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 817-819.
- D'APRILE M., *La legge Bossi Fini sull'immigrazione: premesse generali*, in *Giur. di Merito*, 2004, p.13.
- DAIE D., DERRIKS E., SBAI K., VAILLANT C., *Le droit des étrangers chronique de jurisprudence*, Bruxelles, 2012.
- DANIEL K., *Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases*, in *Harvard Law Review*, 2000,113, pp. 1890–1935.
- D'ASCIA L., *Diritto degli stranieri e immigrazione: percorsi giurisprudenziali*, Milano 2009.
- D'AURIA M., *L'immigrazione e l'emigrazione*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, T.II, Milano 2003, p. 1063 ss.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

DELICATO V., *La cooperazione tra Italia e Libia per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in FAVILLI C., *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, pp. 279-288.

DE NICTOLIS R., *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

DE PRETIS D., *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, in [giustamm.it](http://giustamm.it), v. 2012.

DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, n. 3, pp. 683-738.

DEFFENU A., *La condizione giuridica dello straniero nel "dialogo" tra cosrt costituzionale e giudice amministrativo*, in CAMPANELLI G., CARDUCCI M., GRASSO N., TONDI DELLA MURA V., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino, 2010, pp. 106 – 146

DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001.

DE SENA P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

DE VICTOR F., *Diritto ad un ricorso effettivo e procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato: la sospensione della misura di espulsione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, p. 427 e ss.

DE WET E., *The reception process in the Netherlands and Belgium*, in KELLER H., STONE SWEET A. (eds.), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.

DI FILIPPO M., *Il ricongiungimento familiare tra le strette maglie del pacchetto sicurezza*, 26.06.2008, [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com). 113.

DI STASI A., *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012.

D'ORAZIO G., *Lo straniero nella Costituzione*, Padova, 1992.

D'ORO F., *L'applicabilità della CEDU nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2010 fasc. 11-12, pt. 1, pp. 615 – 636.

D'ORO F., *La disapplicazione delle norme interne contrastanti con le norme Cedu: note a margine della sentenza T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011 fasc. 6, pp. 1435 – 1444.

DUMONT H., JADOUL P., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, 2007, pp. 317-404.

## BIBLIOGRAFIA

DUPRÉ C., *France*, in BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States*, Oxford, 2001.

EINARSEN T., *Discrimination and consequences for the position of aliens*, in *Nordic Journal of International Law*, 64, 1995, pp. 441-446.

EINAUDI L., *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità ad oggi*, 2007.

ESPOSITO A., *Articolo 3. Proibizione della tortura*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49.

EUROPEAN MIGRATION NETWORK, EMN, *Rapporto annuale sulle statistiche in materia di asilo e immigrazione*, 2012.

FALCON G., *La tutela giurisdizionale*, in G. GRECO, M.P. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, III, p. 392 e ss.

FALCON G., *Prefazione a B. MARCHETTI, L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996.

FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013.

FAVILLI C., *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011.

FAVILLI C., *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it).

FAVILLI C., *Il reato di divieto di reingresso alla luce della direttiva rimpatri*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 3, p. 334.

FERRERO M., *La tutela contro le discriminazioni*, in MOROZZO DELLA ROCCA P., (a cura di) *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, 2008, Torino, p. 487.

FILIPPI L., *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2005, 10, p. 1204.

FINOCCHI R., *La nuova disciplina dell'immigrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 1, 5.

FLORIDIA D., *L'ingresso nel territorio e l'accesso alle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato* in BENVENUTI P., *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, L'Aquila, 2008, pp. 231-246.

FOBLETS M., LUST SVANHEULE D., DE BRUYCKER P. (eds.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen. Deel 12. De nieuwe Vreemdelingenwet. België in lijn met de Europese regelgeving*, Bruges, 2007.

FOCARELLI C., *Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

FORLENZA, *Restano fermi i dubbi di costituzionalità sulla "conferma effettuata in Questura"*, in *Guida al dir.*, 2004, 38, p. 36 ss.

FRANCIONI F., GESTRI M., RONZITTI N., SCOVAZZI T., (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008.

FRIGO M., *L'immigrazione e la normativa internazionale dei diritti umani*, International commission of jurists, Ginevra, 2012.

FULCHIRON, *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Parigi, 1999.

GABRIELLI C., *La partecipazione differenziata del Regno Unito all'acquis di Schengen ed alla Carta dei diritti fondamentali secondo la giurisprudenza della Corte ed il Trattato di Lisbona*, in BENVENUTI P., (a cura di) *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali. Diritto n. 8*, 2008.

GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?* Torino, 2009.

GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling. A Preliminary analysis*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, N. 4, 2001, p. 975.

GALLO C.E., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, p. 499 e ss.

GAMBINO S., D'IGNAZIO G., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010.

GASPARINI CASARI , (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de "Il diritto dell'economia", Modena, 2010.

GENOVESE F.A., *Permanenza sul territorio nazionale (art. 31, comma 3, T.U. n. 286/98) dello straniero espulso, per esigenze di un familiare minore, e sindacato giudiziale sull'espulsione*, in *il Giudice di pace*, 2005 fasc. 1, pp. 21.

GENEVOIS B., *Le juge administratif, le traité et la loi postérieure*, in *RFDA*, 1989.

GENOVESE D., *La recezione della direttiva 2008/115/CE. Aspetti giuridici e sociologici in una prospettiva comparata*, in *Ricerche*, [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

## BIBLIOGRAFIA

- GENNUSA M.E., *"Nada C. Svizzera": sulle orme di Kadi?*, (Nota a Corte eur. Dir. Uomo Grande camera 12 settembre 2012. in Quaderni costituzionali, 2013, fasc. 1 pag. 164 – 168.
- GESTRI M., *Immigrazione e asilo nel diritto dell'Unione Europea*, in GASPARINI CASARI (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione. Profili di diritto italiano, comunitario e internazionale*, V Quaderno de "Il diritto dell'economia", Modena, 2010, p. 45.
- GILI L., *Ancora sul diritto alla difesa dello straniero, nel rapporto tra il giudizio ordinario e quello amministrativo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2001, pp. 28 e ss., p. 33.
- GIOLO O., PIFFERI M. (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009.
- GISTI, *Les étrangers face à l'administration. Droits, démarches, recours*, Parigi, 2013.
- GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, 9ème édition, Parigi 2011.
- GNES M., *L'applicazione della convenzione europea dei diritti dell'uomo al procedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno*, in *Gli stranieri*, 2010, n. 3, pp. 141 – 153.
- GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 cedu*, Nota a TAR LA - Roma sez. III ter 21 gennaio 2013, n. 682, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2013, fasc. 4 pag. 1228 – 1246.
- GOISIS F., *Garanzie procedurali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009 fasc. 4, pp. 1338 – 1361
- GOUTEYRON M. A., *Trouver une issue au casse-tête des visas*, Rapport d'information n° 353, 2006-2007, Sénat, 27 juin 2007.
- GORDON R., WARD T., *Judicial Review & the Human Rights Act*, London, 2013.
- GOZZI M., *Circolazione e soggiorno nell'Unione Europea (D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e successive modificazioni): la tutela giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 1, 175.
- GRAZIANI F., *Gli accordi di riammissione*, in LEANZA U. (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno SIDI Roma 2004, Napoli, 2005, p. 243.
- GRECO G., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 38 e ss.

GUILD E., MINDERHOUD P. (a cura di), *The First Decade of EU Migration and Asylum Law, Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, Leiden, 2012, pp. 207–228.

HASENAU M., *Setting norms in the United Nations system: the draft convention on the protection of the rights of all migrant workers and their families in relation to ILO in standards on migrant worker*, in *International Migration*, Vol. 28, n. 2, 1990, p. 133 e ss.

HATHAWAY J.C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge, 2005.

HUBERT P., *Le statut administratif des étrangers après les réformes du 15 septembre 2006*, Waterloo, 2009.

IANNUCELLI P., TIZZANO A., *Il rinvio pregiudiziale d'urgenza davanti alla corte di giustizia: un primo bilancio e nuove questioni*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, fasc. 1 pag. 107 – 132.

INGELSE C., *The UN Committee against Torture*, The Hague, 2001.

JACOBS, WHITE R.C.A., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010.

JONES M., *Lies, Damned Lies and Diplomatic Assurances: The Misuse of Diplomatic Assurances in Removal Proceedings*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 1/2006, p. 9 ss.

KAISER M., *La réforme du contentieux des étrangers*, in DUMONT H., JADOUL P., VAN DROOGHENBROECK S. (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, pp. 317-404.

KARAGIANNIS S., *Expulsion des étrangers et mauvais traitement imputables à l'état de destination ou à des particuliers*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999.

KELLER H., STONE SWEET A. (eds.), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.

KIRCHNER S., *The Right to Fair Trial Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Scholarly Essay, E. book, 2011.

LAMBERT H., *The position of aliens in relation to the European Convention of Human Rights*, Council of Europe, 2006, p. 7.

LAMBERT H., *The european convention on human rights and the protection of refugees: limits and opportunities*, *Refugee Survey Quarterly* (2005) 24 (2): 39-55.

LAMBERT ABDELGAWAD E., *Preventing and sanctioning hindrances to the right of individual petition before the European Court of Human Rights*, 2011.

## BIBLIOGRAFIA

LAMBERT ABDELGAWAD E., WEBER A., *The reception process in France and Germany*, in KELLER H., STONE SWEET A. (eds.), *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2008.

LAMBERT P., PETTITI C. (éd), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno SIDI Roma 2004, Napoli, 2005.

LEGOMSKY S. H., *The New Path of Immigration Law: Asymmetric Incorporation of Criminal Justice Norms*, in *Washington and Lee Law Review*, 2007, 64, pp. 469–528.

LEVERT P., *L'intervention du juge des référés dans le droit administratif*, in *Le référé judiciaire*, J.B., 2003, p. 382.

LENZERINI F., MORI R., *Accesso alla giustizia per i migranti a rischio di violazione dei diritti umani*, in FRANCONI F., GESTRI, M., RONZITTI N., SCOVAZZI T., (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 149-174.

LEVINET M., *L'éloignement des étrangers délinquants*, ibidem, 2000, 301 e ss.

LEYLAND P., ANTHONY G., *Textbook on Administrative Law*, Oxford, 2013.

LIGUGNANA G., *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienze d'oltremontana*, Torino, 2010.

LIGUORI A., *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008.

LIGUORI A., *Le garanzie processuali degli immigrati extracomunitari nell'Unione Europea*, in U. LEANZA, *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno*, IX Convegno, Roma 17-18 giugno 2004, SIDI, Società italiana di diritto internazionale, Napoli, 2005.

LILLICH R. B., *The Soering Case*, in *The American Journal of International Law*, 85 (1), pp. 128–149.

LIUZZI A., *Espulsione dello straniero e pregiudizio per il minore*, in *Famiglia e diritto*, 2004, fasc. 5, pp. 493 – 497.

MACDONALD I., TOAL R., *Macdonald's Immigration Law and Practice*, London, 2012.

MAJCHER I., *“Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention*, Global Detention Project Working Paper No. 6, September 2013, in [www.globaldetentionproject.org](http://www.globaldetentionproject.org)

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

MALINVERNI G., *I limiti all'espulsione, secondo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in SALERNO F. (ed.), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, pp. 165 e ss..

MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.

MARCHINI M., *Discriminazione etnica da parte della pubblica amministrazione in tema di accesso all'alloggio*, in *Corriere Giur.*, 2011, 11, 160.

MARCUS-HELMONS S., MARCUS-HELMONS P., *Belgium*, in BLACKBURN R., POLAKIEWICZ J., *Fundamental rights in Europe, The European Convention on Human Rights and its Member States*, Oxford, 2001.

MARINELLI M., *Immigrazione e processo tra efficienza e garanzia per tutti*, in *Il corriere giuridico*, n. 8, 2001, pp.1023 e ss..

MC BRIDE J., *Access to justice for migrants and asylum seekers in Europe*, Council of Europe, Strasbourg, 2009.

MIRATE, S. *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'“altro” diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007.

MIRATE, S., *L'applicabilità dell'art. 6, par. 1, CEDU al processo amministrativo secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004 fasc. 1, pp. 119 – 145.

MIRATE, S., *Il giudice amministrativo di fronte all'art. 6 CEDU*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005 fasc. 11, pp. 2238 – 2240.

MOLE N., MEREDITH C., *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2010.

MORELLI F.B., *La tutela della libertà personale dello straniero presente sine titulo sul territorio nazionale tra respingimento, espulsione e trattenimento*, in GIOLO O., PIFFERI M. (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Giappichelli, 2009, p. 156 s.

MORENO-LAX V., *Must EU borders have doors for refugees?, On the compatibility of Schengen visas with EU member states' obligations to provide international protections to refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 10 (2008), 353-354.

MOROZZO DELLA ROCCA P., (a cura di) *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, 2008, Torino.

NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.

NASCIMBENE B., *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale*, in LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto*

## BIBLIOGRAFIA

*internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno SIDI Roma 2004, Napoli, 2005, p. 71.

NASCIMBENE B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.

NASCIMBENE B., *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, in NASCIMBENE B., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 183.

NASCIMBENE B., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia a due anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, fasc. 4, 2011, p. 13 ss..

NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione Europea*, Padova, 2012.

NASCIMBENE B., *Commento all'art. 1 prot. 7* in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, p. 491;

NASCIMBENE B., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, p. 176;

NASCIMBENE B. (a cura di), *Il diritto degli stranieri*, Padova, 2004.

NASCIMBENE B. (ed.), *Expulsion and detention of aliens in the European Union countries*, Milano, 2001.

NATALINI F., *La convenzione ONU sui lavoratori migranti ed i membri delle loro famiglie a più di dodici anni dalla sua adozione*, in [www.onuitalia.it](http://www.onuitalia.it)

ONIDA V., RANDAZZO B. (a cura di), *Viva vox constitutionis. Temi e tendenze nella giurisprudenza costituzionale dell'anno 2007*, Giuffrè, Milano, 2008.

PACINI, M. *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.

PACINI, M. *Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 1081 ss..

PACINI, M. *Il diritto a un processo equo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007 fasc. 6, pp. 601 – 609.

PACTEAU B., *Le juge administratif français et l'interprétation européenne*, in SUDRE F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998.

PAGGI M., *Perfezionamento del contratto di soggiorno tra diritto e prassi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011 fasc. 3, pp. 174 – 175.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

PALLARO P., *Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1998, 460 ss..

PASCULLI L., ZANCANI S., *La nuova procedura d'urgenza per lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto penale e processo*, 2008, fasc. 6 pag. 798 – 803.

P. PASSAGLIA (a cura di), *La disciplina dell'immigrazione irregolare*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Studi e ricerche di diritto comparato*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

PATRONI GRIFFI F., *Tutela nazionale e tutela ultranazionale delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri*, in *federalismi.it*, 2013 fasc. 12.

PAUW R., *A New Look at Deportation as Punishment: Why at Least Some of the Constitution's Criminal Procedure Protections Apply*, in *Administrative Law Review* 52, no. 1 (2000) 305–345, p. 323.

PEDRAZZI V. F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Protocollo addizionale n. 7: una nuova tappa nella tutela delle garanzie fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 45.

PEERS S., GUILD E., ACOSTA D., GROENENDIJK K., MORENO LAX V. (eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition, Volume 2: EU Immigration Law*, Leiden, 2012.

PERIN G., *Riserva di giurisdizione ed effettività della difesa nella nuova disciplina dell'accompagnamento immediato alla frontiera degli stranieri*, in *Giur. Cost.*, 2003, 572 ss.

PHELAN M., GILLESPIE J., *Immigration Law Handbook*, Oxford, 2013.

PISA P., *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2011, 4, 393.

PIOGGIA A., *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in *Diritto Pubblico*, 1/2012 pp. 49-80.

PUÉCHAVY M., *Le renvoi des étrangers à l'épreuve de la Convention des droits de l'homme*, in LAMBERT P., PETTITI C. (éd), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

PUGIOTTO A., *Purché se ne vadano, La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2009*, p. 500.

PUSTORINO P., *Articolo 3, Proibizione della tortura*, in BARTOLE S., DE SENZA P., ZAGREBELSKY V., (a cura di) *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.

## BIBLIOGRAFIA

RAMAJOLI M., *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2012, pp. 825-849.

RAUX C., *Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande Chambre de la Court Européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 71/2007, 837.

RAWLINGS R., 'Review Revenge and Retreat' (2005) 68 MLR 378, 396.

RENDERS D., PIJKE G., *La procedure en cassation administrative*, A.P.T. 2007, 229 e ss..

RESCIGNO F., *Il diritto di asilo*, Roma, 2011.

REVENGA SANCHEZ M. (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 13 ss.;

RIBÉMONT T., *Introduction au droit des étrangers en France*, Bruxelles, 2012

RIBÉMONT T., *Introduction au droit des étrangers en France, Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, GISTI

ROLLI R., *Immigrazione e giurisdizione*, in GAMBINO S., D'IGNAZIO G., *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione Europea e diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 553-568.

ROSENBERG L.D., *The Courts and Interception: The United States' Interdiction Experience and Its Impact on Refugees and Asylum Seekers*, Winter, 2003, 17 Geo. Immigr. L.J. 199, 11077.

ROSS M. G., BORGMANN-PREBIL Y., *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010.

SALERNO F. (ed.), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, pp. 165 e ss..

SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

SACCUCCI A., *Il caso Mamatkulov dinanzi alla Corte europea dei diritti umani: un problematico revirement in tema di efficacia delle misure provvisorie*, in *Rivista di diritto Internazionale*, n. 1/2004, p. 70 e ss.

SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2005

SALA CHIRI G., *Il diritto dell'immigrazione in Francia*, in CORDINI G. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto comparato*, Modena, 2010, pp. 449 – 494.

SALAZAR C., SPADARO A. (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte Costituzionale*, Milano, 2009;

SAROLEA S., *Jurisprudence recente de la Court Européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt Chahal*, in *Revue du Droit des Etrangers*, 19-35.

SAROLEA S., *Les droit procéduraux du demndeures d'asile ai sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1999, p. 126 e ss.

SAROLEA S., KAISER M., DOYEN I., JACQUES J., *La réforme du droit des étrangers. Les lois du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers*, Kluwer, Waterloo, 2008.

SAROLEA S., *L'allongement de la durée de détention et le rôle de la Chambre du conseil*, RDE 1996, 221-229.

SAROLEA S., *Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier: comment et pourquoi?*, RDE, 1997, p. 202.

SAROLEA S., *La motivation du placement en détention d'étrangers en situation irrégulière: de la dichotomie légalité-opportunité au contrôle de la proportionnalité*, J.T. 1997, 165-171.

SAVINO M., *Le libertà degli altri*, Milano, 2012.

SAVINO M., *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2008, p. 747 e ss.

SAVIO G., *La nuova disciplina delle espulsioni conseguente al recepimento della direttiva rimpatri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2011, p. 30 e ss.

G. SAVIO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del diritto degli stranieri*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 739.

SAVIO G., BONETTI P., *L'allontanamento dal territorio dello stato dello straniero extracomunitario in generale*, Scheda pratica ASGI, 28 febbraio 2012.

SCARSELLI G., *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 6, 805.

SCEVI P., *Diritto delle migrazioni*, Piacenza 2010.

SCUTO F., *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milano, 2012.

SEGUIN D., *Guide du contentieux des étrangers*, LexisNexis, Parigi, 2013.

## BIBLIOGRAFIA

SCHIPPERS I., MAGLIONI Z., *Le contentieux des étrangers, deux ans après les lois du 15 septembre 2006*, in LEWALLE P., *Le contentieux administratif*, Bruxelles, 2008.

SIRIANNI G., *Il diritto alla difesa degli stranieri*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 2890 ss.

SIRIANNI G., *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 889 e ss.

SITAROPOULOS N., *The role and limits of the European Court of Human Rights in supervising state security and anti-terrorism measures affecting aliens' rights*, in *Terrorism and the Foreigner*, L'Aia, 2006, pp. 85 e ss..

SCOGNAMIGLIO P., *Commento organico alla legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di pubblica sicurezza)*, Napoli, 2009.

SOHIER J., *Les procédures devant le Conseil d'État*, Waterloo, 2009.

SPASIANO, M.R. *Principi sull'immigrazione*, in ASTONE F., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F., *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori*, Rubettino, 2009.

STANGOS, *La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes concernant les travailleurs migrants, ressortissant de pays tiers*, in *Revue des affaires Européennes*, 2000, p. 107.

STANZIOLA M., PAGLIANO A., *Le competenze del giudice di pace in materia di immigrazione*, in *Quaderni del Giudice di pace*, 12, 2008

STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea, Parte speciale*, II ed., Torino, 2006.

SUDRE F. (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998.

A. SURACE, *Interlegalità e protezione dei diritti fondamentali. Un case study: la protezione dell'unità familiare tra normativa comunitaria, CEDU e normativa italiana*, in *L'altro diritto, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

TARDIS M. (coord.), *Quelles alternatives à la rétention administrative des étrangers?*, *France terre d'asile, Les cahiers du social* n° 26, Juin 2010.

TEGA D., *Le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 133 e ss.,

THOMAS R., *Administrative justice and asylum appeals. A study of tribunal adjudication*, Oxford – Portland, 2011.

La tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti in materia di immigrazione e i principi CEDU

THOMAS R., *Judicial review challenges to removal decisions*, in *Immigration Law Digest*, vol. 14, no. 1, Spring 2008, pp. 2-6.

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Milano, 2013.

TREVISANUT S., *Immigrazione irregolare via mare diritto internazionale e diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2012.

TREVISANUT S., *L'Europa e l'immigrazione clandestina via mare: FRONTEX e diritto internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008 fasc. 2, pp. 367 – 388.

TRIGOUJIA H., *L'inapplicabilité de l'article 6, § 1 de la Convention à la procédure de relèvement d'une interdiction du territoire*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 446 e ss.

TROISI C., *Divieto di discriminazione e forme di tutela: profili comparatistici*, Torino, 2012.

TROPEA G., *Homo sacer? Considerazioni perplesse sulla tutela processuale del migrante*, in ASTONE F., MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Cittadinanza inclusiva e flussi migratori, Atti del convegno di Copanello*, 2-4 luglio 2008, Soveria Mannelli, 2009, pp. 163-218.

TURRI G.C., *Minori stranieri non accompagnati: dalla legge Turco-Napolitano alla Bossi-Fini*, in *Minorigiustizia*, 2002 fasc. 3-4, pp. 58 – 74.

VALAGUZZA S., *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Il diritto processuale amministrativo*, 2009.

VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato attenuato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, fasc. 6 pag. 1375 – 1426.

VALSECCHI A., *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale Dir. Pen. e Processo*, 2005, 10, p. 1222.

VAN DIJK P., VAN HOOF G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, L'Aia, 1998;

VAN DIJK P., *Protection of integrated aliens against expulsion under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Migration and Law*, 1999, n. 1, p. 293 e ss.

VANDENDRIESSCHE X., *Le droit des étrangers*, Parigi, 2011; GISTI, *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Paris, 2011

VANHAEVERBEEK J., *Les procédures particulières au contentieux des étrangers devant le Conseil d'Etat*, Bruxelles, 2005

## BIBLIOGRAFIA

- VANONI L. P., *Il diritto dell'immigrazione nel Regno Unito*, in CORDINI G. (a cura di), *Il diritto dell'immigrazione, Profili di diritto comparato*, Modena, 2010, pp. 449 – 494.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *Il respingimento differito disposto dal questore e le garanzie costituzionali*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2, 2009, pp. 15-30.
- VASSALLO PALEOLOGO F., *I controlli giurisdizionali e le garanzie dello stato di diritto nei Centri di identificazione ed espulsione*, in *Studi ASGI*, p. 12.
- VELU J., ERGEC R., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 326.
- VETTORI N., *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza X*, 1-2008.
- VETTORI N., *Amministrazione e diritti fondamentali dello straniero: verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale?*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2012, pp. 681 - 714.
- VIDONI GUIDONI O., *Quale giustizia per il giudice di pace? Nascita e consolidamento di una magistratura onoraria*, Milano, 2006.
- VIZZARDI M., *Espulsione del sospetto terrorista e garanzie costituzionali*, in *Corriere Merito*, 2005, 12, 1305.
- WEILER, J. H. H., *Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC nationals – A Critique*, in *European Journal of International Law* 3, 1992, pp. 65 – 91.
- WILSHER D. *Immigration Detention: Law, History, Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Working Group on Arbitrary Detention. Report of the Working Group on Arbitrary Detention: Thematic Considerations: Administrative Detention and Habeas Corpus. A/HRC/13/30, January 18, 2010.
- YEO C., *Appeals and the Immigration Bill*, 31 October 2013, in <http://www.freemovement.org.uk>.
- ZORZELLA N., *Commento all'art. 16*, in C. CESTER (a cura di), *La disciplina dei lavoratori extracomunitari in Italia*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1988, p. 1099.
- ZORZELLA N., *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 4, 2006, p. 27 e ss.