

# Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

## Fascicolo n. 3/2020

### I PERCORSI MIGRATORI E LA PANDEMIA. COME CAMBIANO LE EMERGENZE

di Michela Tuozzo

**Abstract:** *A partire dalla restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE nei confronti dei cittadini stranieri il saggio analizza due momenti che caratterizzano il percorso migratorio, l'inizio e la fine, attraverso le figure dei richiedenti asilo alla ricerca di un luogo sicuro e degli stranieri in attesa di rimpatrio, nel corso della pandemia. Le due vicende sono sintomatiche di una sovrapposizione tra emergenze, quella (contingente) sanitaria che si accompagna alle criticità ordinarie della c.d. politica dei "porti chiusi" e della "galera amministrativa". Più precisamente, si analizzerà l'impatto del decreto interministeriale del 7 aprile 2020 che ha dichiarato non sicuri i porti italiani per i migranti soccorsi da navi battenti bandiera straniera e fuori dell'area SAR italiana, per tutta la durata dell'emergenza nazionale, sui diritti dei naufraghi, quali il diritto a raggiungere un posto sicuro, il diritto d'asilo e il diritto alla salute. Si valuterà poi la compatibilità di tali diritti con la soluzione delle cosiddette "navi quarantena", attraverso alcune importanti decisioni, passate e recenti, della giurisprudenza interna e della Corte EDU. Con riferimento alla restrizione della libertà personale dei cittadini stranieri in attesa di essere rimpatriati, uno spunto di riflessione sull'art. 15 della direttiva 2008/115/CE è offerto dal caso spagnolo e dallo svuotamento temporaneo dei CIEs.*

**Abstract:** *Starting from the restriction of non-essential travel to the EU for non-EU citizens this work will analyse two typical moments of the migration route, the beginning and its end, through the figures of asylum seekers looking for a safety place and immigrants awaiting deportation, during the pandemic. The two events are symptomatic of an overlap between emergencies, the (contingent) healthy one, that accompanies the ordinary criticalities of the so-called policy of "closed ports", and "administrative jail". More precisely, it will analyse the impact of the interministerial decree of 7 April 2020 which declared the Italian ports unsafe for migrants rescued by ships flying a foreign flag and outside the Italian SAR area, for the entire duration of the national emergency, on rights of the rescued persons, such as the right to a Place of Safety, the right of asylum and the right to health. The compatibility of these rights with the solution of the "quarantine ships", will be studied starting from some important decisions, past and recent, of the internal jurisprudence and of the EDU Court. Regarding the restricting freedom to foreigner citizens in order to prepare their deportation, the opportunity to reflect on the art. 15 Directive 2008/115/EC is offered by the story of the temporary emptying of the Spanish CIEs.*

## I PERCORSI MIGRATORI E LA PANDEMIA. COME CAMBIANO LE EMERGENZE

---

di Michela Tuozzo \*

*Perché siamo diventati ciechi, non lo so,  
forse un giorno si arriverà a conoscerne la ragione,  
Vuoi che ti dica cosa penso? (...),  
Secondo me non siamo diventati ciechi, secondo me lo siamo,  
Ciechi che vedono, ciechi che, pur vedendo, non vedono*  
JOSÉ SARAMAGO, *Cecità*

SOMMARIO: 1. La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19. – 2. *Place of safety* e limitazione all'ingresso nei porti italiani. – 2.1. (*segue*) Una prima analisi di compatibilità dell'uso delle navi quarantena col quadro costituzionale e convenzionale. – 3. Detenzione amministrativa e *best practices*: un modello dalla Spagna. – 4. Riflessioni conclusive.

### 1. La mobilità attraverso le frontiere tra fase uno e fase due dell'emergenza CoViD-19

All'indomani dello scoppio dell'emergenza CoViD-19, quando l'epicentro dell'epidemia si è spostato dalla Cina all'Italia, a Wuhan e nella provincia dello Hubei le misure serrate di contenimento adottate avevano già sperimentato la loro efficacia. Pertanto il Vecchio Continente ha replicato, un po' a rilento, in maniera scoordinata e a partire dalla differente prospettiva<sup>1</sup> dei Paesi a forma di Stato liberal-democratica nel rapporto tra potere pubblico

---

\* Dottoranda di ricerca in *Diritti Umani. Teoria, Storia e Prassi*, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II. Il testo è una rielaborazione ampliata e aggiornata del saggio *La zattera degli esuli: percorsi migratori alla prova della chiusura delle frontiere*, in corso di pubblicazione nel volume *Dialoghi in Emergenza*, a cura di F. Niola e dell'Autrice, Napoli, Editoriale Scientifica.

1. La Repubblica Popolare Cinese, come è noto, è a forma di Stato socialista. Il modo in cui è gestito il rapporto tra organi dello Stato e cittadini, nonché il sistema dei diritti fondamentali, subordinato all'azione dello Stato, si è riflesso quindi anche nella gestione dell'epidemia da coronavirus. Per i primi approfondimenti sulla risposta istituzionale (la cui direzione complessiva è rimasta salda nel Comitato Centrale del PCC e nel Consiglio di Stato della RPC, secondo il paradigma dello "Stato duale") alle operazioni di contenimento dell'epidemia; alle sanzioni previste per i trasgressori delle misure di prevenzione e controllo, si vedano M. Mazza, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative*, in *DPCE Online*, [S.l.], [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), vol. 43, n. 2/2020, p. 2049 ss. (spec. pp. 2053-61); A. Canepa, *Lotta al COVID-19 e diritti dei cittadini nella Repubblica Popolare Cinese. Le peculiarità di un ordinamento socialista asiatico*, pp. 168-194, in *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza CoViD-19. Una prospettiva comparata* (aggiornato al 5.5.2020), a cura di L. Cuocolo, [federalismi.it](http://federalismi.it), *Osservatorio Emergenza Covid-19*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); e N. Mazzaracchio, *I ciechi tastano l'elefante* (mangren mo xiang) e la libellula si posa sul bocciolo di loto. *La realtà cinese e non la sua retorica*, in *Dialoghi in Emergenza*, a cura di F. Niola - M. Tuozzo, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 145-160. A proposito

e diritti soggettivi, la stessa tipologia di alcune misure, limitando drasticamente le libertà di circolazione e di riunione (e quindi altri diritti connessi, ad esempio la libertà religiosa esercitata in forma collettiva) delle persone. È superfluo mettere in chiaro in proposito che le pesanti limitazioni imposte nei Paesi liberal-democratici, anche dinanzi all'emergenza devono essere informate ai criteri della temporaneità, proporzionalità e in genere al rispetto delle procedure previste dal rispettivo ordinamento<sup>2</sup>.

Gli Stati membri dell'UE hanno reagito in maniera asincrona, sia rispetto all'adozione delle misure interne di contenimento, sia nella fortificazione simbolica della nuova *linea Maginot* che ha ristabilito controlli alle frontiere interne<sup>3</sup> e limitazioni all'ingresso alle frontiere esterne, sia infine nella fase della revoca alle restrizioni dei viaggi non essenziali.

Nella primissima fase dell'emergenza si può quindi registrare l'assenza di un coordinamento tra loro, che hanno adottato misure *di* isolamento *in* isolamento reciproco.

Solamente il 16 marzo, con un atto atipico<sup>4</sup>, la Commissione ha "raccomandato" al Consiglio europeo di agire ai fini della rapida adozione, da parte dei capi di Stato o di governo

---

della comparazione tra il modello cinese e quello dei Paesi occidentali nella lotta al virus, osserva in particolare (correttamente) il primo A. che anche di fronte a provvedimenti dal contenuto apparentemente simile non è possibile ricondurre l'approccio liberal-democratico a quello autoritario: «Sono dissonanti, in special modo, le rispettive percezioni dello Stato e dei suoi limiti; le situazioni eccezionali possono, dunque, non richiedere risposte eccezionali, ma procedure democratiche e stretta applicazione della *rule of law*, senza scambiare la "drammaticità" dell'evento con l'"eccezionalità" delle misure» (p. 2064).

2. T. Groppi, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, conversazione con M.L. Baldino, *La ricerca al tempo del COVID*, Università di Siena, 27 marzo 2020, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 30.3.2020.

3. La reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne deve essere intesa come eccezione alla regola generale, in forza della quale qualsiasi persona di qualsiasi nazionalità può attraversare qualsiasi frontiera interna senza essere sottoposta ai controlli di frontiera (ad eccezione di Bulgaria, Croazia, Cipro e Romania) e pertanto deve essere necessariamente retta dal criterio della proporzionalità. Essa è prevista agli artt. 25, 26 e 28 del Regolamento EU 2016/399 (*Codice Frontiere Schengen*) in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, per trenta giorni, reiterabili per un massimo di sei mesi e previa informazione della Commissione con almeno quattro settimane di anticipo. L'asincronia dei Paesi membri si è rivelata anche nella scelta della cornice giuridica adoperata per la disciplina della situazione: alcuni di essi infatti hanno fatto ricorso all'articolo 28 del Regolamento, che differisce per presupposti e procedura, consentendo un intervento immediato di sospensione dell'Accordo Schengen quando una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro richiede un'azione immediata. Lo Stato membro interessato può, in via eccezionale, ripristinare immediatamente il controllo di frontiera alle frontiere interne per un periodo limitato di una durata massima di dieci giorni. Se la minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna perdura, lo Stato membro può decidere di prorogare i controlli, per periodi rinnovabili non superiori a venti giorni. Fatto salvo l'articolo 25, paragrafo 4, la durata totale del ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne e delle eventuali proroghe non può superare i due mesi.

4. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, covid-19: Temporary Restriction on Non-Essential Travel to the EU*, COM(2020) 115 final, 16.3.2020.

Per un'analisi complessiva su questa e le altre misure adottate dalla Commissione sia rinvia a G. Caggiano, *COVID-19. Competenze dell'Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale*, in *I Post di AISDUE*, [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu), II, 2020, p. 72 ss., il quale nota come nell'emergenza pandemica l'adozione di atti di *soft law* da parte della Commissione abbia costituito una surrogazione/sostituzione dell'attività dei legislatori dell'UE utile a garantire la tempestività, alla luce della inconciliabilità tra il tempo eccessivamente lungo necessario all'adozione delle procedure legislative di *hard law* in materia di sanità pubblica e frontiere, e l'adozione di misure improcrastinabili che l'emergenza ha richiesto. Sull'adozione di strumenti di

degli Stati membri al sistema di Schengen, assieme ai loro omologhi degli Stati associati a questo, di una restrizione temporanea dei viaggi non essenziali da Paesi terzi verso la zona UE+. Al fine di promuovere un approccio integrato e guidato dal principio di solidarietà nella gestione delle frontiere interne ed esterne, venivano così elaborate le Linee Guida<sup>5</sup> con le quali è stato riconosciuto ai singoli Paesi membri il potere di impedire l'ingresso ai cittadini extra UE in presenza di sintomi o di previa esposizione al pericolo di infezione, fatto salvo il rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione da coniugare con la difesa della salute pubblica. Il Consiglio europeo, a seguito della videoconferenza del 17 marzo, ha definitivamente annunciato di limitare l'accesso alle frontiere esterne, nonostante le precedenti dichiarazioni del presidente della medesima istituzione, Charles Michel e della presidente della Commissione, Ursula Von der Leyen, di aperto disappunto in ordine al divieto di viaggio deciso dagli Stati Uniti il 12 marzo.

Con la successiva Comunicazione del 30 marzo 2020<sup>6</sup>, la Commissione è nuovamente intervenuta a chiarire che la restrizione dei viaggi non essenziali non dovrebbe applicarsi alle persone aventi funzioni o necessità essenziali, tra cui quelle che necessitano di protezione internazionale o si mettano in viaggio per altri motivi umanitari, nel rispetto del principio di *non refoulement*. Nonostante sia rimasta invariata la responsabilità giuridica degli Stati di continuare a consentire la presentazione delle domande d'asilo, la combinazione tra normativa vigente e provvedimenti emergenziali ha dato il via a diverse anomalie sul piano dell'effettività del diritto d'asilo, sulle quali ci si soffermerà nei due successivi paragrafi.

Nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per contrastare la pandemia da CoViD-19 e le sue conseguenze, 2020/2616(RSP), tra i primi *considerando* che si possono leggere vi è il rimprovero agli Stati membri per il mancato coordinamento nella risposta ad essa «in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme».

Proprio in materia di sanità pubblica<sup>7</sup>, gli articoli 6 e 168 TFUE attribuiscono all'Unione competenze scarse di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione, che

---

*soft law* si leggano anche G. Fiengo, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell'accordo di Schengen*, in *DPCE Online, OsservatorioCovid19*, [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), del 29.3.2020; F. Rossi, *Luci ed ombre sull'intervento dell'Unione Europea a fronte dell'emergenza del Covid-19*, in *NOMOS. Le attualità del diritto*, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), n. 1/2020. Sul punto, si veda anche oltre nel testo.

5. *Covid-19. Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*. Comunicazione della Commissione, *C(2020) 1753 final*, 16.3.2020.

6. *Comunicazione della Commissione Covid-19 Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02)* in GUUE C 1021 del 30.3.2020.

7. F. Rolando, *La tutela della salute nel diritto dell'Unione europea e la risposta dell'UE all'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero

rimane però fondamentale statale. Il coordinamento è stato quindi intrapreso e svolto dalla Commissione attraverso l'adozione di atti atipici<sup>8</sup>, sottraendosi alle procedure ordinarie, per evitare che le relative lungaggini ostacolassero la rapidità che la contingenza pandemica ha richiesto.

Il Parlamento ha stigmatizzato l'atteggiamento, poco rispettoso dei principi di solidarietà<sup>9</sup> e di leale collaborazione, lamentando: «l'incapacità iniziale degli Stati membri di agire in modo collettivo e chiede che tutte le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell'Unione di solidarietà e di leale cooperazione»<sup>10</sup>.

---

Speciale, [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 2020, pp. 1-14. Si ripercorrono qui le misure già adottate dall'UE per far fronte alle crisi epidemiologiche in ambito transfrontaliero, nei casi dell'Ebola e della Sars, traendone insegnamenti anche per le azioni di risposta al coronavirus.

8. Con la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo e al Consiglio, Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE*, COM(2020) 148 final, 8.4.2020, la Commissione ha auspicato l'adozione di una proroga delle restrizioni fino al 15 maggio; ancora sulle riaperture differenziate *Verso un approccio graduale e coordinato per il ripristino della libera circolazione e la revoca dei controlli alle frontiere interne*, C(2020) 3250 final. Il 15 aprile la presidente della Commissione europea e il presidente del Consiglio europeo hanno presentato la *Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19* (2020/C 126/01). L'11 giugno 2020 la Commissione ha adottato una nuova *Comunicazione*, COM(2020) 399, in cui raccomanda di prorogare la restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE fino al 30 giugno 2020 e definisce l'approccio da adottare per la revoca graduale della restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE a partire dal 1° luglio 2020 (vedi nota nr. 11). Infine il 30 giugno con *Raccomandazione del Consiglio relativa alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE e all'eventuale revoca di tale restrizione* sono stati indicati i criteri da seguire per la revoca alla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE a partire dal 1° luglio (vedi *infra*).

9. G. Morgese, *Solidarietà di fatto ... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, Eurojus, Numero Speciale, [www.eurojus.it](http://www.eurojus.it), 2020, pp. 77-114 (spec. p. 86). Il principio di solidarietà nel diritto dell'UE assume presupposti e connotati specifici nei diversi settori in cui se ne fa richiamo: «i riferimenti settorialmente trasversali e contenutisticamente variabili non permettono di ricavare un significato univoco del concetto in esame. Peraltro i Trattati e gli atti derivati non ne forniscono una definizione, né questa è ricavabile dalle pronunzie dei giudici dell'UE i quali, sinora, si sono limitati a individuarne l'ambito di operatività, nei settori di volta in volta rilevanti, per enuclearne gli effetti giuridici relativamente alle questioni loro sottoposte». Secondo lo studioso nonostante gli sforzi della dottrina, della giurisprudenza e dell'Avvocatura Generale di annoverare la solidarietà tra i valori del diritto UE, capace di ispirare l'intero ordinamento, essa non ha ancora raggiunto un livello di maturità tale da qualificarsi come principio di carattere generale. Secondo l'Autore le cause sono due: la difficoltà di trasferire un concetto nato in ambito nazionale ad un ordinamento *sui generis* quale quello UE e la difficoltà di armonizzare le diverse tipologie di un concetto *in fieri*. Da questa premessa lo studioso ricava che nel corso della crisi pandemica da coronavirus la solidarietà non si presta a divenire diritto assoluto per gli Stati in difficoltà, «In altri termini, l'Unione può mostrare solo la solidarietà che i Trattati le permettono di mostrare e alle condizioni previste, nonostante gli alti richiami solidaristici che in questi ultimi pur vengono fatti: ogni auspicio o "forzatura" del dibattito scientifico e pubblico, sì giustificati dall'eccezionalità del momento, rischia di scontrarsi con l'angusto dato normativo» (*ivi*, p. 113). Di diversa opinione è L.F. Pace, *Una nuova crisi che l'Unione deve risolvere, o la crisi dell'Unione?*, in *AISDUE, Dibattito "Coronavirus e diritto dell'Unione"*, [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu), n. 4, 2020, pp. 18-21 (spec. p. 21), secondo cui la solidarietà è valore fondante dell'ordinamento UE (art. 2 TUE) e principio interpretativo richiamato nei Trattati (artt. 3, 21, 24, 31 TUE e artt. 67, 80, 194 TFUE). Secondo l'Autore, pertanto, solamente attraverso la solidarietà e il valore della cittadinanza UE sarà possibile uscire dalla crisi pandemica.

10. P. De Pasquale, *La pandemia di CoViD-19: il coordinamento alla prova dei fatti*, in [comparativecodivlaw.it](http://comparativecodivlaw.it), 18.4.2020, ricorda come il coordinamento richieda un'azione biunivoca degli Stati membri, teso sia a favorire l'attività delle istituzioni, sia a farsi promotori di iniziative di coordinamento.

Con la c.d. “fase due” dell'emergenza è stata rinsaldata la linea che ha preferito l'adozione di strumenti giuridicamente non vincolanti, per cui dapprima il Consiglio UE tenutosi in videoconferenza il 5 giugno 2020 giungeva all'accordo su un approccio unificato per revocare le restrizioni sui viaggi non essenziali verso l'UE, mentre successivamente, a margine del nuovo Consiglio UE del 30 giugno è stata adottata la Raccomandazione<sup>11</sup> sulla soppressione graduale delle restrizioni temporanee citate, contenente l'elenco dei Paesi terzi interessati, i criteri epidemiologici da soddisfare per la suddetta revoca<sup>12</sup>, nonché la durata della misura, da verificare ogni due settimane.

La dimensione sovranazionale della lotta al CoViD con riferimento allo spazio Schengen<sup>13</sup> solleva criticità specifiche, che coinvolgono il profilo della libera circolazione dei cittadini europei (qui peraltro solamente menzionata, per il carattere parentetico del tema rispetto al diverso discorso in questa sede approfondito) e quello della condizione precaria dei cittadini extra UE alla frontiera, che il *travel ban* ha contribuito ad acuire.

Per questi ultimi, la chiusura delle frontiere ha avuto effetti molto differenti, a seconda della regolarità del loro soggiorno nello spazio comune e della loro permanenza stabile o temporanea (in transito) sul territorio. La previsione contenuta nelle Linee Guida del 16 marzo ha riconosciuto agli Stati il diritto di rifiutare l'ingresso a quei cittadini di Paesi terzi che presentassero sintomi del virus o fossero stati esposti a rischio di infezione, pertanto rappresentanti una potenziale minaccia per la salute pubblica, colpendo così principalmente i richiedenti asilo<sup>14</sup> verso i quali la mancata chiarezza delle modalità attuative delle due

---

11. *Council Recommendation on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction*, 9208/20, 30.6.2020, che ha recepito la proposta formulata dalla Commissione COM(2020) 399 dell'11.6.2020 di prorogare la restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE fino al 30 giugno 2020 e di definizione circa l'approccio da adottare per la revoca graduale della restrizione dei viaggi non essenziali verso l'UE a partire dal 1° luglio 2020.

12. Ossia registrare, alla data del 15 giugno 2020, un numero di nuovi casi di COVID-19 per ogni 100.000 abitanti nei 14 giorni precedenti prossimo o inferiore alla media dell'UE; un andamento stabile o in diminuzione dei nuovi casi nel medesimo periodo rispetto ai 14 giorni precedenti; e la risposta complessiva alla COVID-19, tenuto conto delle informazioni disponibili su aspetti quali i test, il monitoraggio, il tracciamento dei contatti, il contenimento, le cure e la segnalazione, nonché dell'affidabilità delle informazioni e delle fonti di dati disponibili e, se necessario, del punteggio medio totale relativo a tutte le dimensioni del regolamento sanitario internazionale (RSI).

13. S. Montaldo, *L'emergenza COVID-19 e la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne nell'area Schengen: non lasciare che una grave crisi vada sprecaata*, in *European Papers, European Forum, Insight*, 25.4.2020. È giocoforza rilevare che il ritorno di fatto delle frontiere non ha fatto che acuire le fragilità dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia intorno al quale è stata disegnata una nuova cartina politica dell'Unione europea, con confini mai stabili e preda delle forze centrifughe nazionali.

14. Nonostante la Commissione abbia escluso dalle misure restrittive all'ingresso le persone che necessitano di protezione internazionale o in viaggio per altri motivi umanitari, alcuni Paesi hanno optato per la chiusura dei porti, dichiarando questi ultimi non sicuri. Cfr. G. Morgese, *op. cit.*, p. 97: «La pandemia sta avendo un impatto specifico sui migranti, specie quelli più vulnerabili come i richiedenti asilo, nei cui confronti numerosi Stati UE, nonostante i loro obblighi, specie alla frontiera, si sono mossi come al solito in ordine sparso e talvolta in maniera restrittiva: alcuni hanno sospeso le procedure di riconoscimento dell'asilo, anche impedendo l'ingresso sul loro territorio o disponendo il confinamento in Centri di varia natura; Italia e Malta hanno dichiarato i propri porti non sicuri per lo sbarco dei migranti

Comunicazioni del 16 e 30 marzo ha avuto come effetto di limitare la portata degli obblighi derivanti dal principio di *non respingimento*<sup>15</sup>, l'accesso alla domanda di asilo e agli altri diritti fondamentali, compreso quello all'assistenza sanitaria.

I confini dell'Europa si sono rivelati, anche nel contesto pandemico, terreno in cui ricercare una sintesi ragionevole tra due contrapposte esigenze giuridiche, quella securitaria (sanitaria) e quella di assicurare un "porto" sicuro ai diritti fondamentali dei migranti secondo gli obblighi di diritto internazionale: «It is no coincidence that borders play a prominent role in the fight against the coronavirus, since they can fulfil important symbolic functions transcending the practical effects of more police checks»<sup>16</sup>.

La "chiusura" delle frontiere si riflette in maniera diversa sugli stranieri privi di valido titolo di soggiorno, a seconda che essi siano "in entrata" o "in uscita" rispetto allo spazio eurounitario, per la ragione intuibile che non possono varcare la frontiera medesima, né per entrarvi, né per uscirne.

A partire da questo dato si prenderanno in considerazioni nei successivi paragrafi i due momenti apicali del percorso migratorio, l'inizio e la sua fine, nel corso della pandemia. Il primo è segnato dalla ricerca di un "luogo sicuro" da parte dei migranti in fuga e all'uopo si esaminerà il caso italiano, con la ripresa di una prassi già avviata in Italia il 19 marzo 2019 con la c.d. direttiva Salvini e sublimata nel c.d. decreto sicurezza *bis* (d.l. 53/2019, convertito in l. 77/2019)<sup>17</sup>, volta a porre un freno alle operazioni di sbarco nei porti

---

in specie dalla Libia...». La situazione più incandescente si conferma essere quella sul confine tra Turchia e Grecia. Quest'ultima, infatti, «dopo aver chiuso le frontiere con la Turchia schierando le forze armate e respingendo sommariamente i migranti, ha sospeso per due mesi l'esame delle domande di asilo e avviato il procedimento per modificare la normativa in senso più restrittivo. A ciò si aggiunge la situazione negli *hotspot* localizzati sulle isole prospicienti la Turchia, già sovraffollati e in condizioni igieniche precarie. Peraltro, la situazione è stata esacerbata anche dal fatto che il successivo allentamento delle misure di *lockdown* non è stato esteso ai Centri che accolgono migranti» (*ivi*, p. 98, con indicazioni bibliografiche alle note 129 e 130).

15. Sulla inderogabilità della norma di *ius cogens*, anche in piena crisi sanitaria e sul pericolo che l'allentamento della regola possa costituire un pericoloso ed inammissibile precedente, si rinvia a S. Nicolosi, *Non-refoulement During a Health Emergency*, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), 14.5.2020.

16. D. Thym, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, in [www.globalcit.eu](http://www.globalcit.eu), 23.3.2020, che svolge un'analisi sui controlli alle frontiere e sulle restrizioni straordinarie ai viaggi per i confini interni ed esterni dell'area Schengen.

17. Sulle somiglianze tra il decreto interministeriale del 7 aprile 2020 e le politiche del precedente Governo c.d. "giallo-verde", si veda A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *La banalità dei porti chiusi per decreto. Osservazioni sui profili di legittimità del Decreto Interministeriale 150/2020*, in questa *Rivista.*, n. 2.2020, p. 219 ss. Gli autori sottolineano che seppure il decreto presenti profili di discontinuità rispetto all'approccio dell'ex Ministro dell'interno (in quanto la competenza ad adottarlo è stata riaffidata all'originario titolare, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, la ragione giustificativa è individuata nella crisi pandemica, anziché *sic et simpliciter* nella difesa dei porti e infine quale fondamento giuridico è richiamata la disciplina previgente al d.l. n. 53 del 14.6.2019, convertito nella l. n. 77/2019), agli effetti pratici «l'intervento interministeriale di aprile 2020 sembra in continuità politica con le misure adottate dal precedente governo con il c.d. decreto sicurezza *bis*» (p. 220); S. Carlotti, *Migration Policy and Health Insecurity. Italy's response to COVID-19 and the impact of the Security Decree*, in *Riv. Trim. Sc. Amm., Studi di teoria e ricerca sociale*, [www.rtsa.eu](http://www.rtsa.eu), n. 2/2020.

italiani<sup>18</sup>. Per quel che concerne la posizione degli stranieri in uscita si guarderà al caso spagnolo e alla praticabilità di misure alternative alla detenzione amministrativa.

## 2. *Place of safety* e limitazione all'ingresso nei porti italiani

Con il decreto interministeriale<sup>19</sup> del 7 aprile 2020 adottato dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, il Ministro dell'interno e il Ministro della salute, si dispone che «per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria nazionale derivante dalla diffusione del virus COVID-19, i porti italiani non assicurano i necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (“luogo sicuro”), in virtù di quanto previsto dalla Convenzione di Amburgo, sulla ricerca e salvataggio marittimo, per i casi di soccorso effettuati da parte di unità navali battenti bandiera straniera al di fuori dell'area SAR italiana».

La *ratio* su cui si regge il decreto è quella di evitare nuovi ingressi per non sovraccaricare la tenuta del sistema sanitario nazionale, che alla luce della saturazione già raggiunta durante la cosiddetta “fase uno” non riuscirebbe a offrire cure adeguate ai migranti soccorsi fuori della zona SAR italiana e dalle navi battenti bandiera straniera. Si legge nel decreto che la «funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19» già sotto sforzo impedirebbe di garantire alle persone soccorse in mare l'assenza di minacce alla loro vita, il soddisfacimento dei bisogni primari e l'accesso ai servizi fondamentali. Prima ancora che il decreto fosse pubblicato, l'UNCHR il 16 marzo ha emanato una nota in cui ha ricordato che le misure di prevenzione alla diffusione del contagio

---

18. Sulla dubbia tenuta costituzionale della c.d. politica dei porti chiusi e di esternalizzazione delle frontiere si rinvia *ex plurimis* ai lavori di P. Bonetti, *L'insostenibilità costituzionale delle recenti norme sugli stranieri. I limiti all'ingresso e al soggiorno che violano i diritti fondamentali e il sistema delle fonti del diritto non assicurano sicurezza, né alcuna disciplina efficace dell'immigrazione*, in *Diritto Pubblico*, 3/2019, p. 651 ss.; C. Corsi, *Il diritto di asilo tra impasse, inasprimenti della disciplina e prossime riforme*, in *federalismi.it*, Editoriale, *Focus-Human Rights*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23 del 27.7.2020; E. Olivito, *The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: the Case of Italy and the EU*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 114 ss.; F. Scuto, *Accesso al diritto di asilo e altri limiti costituzionali al respingimento. Sovranità statale e pericoli di allontanamento dalla Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, p. 48 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici vedi *infra*.

19. Per una lettura critica del decreto in ordine alle norme di diritto internazionale si rinvia a F. Munari, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza CoViD-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile “intermittenza” del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SIDIBlog*, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 16.4.2020; A.M. Pelliconi, *CoViD-19: l'Italia non è più un “luogo di sicurezza”. La decisione di chiudere i porti italiani è conforme agli obblighi in materia di diritti umani?*, in *EJIL: Talk! Blog dell'European Journal of International Law*, [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), 23.4.2020.

non possono contraddire l'obbligo di diritto internazionale di garantire l'accesso al territorio ai potenziali richiedenti asilo<sup>20</sup>.

Qualche giorno dopo l'emanazione del decreto, il soccorso di centoquarantanove migranti a largo delle coste libiche da parte della nave tedesca *Alan Kurdi* pone sia Governo e Protezione Civile, sia i giudici amministrativi di fronte al dubbio sulla efficacia e sulla stessa legittimità del decreto.

Sul primo versante, la situazione incandescente e gli obblighi di diritto internazionale hanno condotto alla soluzione ingegnosa di trasformare il luogo *sicuro* in *galleggiante*<sup>21</sup> (vedi *infra* par. 2.2) e qui svolgere la sorveglianza sanitaria: il 12 aprile, con decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287<sup>22</sup>, il posto sicuro è dunque individuato nelle navi, così nel giro di pochi giorni i migranti soccorsi sono stati trasferiti su un'altra nave, la *Raffaele Rubattino*, come deciso dal soggetto attuatore, ossia la Croce Rossa Italiana. Si tratta invero di una scelta non priva di inconvenienti e rischi, quali quello di non potere verificare le singole situazioni di salute degli stranieri e la necessità di cure specifiche di cui potrebbero avere bisogno, o di non consentire l'accesso immediato alla procedura per fare richiesta d'asilo (art. 10, co. 3 Costituzione), mentre il rischio è che i migranti subiscano trattamenti inumani e degradanti, inderogabilmente vietati anche in situazioni di emergenza (artt. 3 e 15 CEDU)<sup>23</sup>.

Al tempo stesso, il decreto del Capo della Protezione Civile è intervenuto a “sanare” la potenziale grave lesione degli obblighi di diritto internazionale (su tutti, il divieto di respingimento, di subire trattamenti inumani e degradanti, di espulsione collettiva, il diritto d'asilo) che il decreto interministeriale avrebbe indirettamente causato. Si traducono in

---

20. «(...) it could send the persons into “orbit” in search of a State willing to receive them and as such may contribute to the further spread of the disease», scrive l'UNHCR nella *Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response*, [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 16.3.2020.

21. Sulle condizioni materiali e giuridiche dei migranti soccorsi in mare e trasferiti sulle cc.dd. “navi quarantena” o navi *hotspot*, si leggano il recente rapporto Cild, *Detenzione migrante ai tempi del Covid*, cild.eu, luglio 2020 ed il Bollettino n. 28, del GNPL del 28.4.2020, reperibile online al sito [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it). La realizzazione di misure di quarantena in tali luoghi espone in effetti i migranti ad una situazione di “limbo” giuridico, giacché non è loro riconosciuto il diritto di chiedere asilo, di essere tutelati se vittime di tratta o minori non accompagnati, né è assicurato quello di ricevere informazioni chiare ed esaustive sulle ragioni alla base della misura restrittiva. Infine, conclude il Garante, «l'imposizione di un periodo di quarantena nei confronti di persone per le quali non è al momento possibile indicare una soluzione di accoglienza appare contraddittoria e critica».

22. Avente ad oggetto la nomina del soggetto attuatore per le attività emergenziali connesse all'assistenza e alla sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi in mare, ovvero giunti sul territorio nazionale a seguito di sbarchi autonomi nell'ambito dell'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili.

23. A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *op. cit.*, p. 221, criticano il ricorso ad un atto amministrativo che comprime gravemente sia i diritti fondamentali dei cittadini stranieri, sia gli obblighi di diritto internazionale al riguardo, più precisamente, il diritto d'asilo e il divieto di non respingimento, tra loro strettamente interconnessi al diritto di sbarcare in un luogo sicuro.

opzioni favorevoli al respingimento le cc.dd. “politiche di non arrivo”<sup>24</sup>, volte appunto ad evitare l’arrivo sulle coste italiane dei richiedenti asilo e più in generale dei cittadini stranieri, tra cui si inseriscono quelle dei cc.dd. “porti chiusi”.

Un aspetto problematico intrinseco al respingimento, che si riflette anche nelle politiche che ne riproducono gli effetti, è quello di operare in maniera indiscriminata, senza svolgere un esame individuale delle posizioni dei singoli. Tale (mancata) scelta «comporta l’aggiramento, se non la negazione, dei due principi che rappresentano la premessa ineludibile per garantire effettività alla tutela del diritto di asilo: il divieto di espulsioni collettive e il principio di non-respingimento»<sup>25</sup>. Sulla necessità dell’esame individuale della condizione dello straniero, con il *leading case Hirsi Jamaa ed altri v. Italia*<sup>26</sup>, la Corte EDU ha chiarito che il divieto di espulsioni collettive riguarda tutti i casi in cui l’allontanamento non è preceduto dall’esame individuale: seguendo l’*iter* argomentativo rientrerebbe tra l’ipotesi di espulsione collettiva anche il caso dei respingimenti, se praticati in maniera indiscriminata.

Il Tar Lazio<sup>27</sup>, chiamato in sede cautelare a verificare la sussistenza dei presupposti per sospendere l’efficacia del decreto, ha dal suo canto escluso, «in considerazione di un bilanciamento degli interessi contrapposti tipico della fase cautelare, che sussistano i requisiti di estrema gravità ed urgenza, poiché l’atto impugnato è motivato mediante argomentazioni non implausibili circa l’attuale situazione di emergenza da Covid-19, e la conseguente impossibilità di fornire un “luogo sicuro”, senza compromettere la funzionalità delle strutture nazionali sanitarie, logistiche e di sicurezza dedicate al contenimento della diffusione del contagio e di assistenza e cura ai pazienti Covid-19. Resta comunque fermo l’obbligo di garantire assistenza sanitaria e socio-assistenziale alle persone eventualmente soccorse in mare».

L’epilogo della vicenda lascia peraltro aperte diverse criticità, portando anzitutto a domandarsi se la soluzione trovata sia da annoverare tra quelle «misure eccezionali strettamente proporzionali e correlate alle necessità connesse all’epidemia (evitare diffusioni del virus e tutelare le persone soccorse dal contagio)» o all’inverso si tratti di «una indebita compressione di diritti, che devono, se pur con modalità rapportate allo stato di emergenza sanitaria, essere garantiti»<sup>28</sup>.

---

24. F. Scuto, *op. cit.*, p. 49. L’espressione è utilizzata dall’A. per definire quelle operazioni che vanno dai respingimenti in alto mare alla politica dei “porti chiusi” e ancora all’esternalizzazione della gestione dei flussi migratori, tutte ispirate alla volontà di impedire l’ingresso nel territorio dei cittadini stranieri.

25. *Ivi*, p. 50.

26. Corte EDU, sent. 23 febbraio 2012, ricorso nr. 27765/2009.

27. Tar Lazio - Roma, sez. III, decr., 22 aprile 2020, n. 3066.

28. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti: sommersi e salvati*, in *Diritti senza confini*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 21.3.2020.

Il nuovo assetto emergenziale rende in effetti necessario contemplare l'assenza dei requisiti utili alla classificazione di *place of safety* alla luce dei criteri di temporaneità e proporzionalità<sup>29</sup>, già impiegati dalla Corte costituzionale per affrontare le specificità dei momenti di emergenza e crisi passati, senza però mai sospendere l'ordine costituzionale<sup>30</sup>.

La pandemia ha riportato al centro della gestione del rischio l'importanza del principio precauzionale<sup>31</sup>, che offre uno spazio di discrezionalità agli Stati quanto alle opzioni del *risk management* per la tutela e la protezione sanitaria che deve necessariamente presupporre il rammentato principio di proporzionalità, sì da evitare che l'applicazione indiscriminata della cautela dia voce solo alle risultanze scientifiche, sacrificando oltremodo gli altri interessi coinvolti.

Sulla difficoltà di trovare l'ago della bilancia nell'emergenza in corso, c'è chi ha fatto del resto notare come «Il tempo *sia* stato tiranno nell'opera di conformazione del principio di precauzione con quello di proporzionalità a fronte del COVID-19 perché l'“emergenza” è arrivata prima della presa d'atto del “rischio”»<sup>32</sup>.

Come è noto, «ai fini del contenimento dell'epidemia, quasi tutte le libertà costituzionali sono state di fatto congelate, per garantire il diritto alla salute, in particolare alla salute collettiva»<sup>33</sup>, facendo tornare così alla ribalta la necessità dell'operazione di bilanciamento tra i diritti, su cui di recente anche la sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale sul

---

29. Lo dice la Presidente della Corte costituzionale nell'intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, titolata *Coronavirus, intervista a Marta Cartabia: «Nella Costituzione le vie per uscire dalla crisi»*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 29.4.2020; E. Grosso, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), Editoriale, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 16/2020, 27.5.2020, ritiene a sua volta che il giudizio di *proporzionalità* in questa fase sia più sfuggente di quello di *temporaneità*, giacché il primo rischia di confondersi con il giudizio di merito, più strettamente politico e quindi poco utile a valutare se una misura sia legittima sotto il profilo della tenuta costituzionale. Il criterio di temporaneità è cioè stato offuscato dalla proporzionalità, quando invece è proprio il regime temporaneo delle misure che ne segna la costituzionalità, difficilmente valutabile a partire dal contenuto, con cui si può essere “solo” più o meno d'accordo.

30. Sul tema si veda la Relazione annuale su *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*, del 28.4.2020, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nella quale la Presidente ricorda che pur mancando in Costituzione una disciplina *ad hoc* sullo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art. 116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese, «la Carta costituzionale così com'è – con il suo equilibrato complesso di principi, poteri, limiti e garanzie; diritti, doveri e responsabilità – offre [a offrire] a tutte le istituzioni e a tutti i cittadini la bussola che consente di navigare “per l'alto mare aperto” dell'emergenza e del dopoemergenza che ci attende» (p. 26).

31. Sull'ampliamento del raggio di applicazione del principio precauzionale oltre il diritto ambientale, si vedano la Comunicazione Com/2000/01 e la legge n. 15/2005, che lo ha riconosciuto tra i principi generali che informano l'amministrazione ordinamentale europea. In termini, A. Napolitano, *L'evoluzione del principio di precauzione nel panorama giuridico nazionale ed europeo*, in *DE IUSTITIA*, [www.deiustitia.it](http://www.deiustitia.it), 1, 2019, p. 64 ss.; in generale, R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2018.

32. T. Pasquino, *Il principio di precauzione ai tempi del COVID-19 tra “rischio” ed “emergenza”*, in *BioLaw Journal*, [rivista.biodiritto.org](http://rivista.biodiritto.org), No 1S (2020): *Special Issue*: 1/2020.

33. M. D'Amico, *Emergenza, Diritti, Discriminazione*, in *La Rivista GdP*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), fasc. 1/2020, pp. 16-42 (spec. p. 25).

c.d. “caso Ilva” aveva ribadito un insegnamento irrinunciabile: tra principi e diritti fondamentali non vi è né gerarchia né pretesa di assolutezza dell’uno sull’altro.

«Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»<sup>34</sup>, quest’ultimo non è ad ontologia immutabile, ma potrà essere a sua volta bilanciato quando le circostanze empiriche lo richiedano<sup>35</sup>. A tale proposito, la successiva sentenza della Corte costituzionale (la n. 58/2018, tornata sul caso Ilva) offre un ulteriore esempio, giacché il legislatore è stato censurato per non aver ragionevolmente bilanciato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, non avendo tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori a fronte del rischio delle esigenze basilari della persona, innanzitutto per la loro stessa vita<sup>36</sup>.

L’articolazione del principio di proporzionalità fatta propria dalla Corte di Lussemburgo, ma presente anche nell’attrezzatura ermeneutica di altre Corti sovranazionali, internazionali e corti costituzionali nazionali (europee e non) – ciascuna con le proprie peculiarità – è debitrice della nota teoria di Alexy<sup>37</sup> ed è oggi uno dei tratti caratterizzanti del costituzionalismo globale.

Il giurista tedesco, distinguendo come noto tra principi e diritti, elaborò per i primi appunto la tecnica dinamica del bilanciamento: essi esigono la loro applicazione nella massima misura possibile, tenuto conto delle possibilità di fatto e di diritto. Siffatta teoria svolge il suo ruolo principale rispetto ai diritti fondamentali, non concepiti nell’ordinamento come “comandi definitivi”, ma come “richieste o comandi di ottimizzazione”. Mentre i primi, o le regole, trovano la loro forma applicativa della sussunzione e nel “tutto o niente”, i secondi invece si applicano proprio in via di bilanciamento, tentando di ottimizzare tutti i valori dell’ordinamento.

---

34. *Considerato in diritto* n. 9 della sentenza del 9.4.2013, n. 85.

35. G. Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2/2014, pp. 541-556.

36. M. D’Amico, *op. e loc. cit.*, ricorda che anche dalla lettura combinata dei due precedenti è possibile ricavare che l’opera di bilanciamento debba sempre incontrare il limite della proporzionalità e della ragionevolezza, verificando la praticabilità di misure alternative che siano meno penalizzanti per gli altri diritti costituzionalmente protetti; dalla seconda sentenza si rimarca che la tutela del diritto alla salute, anche in un contesto emergenziale, deve essere attratta nel giudizio di bilanciamento con gli altri diritti.

37. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. ita. a cura di L. Di Carlo, Bologna, il Mulino, 2012; in termini, si vedano M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AiC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 3/2017; A. Sardo, *Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza Un’introduzione critica*, in *Revus [Online]*, [www.journals.openedition.org](http://www.journals.openedition.org), n. 22/2014.

Il *focus* sulla valutazione dell'impatto costituzionale dei provvedimenti emergenziali si è tuttavia quasi del tutto concentrato sul criterio della proporzionalità, offuscando quello della temporaneità, l'unica vera bussola in grado di orientare in realtà sull'evoluzione della pandemia e, a partire dalle risultanze scientifiche, di consentire di verificare «sotto il controllo democratico, che quelle misure sono *oggi* necessarie, nel senso di *razionali rispetto allo scopo*, mentre domani, quando quei dati – resi pubblici misurabili e fatti oggetto di confronto tra gli studiosi – saranno diversi, le stesse misure non si giustificheranno più»<sup>38</sup>.

Non è quindi un esercizio sterile mettere alla prova dell'adeguatezza sotto i due profili indicati il decreto interministeriale del 7 aprile, per indagarne i profili di tenuta costituzionale.

Quanto alla verifica del *least-restrictive means* e del nesso di congruità, soppesando gli effetti in termini di benefici/sacrifici, sorge il dubbio che l'Esecutivo non abbia ben valutato la misura che richiedeva i minori sacrifici possibili: l'espansione della tenuta del sistema sanitario nazionale, da un lato e la compressione dei diritti alla vita, alla salute, all'asilo, al *non refoulement*, allo sbarco in un posto sicuro, dall'altro<sup>39</sup>. Non bisogna poi tralasciare l'altro principio richiamato espressamente dalla linee guida della Commissione, quello di non discriminazione. Se ne paventa infatti una relativa al diritto alla salute in base alla nazionalità<sup>40</sup> di quegli stranieri che vengano tratti in salvo da una nave battente bandiera straniera, dimenticando che la salute è diritto fondamentale a dimensione universale (artt. 2, 32 e 38 Cost.), quindi riconosciuto anche ai naufraghi e che nella Costituzione italiana essa ha anche una precisa dimensione collettiva.

Sulla duplice dimensione<sup>41</sup> dell'art. 32 Cost., non pare in questa sede superfluo partire dal dato definitorio: «Dal modo in cui l'art. 32, comma 1, Cost., è formulato si trae dunque un dato sufficientemente evidente: è la salute, non la salute individuale, ad essere protetta come interesse della collettività. Sicché saranno soltanto le ragioni legate alla salute

---

38. E. Grosso, *op. cit.*, p. VIII (corsivi testuali).

39. A. Algostino, *CoViD-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio AiC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), fasc. 3/2020, 21.4.2020.

40. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti*, cit., «L'emergenza sanitaria non deve comportare un arroccamento nazionalista, essere l'occasione, una volta di più, per discriminare nella tutela dei diritti umani, rendendo mera retorica i diritti universali o tramutandoli in privilegi del cittadino, veicolando l'idea che alcuni siano "più meritevoli", "più umani", di altri». Muove una critica analoga, con toni più accesi, F. Pallante, *Divieto illegittimo, nella forma e nella sostanza*, ne *Il Manifesto*, [www.ilmanifesto.it](http://www.ilmanifesto.it), 9.4.2020.

41. F. Niola, *Il paradigma della proporzionalità nel confronto tra obblighi vaccinali e l'app Immuni*, in *Stato di Diritto Emergenza Tecnologia*, a cura di G. De Minico - M. Villone, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), luglio 2020, p. 171, la definisce un *unicum* nella Costituzione, poiché in nessuna altra norma costituzionale la polivalenza di un diritto è testualmente esplicitata negli stessi termini e con la medesima intensità di affermazione.

collettiva a poter abilitare un intervento limitativo delle libertà di salute del singolo»<sup>42</sup>. La *ratio* delle misure di contenimento sarebbe dunque ispirata alla necessità di comporre il delicato equilibrio, che impone di salvaguardare cumulativamente la salute del singolo e quella della collettività<sup>43</sup>, ove il primo diritto non è tiranno dell'altro ed entrambi sono funzionali a proteggere il bene "salute". La Corte costituzionale con la sentenza n. 307/1990 – in materia di trattamenti sanitari obbligatori – affermava che «un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». Si tratta insomma di trovare una sintesi ragionevole tra la tutela della salute individuale del migrante a bordo delle navi e quella della collettività.

Né potrebbe esser sostenuto che il diritto alla salute del non cittadino sia meno "fondamentale" di quello del cittadino. Il legislatore italiano ha inteso sì condizionare l'erogabilità di cure mediche in base alla regolarità del soggiorno, ma riconoscendo anche agli irregolari presenti alla frontiera o comunque sul territorio il diritto a quelle essenziali (art. 2 d.lgs. 286/98), dovendo anche a loro essere garantite la profilassi, la diagnosi e la cura delle malattie infettive e l'eventuale bonifica dei relativi focolai (art. 35, co. 3, lett. e d.lgs. 286/98)<sup>44</sup>. La Corte costituzionale, nella sentenza 252/2001<sup>45</sup>, individua un "nucleo irriducibile"<sup>46</sup>, oltre il quale non è possibile spingersi nella compressione del diritto alla salute

---

42. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale: Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 39; la studiosa precisa che la salute intesa come libertà di natura individuale potrà subire un contenimento solo per un interesse della medesima natura di portata collettiva, e non già in presenza di un generico pericolo per l'interesse pubblico.

43. A.A. Negroni, *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), n. 2/2020, p. 774 ss. (spec. pp. 807 ss.) fornisce un chiarimento sul significato della nozione di "pericolo per la salute collettiva", peraltro non incontroverso.

44. Per una trattazione approfondita del tema si rinvia a C. Corsi, *Il diritto alla salute alla prova delle migrazioni*, in *Istituzioni del Federalismo*, [www.regione.emilia-romagna.it](http://www.regione.emilia-romagna.it), n. 1/2019, p. 45 ss.; per la dimensione europea si vedano A. Albanese, *La tutela della salute dei migranti nel diritto europeo*, in *Rivista AiC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2017; A. De Petris, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari in orientamenti decentrati*, in *Immigrazione e integrazione dalla prospettiva globale alle realtà locali*, a cura di F. Rimoli, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 147 ss.

45. «La legge prevede quindi un sistema articolato di assistenza sanitaria per gli stranieri, nel quale viene in ogni caso assicurato a tutti, quindi anche a coloro che si trovano senza titolo legittimo sul territorio dello Stato, il "nucleo irriducibile" del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.; stante la lettera e la *ratio* delle disposizioni sopra riportate, a tali soggetti sono dunque erogati non solo gli interventi di assoluta urgenza e quelli indicati dall'art. 35, comma 3, secondo periodo, ma tutte le cure necessarie, siano esse ambulatoriali o ospedaliere, comunque essenziali, anche continuative, per malattia e infortunio», (punto 4 della sentenza 252/2001).

46. Critica è la posizione di A. Ruggeri, *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in questa *Rivista*, n. 2.2019, verso la tesi accreditata in dottrina e in giurisprudenza che distingue diritti riconosciuti a tutti e diritti riconosciuti ai non-cittadini solo nel loro "nucleo duro". Secondo l'A. non esiste un nucleo duro e una parte esterna al nucleo, duttile e flessibile dei diritti fondamentali. Questa distinzione teorica si presta a discriminazioni proprio a danno dei non cittadini ed entrerebbe in contraddizione con la stessa nozione di fondamentale. È in *re ipsa* che un diritto fondamentale non può subire un dimezzamento, se non a patto di perdere il suo connotato di "fondamentale". Il diverso regime di godimento dei diritti fondamentali, che si verifica a valle dell'operazione di bilanciamento con gli altri diritti, non

del non cittadino. Lo scrutinio di ragionevolezza dell'atto passa dunque anche attraverso un'attenta valutazione della "tollerabilità" del sacrificio imposto alla salute individuale dei migranti a bordo, nonché dell'efficacia contenitiva per la collettività.

Di fronte ad un decorso epidemiologico tanto mutevole, il bilanciamento così restrittivo operato a monte dal decreto interministeriale deve essere confrontato continuamente con l'esperienza concreta, per intercettare sul nascere eventuali cambiamenti della situazione di fatto e rimodularsi in senso espansivo in ordine ai molteplici diritti compressi dei naufraghi.

La nozione di "posto sicuro" è in *re ipsa* una qualificazione giuridica che va adoperata in modo flessibile<sup>47</sup>. Il decreto si presenta monco, da questo punto di vista, avendo previsto all'art. 1 di non assicurare i requisiti richiesti dalla Convenzione di Amburgo per tutta la durata dell'emergenza sanitaria nazionale, attraverso una valutazione unilaterale ed astratta operata *ex ante* che non lascia spazio a successivi apprezzamenti che tengano conto del *trend* epidemiologico.

Distante dalla predeterminazione generale contenuta nel decreto interministeriale, «la Convenzione di Amburgo del 1979 prevede obblighi di cooperazione in buona fede al fine di individuare un posto sicuro con tempestività rispetto alle concrete circostanze di fatto, ovvero tenendo conto delle condizioni di *distress* dell'imbarcazione, delle condizioni meteomarine, della condizione personale dei naufraghi e di quanto altro ancora possa concretamente risultare rilevante»<sup>48</sup>. La normativa *de qua* soffre peraltro di un approccio casistico che mal si concilia con l'automatismo del provvedimento in commento, del quale pare dubbia la legittimità sotto diversi profili.

Anzitutto la nozione di "sicurezza", cui si riferisce la definizione giuridica di "posto sicuro", è legata alle circostanze concrete in cui è avvenuto il soccorso e il rischio di naufragio. Il fine è quello di mettere al riparo i diritti fondamentali delle persone soccorse

---

è riconducibile allo *status civitatis* bensì al differente legame col territorio tra immigrati *ivi* presenti più stabilmente e migranti che presentano un legame temporaneo col territorio.

47. P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20.5.2020, critica l'adozione della qualificazione unilaterale per tutta la durata dello stato di emergenza nazionale (per il momento prolungato al 15 ottobre 2020) che riguarda la situazione di tutti i porti italiani, in aperta contraddizione alla nozione flessibile nel tempo e nello spazio, secondo i canoni nel diritto internazionale, di "posto sicuro". L'A. ritiene, tuttavia, che le misure di sorveglianza sanitaria e di quarantena assicurate secondo quanto previsto dal decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile del 12 aprile 2020, possano costituire un ragionevole bilanciamento tra le inderogabili esigenze della salute di tutti e quelle altrettanto inderogabili della incolumità fisica individuale, di non subire trattamenti inumani e degradanti e di accedere al territorio italiano per poter presentare domanda d'asilo.

48. Questo ed altri rilievi critici sono stati evidenziati dal *Comunicato di Asgi chiede l'immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020. L'Italia è sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare*, [www.asgi.it](http://www.asgi.it), del 15.4.2020.

piuttosto che il territorio nazionale<sup>49</sup>. Nella prospettiva della sicurezza dei diritti si comprende, allora, come la Convenzione di Amburgo si raccordi *in primis* con l'art. 33.1 della Convenzione di Ginevra, ossia col divieto di respingere «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche» e *in secundis* con il diritto d'asilo, che può esser domandato nel Paese che rappresenta “luogo sicuro” di approdo.

Il “divieto”<sup>50</sup> generico di sbarco crea un *vulnus* di fatto in ordine al diritto d'asilo e al divieto di *refoulement*. A tale proposito, è utile evidenziare che «qualora i soggetti tratti in salvo, oltre che naufraghi, siano qualificabili anche come richiedenti asilo, l'espressione *safety place* si colora di un ulteriore significato che, lungi dal limitarsi al riconoscimento della sola protezione fisica delle persone soccorse, configura il diritto allo sbarco in un luogo in cui sia altresì garantita la loro protezione internazionale, ovvero il diritto a richiedere e a vedersi riconosciuto un certo *status* legale (come quello di rifugiato), alle condizioni e secondo le procedure indicate dal diritto interno e sovranazionale»<sup>51</sup>.

Il diritto d'asilo è insomma estensione del principio di *non-refoulement*, nel cui contenuto vanno ricompresi tanto l'obbligo negativo di non respingere verso un territorio in cui la vita e la libertà di una persona possano essere minacciate, quanto in quello positivo di consentire l'accesso al territorio per la presentazione della domanda d'asilo. Consolidato è l'orientamento della giurisprudenza<sup>52</sup>, da ultimo riaffermato dalla sentenza 22917/2019<sup>53</sup> del Tribunale di Roma, che considera il diritto di accesso al territorio come parte integrante dell'art. 10 comma 3 della Costituzione; la possibilità di accesso a tale fine rappresenta la

---

49. M. Magri, *Obbligo di soccorso in mare, funzioni della Guardia costiera e respingimenti “delegati”: sui poteri del Ministro dell'Interno*, in *Istituzioni del federalismo*, [www.regione.emilia-romagna.it](http://www.regione.emilia-romagna.it), n. 1/2019, p. 149 ss. (spec. p. 156).

50. Il termine divieto è qui utilizzato in maniera impropria, nel decreto non è fatta menzione di nessun divieto di approdo nei porti italiani, esso si riferisce unicamente ai requisiti di “luogo sicuro” in base alla Convenzione di Amburgo. Cfr. in tal senso P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus*, cit., p. 10.

51. C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 191.

52. Corte cass., sez. I, sent. 25028/2005, «non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto e anzitutto come il diritto dello straniero di accedervi al fine di esservi ammesso alla procedura di esame della domanda di protezione».

53. La sentenza ha ad oggetto il diritto di accesso sul territorio italiano per formalizzare la domanda di asilo e il diritto al risarcimento del danno ad un gruppo di 14 cittadini eritrei che il 27 giugno 2009 erano stati intercettati e soccorsi in alto mare dalla Marina militare italiana e poi respinti collettivamente verso la Libia, Paese dal quale erano in fuga verso l'Italia per chiedere asilo. Per un commento alla sentenza si legga M. Giuffré, *Esternalizzazione delle frontiere e non-refoulement: accesso al territorio e alla procedura di asilo alla luce della sentenza n. 22917/2019*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), fasc. 1/2020. L'A. evidenzia il potenziale impatto della sentenza, oltre sulle recenti politiche di esternalizzazione delle frontiere, anche sui migranti soccorsi in mare e costretti ad attendere a bordo, per diversi giorni, in condizioni inumane e degradanti prima di ricevere un'autorizzazione allo sbarco.

precondizione ineludibile<sup>54</sup> per la presentazione della domanda d’asilo e le garanzie nazionali e UE previste.

Nella citata decisione di merito, l’autorità giudicante osserva che le disposizioni in materia di protezione internazionale possono trovare applicazione solo laddove siano concretamente attuabili ed effettivamente configurabili i presupposti. Tra essi figura quello della presenza sul territorio<sup>55</sup> (art. 6, co. 1 d.lgs. 25/08), la cui assenza, anche se per ragioni non riconducibili alla sfera di dominio del richiedente, alla sua condotta o volontà e, anzi, imputabili a un illecito compiuto dall’autorità, determina l’impossibile applicazione della normativa, lasciando irragionevolmente prive di tutela situazioni di diritto pieno e perfetto. Vero è che il Tribunale di Roma, con la nota sentenza sul caso del leader curdo *Öcalan* ha riconosciuto il diritto di asilo costituzionale a una persona che non si trovava più in Italia, chiarendo così definitivamente che la nozione di “territorio” contenuta nell’art. 10, comma 3, Cost., non presuppone la presenza nel territorio italiano del richiedente come condizione di legittimità della domanda. Tuttavia qui si discute dell’accesso al territorio nazionale come condizione di *effettiva* possibilità di presentare domanda d’asilo, finalizzata a consentire i successivi accertamenti sullo *status* di rifugiato, e che invece le politiche dei “porti chiusi” tendono ad aggirare e comprimere<sup>56</sup>.

Per quel che concerne il profilo strettamente emergenziale, la *ragionevolezza delle ragioni* indicate nel decreto palesa ulteriori perplessità, quali la presunzione di una eventuale eccessiva pressione sul SSN e sulle forze di polizia, tale da non garantire condizioni di sicurezza per la vita, le necessità primarie e l’accesso ai servizi fondamentali delle persone soccorse – a fronte di un numero ridotto di persone approdate nei primi mesi della pandemia – e la parametrizzazione dei requisiti di *insicurezza* a criteri estranei alla presenza paventata del virus e di allocazione delle risorse sanitarie – quali il luogo in cui è avvenuto soccorso e la bandiera dell’unità navale<sup>57</sup>. Si tratta di profili che entrambi mal si conciliano con la definizione di *safety place* della Convenzione SAR e che producono *insicurezza* dei diritti,

---

54. Anche questa espressione è mutuata da F. Scuto, *op. cit.*, p. 51.

55. È d’uopo precisare che con l’espressione «territorio della Repubblica» contenuta nell’art. 10, co. 3 Cost. si riferisce al luogo in cui lo straniero potrà effettivamente beneficiare della situazione giuridica soggettiva di riferimento e non ad un requisito che deve sussistere per la presentazione della domanda. M. Benvenuti, *La forma dell’acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione e attualità*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), fasc. 2/2018, rileva che «Al contempo, il “territorio della Repubblica” costituisce un elemento teleologico essenziale dell’art. 10, co. 3, Cost. e, di conseguenza, i pubblici poteri non solo non possono ostacolarne il raggiungimento, ma sono tenuti ad adoperarsi, in tutte le sedi opportune (politiche, diplomatiche, internazionali ecc.) e con le modalità di volta in volta più efficaci, per far sì che uno straniero impedito nell’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana possa raggiungerlo».

56. F. Scuto, *op. cit.*, p. 56 ss.

57. *Asgi chiede l’immediata revoca del decreto interministeriale del 7 aprile 2020*, cit., p. 3; sul punto vedi anche A.M. Pelliconi - M. Goldoni, *op. cit.*, p. 222, che definiscono le motivazioni adottate nel decreto, in alcuni passaggi, “contro-intuitive”.

perdipiù perseguita in via amministrativa. Non possono infine essere trascurate le parole inconferenti del Sottosegretario di Stato per le infrastrutture e i trasporti, che – nel rispondere all’interpellanza urgente presentata alla Camera dei deputati il 15 aprile 2020 – ha evocato tra le ragioni del decreto il «richiamo alla responsabilità dello Stato di bandiera dell’unità soccorritrice che, in nome del già ricordato principio di cooperazione previsto dalla convenzione SAR, è chiamato a cooperare con l’Italia per individuare una soluzione condivisa di gestione dei naufraghi»<sup>58</sup>.

Quanto al principio di *temporaneità*, esso è stato completamente trascurato. È utile a questo punto una breve ricognizione della Convenzione di Amburgo e delle Linee Guida approvate dall’International Maritime Organization (Imo) con la Risoluzione Msc.167(78) del 20 maggio 2004, che impongono agli Stati specifici obblighi<sup>59</sup> in materia di ricerca e salvataggio nella zona SAR di appartenenza e quando sia necessario anche al di fuori di essa. In estrema sintesi, lo Stato che abbia coordinato l’operazione di soccorso deve poi assicurarsi che il comandante della nave approdi nel “posto sicuro” più vicino, luogo che va identificato «tenuto conto delle particolari circostanze del caso»<sup>60</sup>. È evidente che ogni manovra di *search and rescue* sfugge a valutazioni aprioristiche di così lungo termine, giacché ognuna di esse risponde alle specificità del caso concreto fermo restando il diritto di

---

58. F.P. Modugno, *A volte ritornano (i porti chiusi): la Cassazione sul caso Sea Watch alla prova del Covid-19*, in *Giurisprudenza Penale Web*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2020, 4, p. 31, solleva dubbi legati allo strumento giuridico (fonte di natura secondaria) prescelto per derogare agli obblighi giuridici vigenti ai sensi degli artt. 10, e 117 Cost.; all’impossibilità di assegnare un POS per tutta la durata dell’emergenza; alla sospensione dei criteri per l’assegnazione del POS rivolta unicamente alle navi straniere e ai salvataggi operati al di fuori della zona SAR italiana. Non da ultimo, l’A. critica le motivazioni espresse dal Sottosegretario nel testo citato, rispetto al maggiore coinvolgimento e alla responsabilizzazione dello Stato di bandiera, che sembrano richiamare le posizioni del precedente Ministro dell’Interno *pro tempore*, sulle esigenze di condivisione delle tematiche connesse alla gestione dei flussi migratori e in ordine all’accusa alle unità navali delle ONG di essere *pull-factor* dell’immigrazione.

59. Per una analisi più approfondita si rinvia *ex plurimis* a I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governativa*, in questa *Rivista*, n. 3.2017 e a F. Vassallo Paleologo, *Obblighi di ricerca e soccorso in mare imposti dal diritto internazionale e accordi con gli stati di transito*, in [www.a-dif.org](http://www.a-dif.org), 8 novembre 2019. È utile riportare quali siano gli obblighi derivanti dal punto 3.1.9 della Convenzione di Amburgo del 1979, come emendato nel 2004: «la Parte responsabile della zona di ricerca e salvataggio in cui viene prestata assistenza si assume in primo luogo la responsabilità di vigilare affinché siano assicurati il coordinamento e la cooperazione suddetti, affinché i sopravvissuti cui è stato prestato soccorso vengano sbarcati dalla nave che li ha raccolti e condotti in luogo sicuro, tenuto conto della situazione particolare e delle direttive elaborate dall’Organizzazione marittima internazionale (Imo). In questi casi, le Parti interessate devono adottare le disposizioni necessarie affinché lo sbarco in questione abbia luogo nel più breve tempo ragionevolmente possibile». Tale obbligo ricorre anche nel caso in cui le attività di ricerca e soccorso debbano essere svolte al di fuori della zona SAR di competenza, laddove l’autorità dello Stato che sarebbe, invece, competente in base alla delimitazione convenzionale delle zone SAR non intervenga, o non risponda entro un tempo ragionevole»; di veda ancora I. Papanicolopulu - G. Baj, *Controllo delle frontiere statali e respingimenti nel diritto internazionale e nel diritto del mare*, in questa *Rivista*, n. 1.2020, p. 24 ss.

60. Risoluzione MSC.167(78), 20.5.2004, par. 6.15.

ogni Stato di impedire l'ingresso sul proprio territorio in virtù della sovranità che vi esercita da contemperare al divieto di respingimento<sup>61</sup>.

Il pericolo «che all'uscita dall'emergenza ci si ritrovi con un saldo negativo in termini di libertà è alto, perché le lusinghe di chi chiede di barattare libertà e sicurezza sono molto insidiose»<sup>62</sup>, spinge verso una verifica più impegnativa dei presupposti e delle garanzie alle limitazioni imposte<sup>63</sup>.

*At last but not least*, non bisogna dimenticare che la crisi pandemica non ha messo a tacere i cosiddetti *push and pull factors* dei movimenti di immigrazione. Come ha ricordato l'Alto Commissario ONU per i Rifugiati, nella Dichiarazione in merito alla crisi del Covid-19, (Ginevra, 19 marzo 2020) «Guerre e persecuzioni non sono cessate, e oggi, nel mondo, vi sono persone che continuano a fuggire dalle proprie case alla ricerca di un luogo sicuro», sicché forte è la preoccupazione per la decisione di chiusura delle frontiere e dei suoi effetti verso quelle persone che «oggi, come mai prima, hanno bisogno – come tutti noi – di solidarietà e compassione», oltre che dell'accesso alla procedura per il riconoscimento del diritto all'asilo<sup>64</sup>.

Le frontiere nazionali sono insieme anche quelle continentali e le ragioni che hanno spinto l'Italia ad una così drastica chiusura verso i naufraghi mettono in luce una debolezza sistemica che anche altri Paesi frontalieri, come Grecia e Spagna, avevano da tempo sollevato e che la crisi pandemica ha solo reso più evidente: l'assenza di una percezione adeguata della dimensione sociale e della solidarietà istituzionale non solo tra Stati membri,

---

61. I. Papanicolopulu, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governativa*, cit., evidenzia come l'applicazione dei due principi dia vita alla situazione paradossale per cui le persone salvate non possono essere riportate nel porto di partenza se ciò integra divieto di respingimento, così come ogni Stato può rifiutare lo sbarco della nave soccorritrice nel proprio territorio. Le modifiche alle Convenzioni SAR e SOLAS nel 2004 non hanno sciolto i nodi principali, esse infatti «nulla dicono in merito ai criteri che dovranno essere applicati in caso di disaccordo tra più Stati coinvolti, e soprattutto evitano accuratamente di stabilire che le persone soccorse debbano essere sbarcate nei porti dello Stato nella cui zona SAR esse siano state trovate» (*ivi*, p. 19).

62. M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta online, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 11.4.2020, p. 26; S. Furfaro, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *Arch. pen.*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 1/2020; G. Preterossi, *Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico?*, in *Sinistrainrete*, [www.sinistrainrete.info](http://www.sinistrainrete.info), 6.5.2020.

63. Nel momento in cui si licenzia il lavoro è entrato in vigore il d.l. n. 33/2020 che proroga l'emergenza nazionale al 15 ottobre p.v.

64. M. Consito, *Per tornare a parlare di Green New Deal, tra diritto di asilo e solidarietà*, in *ADiM BLOG, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), marzo 2020. L'A. si sofferma sul tema dei migranti ambientali che nell'attuale assetto ordinamentale di assenza di una definizione normativa di rifugiato ambientale e nella contingenza pandemica si troverebbero esposti più di altri migranti al rischio di non poter ricevere asilo o accoglienza. A chiusura della sua riflessione riprende quanto già espresso in più decisioni dalla Corte EDU in materia di diritto alla sicurezza (art. 5 CEDU), sul quale si misura la forza della democrazia di non cedere al pericolo incombente dei trattamenti disumani, «dimostrando così la forza della legalità».

ma anche tra UE e Stati. La dottrina<sup>65</sup> ha da tempo sottolineato la debolezza delle competenze dell'Unione in materia sanitaria e il fatto che una dimensione di un *welfare* europeo darebbe nuova pregnanza all'art. 80 del TFUE, alleggerendo il carico della sostenibilità dei sistemi di *welfare* dei Paesi alle porte dell'Europa.

Il Parlamento europeo a chiare lettere ha definito dal suo canto la pandemia un momento di verità per l'Unione europea, che ne determinerà il suo stesso futuro<sup>66</sup> su crisi economica, crisi migratoria, Brexit e derive illiberali di alcuni Paesi Membri. Il bivio di fronte al quale si trova l'Unione e la centralità che si auspica sia assunta da un suo slancio solidaristico è stato efficacemente riassunto nell'espressione *the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*<sup>67</sup>.

La complessità del rapporto tra confini statali, mobilità internazionale e carattere "a-territoriale" del virus ha mostrato da un lato un rinnovato protagonismo statale, ma dall'altro lato la necessità di un coordinamento globale al fine del progresso medico-scientifico-tecnologico e per lo sviluppo della politica e dell'economia. La storia geopolitica delle epidemie insegna che nelle emergenze sanitarie si palesano in effetti le fobie più profonde: «in queste fasi il popolo chiede rassicurazioni, la politica le trova nelle accuse infondate verso l'altro, cioè lo straniero»<sup>68</sup>. Non è forse un caso che il Presidente Trump abbia più volte, pubblicamente, scambiato in modo deliberato la parola *coronaviurs* con *Chinese Virus*<sup>69</sup>. Sono dunque maturi i tempi perché non solo la comunità scientifica, ma anche quella politica, abbandonino l'anacronistica via degli arroccamenti nazionalisti e delle risposte solitarie al problema<sup>70</sup>.

---

65. A. Albanese, *op. cit.*; A. Petretto - C.F. Guidi, *Cura della salute e immigrazione: un'analisi comparata sotto il profilo economico finanziario*, in *Rivista AiC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2017, p. 1 ss.; R. Tarchi, *I sistemi sanitari europei alla prova dell'immigrazione. Riflessioni a margine di un convegno fiorentino*, *ivi*, n. 4/2018, p. 154 ss.

66. Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), lett. L.

67. Espressione ripresa dal titolo del contributo di L. Marin - G. Romeo, *The implementation of the principle of solidarity as a persistent 'make-it or break-it' challenge for the EU*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), febbraio 2020; le autrici, nell'analizzare i risultati del recente vertice di Malta del 23 settembre 2019 sulla gestione condivisa degli sbarchi nel Mediterraneo, propongono la strada di un approccio transazionale o di tipo federale in ordine alle competenze da mettere in campo circa le migrazioni di massa.

68. G. Terranova, *La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), marzo 2020, p. 2.

69. Donald Trump's 'Chinese virus': the politics of naming, nel sito [theconversation.com](http://theconversation.com).

70. A. Algostino, *Lo stato di emergenza sanitaria e la chiusura dei porti*, *cit.*

2.1. (segue) *Una prima analisi di compatibilità dell'uso delle navi quarantena col quadro costituzionale e convenzionale*

La vicenda delle cc.dd. “navi quarantena” è meritevole di un ulteriore approfondimento, rispetto a quanto già detto, con riferimento a quella parte dell’art. 1 del decreto del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 1287 che recita: «Con riferimento alle persone soccorse in mare e per le quali non è possibile indicare il “Place of Safety” (luogo sicuro), il Soggetto attuatore, nel rispetto dei protocolli condivisi con il Ministero della salute, può utilizzare navi per lo svolgimento del periodo di sorveglianza sanitaria».

Una precisa indicazione di cosa debba intendersi per “luogo sicuro” proviene altresì dagli emendamenti (adottati nel 2004 ed entrati in vigore nel 2006) alla Convenzione SAR 1979 e alla Convenzione SOLAS del 1974 e con le Linee guida sul trattamento delle persone soccorse in mare<sup>71</sup>. Esso «è una località dove le operazioni di soccorso si considerano concluse, e dove: la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (come cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale» (par. 6.12)<sup>72</sup>.

Il diritto al luogo sicuro non si esaurisce né con l’operazione di salvataggio, né con la ricerca del porto più vicino, ma esso deve garantire la effettiva sicurezza delle persone<sup>73</sup>. Quando poi tra le persone soccorse vi siano potenziali richiedenti asilo, come già accennato, la nozione si riferisce anche alla effettiva possibilità di presentare la domanda d’asilo<sup>74</sup>.

Il ricorso all’utilizzo delle navi quarantena può essere apparentemente considerato come un sacrificio equo e temporaneo per i migranti soccorsi, perfettamente in linea coi sacrifici imposti ai cittadini. Non è tuttavia di scarso rilievo costituzionale e convenzionale (il riferimento è alla CEDU) capire se sull’altare della “minaccia per la salute pubblica” si stia verificando un *vulnus* al diritto di circolazione, o alla libertà personale dei migranti.

Strumento di analisi sarà qui la giurisprudenza, tramite la cui ricognizione si evidenzieranno potenziali profili di illegittimità, insieme alla lettura del paragrafo 6.13 delle Linee guida dell’IMO, ove si afferma che «Sebbene una nave che presta assistenza possa costituire temporaneamente un luogo sicuro, essa dovrebbe essere sollevata da tale responsabilità non appena possano essere intraprese soluzioni alternative».

---

71. Ris. MSC.167-78 del 2004.

72. F. Vassallo Paleologo, *Gli obblighi di soccorso in mare nel diritto sovranazionale e nell’ordinamento interno*, in *Questione Giustizia – L’ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), fasc. 2/2018.

73. C. Di Stasio, *Crisi migratoria e “porti chiusi”: ancora un vulnus ai diritti umani dei migranti*, in *dirittifondamentali.it*, [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), fasc. 2/2019, p. 13.

74. *Ivi*, p. 18.

I casi *Cap Anamur* e *Sea Watch 3* sono utili per individuare i contorni di un diritto su cui la Convenzione SAR e le Linee guida dell'IMO lasciano ambiguità, ossia quello di trovare il luogo sicuro sulla terraferma.

Con la sentenza di assoluzione del Tribunale di Agrigento del 7.10.2009 sul caso *Cap Anamur*<sup>75</sup>, i giudici di merito chiarivano che la nave soccorritrice costituisce un luogo di ricevimento dei naufraghi di natura *temporanea* e che spetta allo Stato costiero farsi carico delle persone soccorse, cui deve esser garantito (si legge ivi) «il diritto universalmente riconosciuto di essere condotti sulla terraferma», sollevando così la nave soccorritrice «dall'incombenza di tenere a bordo i naufraghi non appena possono essere intraprese soluzioni alternative». Il Tribunale, dopo una puntuale disamina degli obblighi internazionali in materia di soccorso in mare ed immigrazione, ha concluso che esiste un «dovere giuridico di sbarcare i naufraghi (...) a prescindere dalle loro condizioni di salute».

Più recentemente, un ulteriore tassello nel mosaico della nozione di “posto sicuro” e della relativa incompatibilità della nozione con l'idea che possa trattarsi di un “posto galleggiante”, è stato aggiunto nel noto caso di Carola Rackete, la comandante della *Sea Watch* (c.d. caso *Sea Watch 3*), con la sentenza della Corte di cassazione<sup>76</sup>, intervenuta proprio in concomitanza con lo scoppio dell'epidemia in Italia, che ha rigettato il ricorso della Procura di Agrigento avverso l'ordinanza del GIP presso il medesimo Tribunale, confermando così la decisione di non convalidare l'arresto in flagranza.

Più precisamente, la Procura solleva una questione dirimente: l'asserita (a suo avviso) confusione, da parte del giudice, tra le nozioni di *porto* e *posto sicuro* avrebbe condotto all'errata conseguenza di ritenere che il *place of safety* debba necessariamente coincidere con la terraferma. Essa sostiene in proposito che invece «la normativa sovranazionale non sembra fare stretto riferimento ad un “porto sicuro”, bensì al diverso concetto di “posto sicuro”, non ravvisandosi in tale concetto un sicuro e inequivocabile significato di “terra ferma”... Sembrerebbe ... che per l'individuazione di un “*place of safety*” non debba necessariamente farsi riferimento alla terra ferma, ma possa anche alternativamente identificarsi come tale un luogo ove sia assicurata l'assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo di definitivo sbarco».

La Corte di cassazione, respinto il motivo di gravame, ha evidenziato il legame tra l'obbligo giuridico di soccorso in mare e la conclusione dell'operazione sul POS, ritenendo

---

75. Per un commento alla sentenza si rinvia a F. Vassallo Paleologo, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario. E oggi?*, sul blog ADIF, [www.adif.org](http://www.adif.org), 19.3.2018.

76. Corte di cassazione, sez. III penale, sentenza 16 gennaio - 20 febbraio 2020, n. 6626, sugli aspetti più squisitamente penalistici e processual-penalistici della pronuncia si rinvia alla sezione *Confronto di idee su giustizia su giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. Pen.*, [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), fascicolo n. 1 – gennaio-aprile 2020 e al commento di L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 26.2.2020.

che il primo non possa considerarsi assolto con il recupero a bordo della nave. L'obbligo di prestare soccorso dettato dalla Convenzione SAR di Amburgo, non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta quello accessorio e conseguente di sbarcarli in un *luogo* sicuro, giungendo così alla conclusione che «Non può quindi essere qualificato “luogo sicuro”, per evidente mancanza di tale presupposto, una nave in mare che, oltre ad essere in balia degli eventi metereologici avversi, non consente il rispetto dei diritti fondamentali delle persone soccorse»<sup>77</sup>.

Il dovere di soccorso non si limita all'attività di salvataggio dei naufraghi, poiché tali persone hanno diritto a presentare domanda di protezione internazionale secondo la Convenzione di Ginevra del 1951, come precisa la Corte, operazione che del resto non può certo svolgersi su una nave. La Corte richiama a tal proposito la risoluzione n. 1821 del 21 giugno 2011 del Consiglio d'Europa, che in via esegetica contribuisce a delineare la nozione di “luogo sicuro”, nel senso che essa «non può essere limitata alla sola protezione fisica delle persone, ma comprende necessariamente il rispetto dei loro diritti fondamentali».

All'indomani della pronuncia, un autorevole studioso ha sottolineato il forte legame evidenziato dalla Corte, ossia la relazione tra il salvataggio e l'esigenza di assicurare, assieme allo stesso, l'esercizio del diritto d'asilo costituzionalmente riconosciuto: «Siamo dunque dentro una gabbia di tutele costituzionali che nessuna legge, regolamento, circolare o *tweet* ministeriale può derogare»<sup>78</sup>.

Alla luce del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte ci si chiede quali ne siano gli effetti, diretti o indiretti, sulle legislazione d'emergenza CoViD-19<sup>79</sup> e, più precisamente,

---

77. È peraltro utile segnalare che sull'interpretazione data dalla Corte c'è chi ha fatto rilevare che in realtà essa abbia eluso e non risolto il quesito sollevato dalla Procura di Agrigento; si veda al proposito E. Mezzasalma, *Una nuova concezione dell'obbligo di salvataggio in mare alla luce della sentenza della Cassazione sul caso Sea Watch 3?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 2020, 4. Secondo l'A., la tesi dell'obbligo accessorio di sbarco gravante sui comandanti è stata soltanto un *escamotage* interpretativo per “risolvere” il caso concreto senza però affrontare la questione giuridica fondamentale, ossia aver posto l'accento sull'obbligo di sbarco in capo ai comandanti delle navi è stato un modo per non parlare di obbligo di sbarco in capo agli Stati costieri. L'A. motiva così la sua tesi: «Che la questione sia stata sostanzialmente elusa lo si evince con sicurezza dal fatto che scorrendo il testo della decisione della Corte ci si rende subito conto, con una certa sorpresa, che l'art. 11, co. 1-ter, d.lgs. 1998, n. 286, e lo strumento interdittivo in esso previsto, non è nominato nemmeno una volta. Eppure, non c'è dubbio che per dirimere tale questione il nodo da sciogliere è quello relativo al generale potere di interdizione del mare territoriale che l'art. 25 UNCLOS riserva agli Stati costieri. È chiaro, infatti, che se l'esercizio di tale potere è legittimo allora non vi è per lo Stato costiero alcun obbligo di sbarco e, all'opposto, se tale esercizio è illegittimo allora l'obbligo in questione sussiste certamente» (*ivi*, p. 13). In senso contrario si rinvia a S. Calabria, *I respingimenti in mare dopo il cd. decreto sicurezza-bis (ed in particolare alla luce del comma 1-ter dell'art. 11 del d.lgs. n. 286/1998). I diritti fondamentali dei migranti soccorsi in mare e il correlativo quadro dei doveri delle autorità statuali alla luce dei precedenti delle Corti sovranazionali. Qual è l'incidenza del cd. decreto sicurezza-bis? Il caso Sea Watch e la discussa questione dell'adempimento di un dovere*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 29.7.2019.

78. R. Bin, *Il “caso Rackete”: una sentenza importante della Cassazione*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 1.3.2020.

79. Si veda F.P. Modugno, *op. cit.*

sulla predisposizione di imbarcazioni nei porti italiani per realizzare la sorveglianza sanitaria dei migranti soccorsi.

C'è chi ha fatto notare la ragionevolezza delle «(minime) deviazioni dagli *standard* di tutela e gestione dei soccorsi in mare, tese a contemperare anche le esigenze sanitarie e amministrative legate all'emergenza ed estese sul territorio nazionale»<sup>80</sup>. Esse risulterebbero solo apparentemente in conflitto con gli obblighi di diritto internazionale, perché frutto dell'opera di bilanciamento, secondo il parametro di stretta necessità, con le analoghe misure di carattere generale limitative di alcune libertà fondamentali (non da ultimo, la libertà personale e la libertà di circolazione) adottate dal governo per il contenimento dell'epidemia su tutto il territorio nazionale.

Quest'equiparazione tra le pesanti limitazioni imposte ai cittadini con quelle dei migranti per i quali non sia individuabile un POS non può trascurare il piano delle condizioni materiali di estremo disfavore che segna la sorveglianza sanitaria sulle navi quarantena. A fronte di un'applicazione statica e indifferenziata delle misure di confinamento, le condizioni di fatto in cui si è consumata la quarantena sulle navi non possono essere *sic et simpliciter* tralasciate e tanto meno enfatizzate, essendo la presa d'atto delle diseguaglianze derivanti dal diritto emergenziale un'operazione necessaria alla rimozione degli squilibri *di fatto* esistenti (e moltiplicati) e dell'instaurazione (da evitare) di pericolosi precedenti in materia di primo soccorso e accoglienza.

Altrettanto urgente è la questione della verifica della misura della sorveglianza sanitaria sulle c.d. navi quarantena, all'interno del più complesso quadro delle disposizioni costituzionali e convenzionali relative alla libertà di circolazione (art. 16 Cost. e art. 2 Prot. 4 CEDU) e alla libertà personale (art. 13 Cost. e art. 5 CEDU)<sup>81</sup>.

Quanto alla prima libertà indicata, l'esperto richiamo alla tutela della salute pubblica appare ragione giustificatrice delle sue limitazioni; circa il rispetto della libertà personale, entrambe le Carte individuano nelle riserve di legge e di giurisdizione le garanzie necessarie avverso la detenzione arbitraria; in più l'art. 5, co. 1 CEDU individua alla lett. e) anche la necessità di prevenzione della propagazione di una malattia contagiosa, cui fa da

---

80. F.P. Modugno, *op. cit.*, pp. 28-33 (spec. p. 28). Secondo l'A. le criticità emerse dal decreto del 7 aprile 2020 (vedi nota 47) sarebbero superabili attraverso l'eliminazione del medesimo, mantenendo in vita unicamente il decreto della protezione civile.

81. Scrive a proposito G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.4.2020, che gli strumenti offerti dalle due Carte e dalla relativa giurisprudenza costituiscono indispensabile strumento di verifica delle seguenti garanzie: «previsione per legge, disciplina di presupposti e modalità, ragionevolezza (idoneità rispetto allo scopo), necessità (assenza di alternative che non compromettano quelle libertà, ovvero inefficacia, rispetto allo scopo, di misure che comportano un minor grado di compromissione delle libertà stesse), proporzionalità, temporaneità, possibilità di un ricorso giurisdizionale (artt. 24, co. 1 Cost e art. 13 CEDU) e, quando sia coinvolta la libertà personale, previsione della convalida da parte dell'autorità giudiziaria delle misure adottate in via d'urgenza (art. 13 Cost.)».

contrappeso la garanzia del ricorso a un Tribunale, affinché sia decisa entro breve termine la legittimità o meno della detenzione (art. 5, co. 4).

Le indicazioni provenienti dagli *obiter dicta* della Corte costituzionale e della Corte EDU, contenute rispettivamente nella sentenza n. 105 del 2001 e nella pronuncia sul caso *Khlaifia e altri c. Italia*<sup>82</sup> del 2016<sup>83</sup> (e ancor prima nel caso *Amuur v. France*<sup>84</sup>), chiariscono il *discrimen* tra limitazione alla circolazione e alla libertà personale.

Secondo l'orientamento della Corte EDU, tra misura restrittiva della libertà personale piuttosto che contenitiva della libertà di circolazione, entrambe soggette all'articolo 2 del Protocollo n. 4, vi è soltanto una differenza di grado o di intensità, non di natura o di sostanza: «Per stabilire se una persona sia stata privata della libertà, occorre partire dalla situazione concreta e prendere in considerazione una serie di criteri specifici al suo caso particolare come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata (*Amuur c. Francia*, 25 giugno 1996, § 42, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-III, e *Stanev c. Bulgaria* [GC], n. 36760/06, § 115, CEDU 2012)» (par. 64).

La Corte di Strasburgo preferisce un criterio di natura “quantitativa” rispetto a uno di natura “qualitativa”<sup>85</sup>, collegando la *durata* lunga e le *modalità* rigide (es. alla possibilità di comunicare con l'esterno o di allontanarsi) alla restrizione della libertà personale e viceversa durata ridotta e modalità *soft* alla limitazione della libertà di circolazione.

Secondo il giudizio espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 105/2001, la restrizione della libertà personale è caratterizzata da «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che

82. Corte EDU [GC], sent. 15 dicembre 2016, ricorso n. 16483/12; per un commento alla stessa cfr. *ex plurimis*: P. Bonetti, *Khlaifia contro Italia: l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 1/2017, pp. 176-80; A. Muccione, *Procedure di rimpatrio degli stranieri irregolari e divieto di espulsioni collettive nella sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani sul caso Khlaifia*, in *Osservatorio AiC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), n. 3/2017; F. Cancellaro, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 11.1.2017; A. Giliberto, *La pronuncia della Grande Camera della Corte Edu sui trattenimenti (e i conseguenti respingimenti) di Lampedusa del 2011*, in *Dir. pen. cont.*, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 23.12.2016; M. Savino, *L'“amministrativizzazione” della libertà personale e del “due process” dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3.2015, p. 50 ss.

83. C. Siccardi, *Migrazioni e confini: le sfide del costituzionalismo moderno*, tesi di dottorato, reperibile online al link <https://air.unimi.it/handle/2434/614456#.XyMpUCgzZPY>.

84. Corte EDU, sent. 25 giugno 1996, ricorso n. 19776/92. La sentenza è di particolare rilievo, perché per la prima volta la Corte afferma che il confinamento nelle zone di transito non costituisce semplicemente un limite alla libertà di circolazione, bensì è anche una restrizione della libertà personale, a nulla rilevando (come in passato essa aveva sostenuto) che i richiedenti asilo possano lasciare volontariamente il Paese in cui desiderano rifugiarsi facendo venir meno la limitazione in atto. Specifica la Corte che la possibilità di trasferirsi altrove diventa solo teorica se nessun altro Paese che offre protezione paragonabile a quella che si aspettano di trovare nel Paese in cui chiedono asilo è propenso o disposto ad accoglierli (par. 48).

85. Sul punto si veda R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in questa *Rivista*, n. 3.2019, p. 38 ss. (spec. p. 52), l'A, nota che sulla base del criterio quantitativo adottato dalla Corte EDU, un trattenimento “breve” (ragionevolmente della durata di minuti o di ore), con limitata libertà di movimento, facoltà di comunicare con l'esterno e assistenza sociale e legale, inciderà sulla “sola” libertà di movimento.

è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (punto 4 dei *Considerato in diritto*). A nulla rileva né che il legislatore abbia avuto cura di evitare l'utilizzo sul piano terminologico istituti affini al diritto penale, né che il trattenimento non sia disgiunto da una finalità di assistenza. I parametri di cui si servì la Corte per giungere alla conclusione che negli allora CPTA gli stranieri erano *di fatto* trattenuti furono dedotti dalla previsione nell'art. 14, co. 7 d.lgs. 286/98 dei poteri attribuiti al questore, che, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal Centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata.

Pur muovendo da criteri differenti, entrambe le sentenze (e la ulteriore giurisprudenza richiamata) concordano sulla irrinunciabilità delle garanzie fondamentali dell'*habeas corpus*, del principio generale della certezza del diritto e sulla necessità di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà di una detenzione *de facto*.

La Corte EDU, a proposito del caso *Khlaifia*, ha ricordato come «(l') ambiguità legislativa ha dato luogo a numerose situazioni di privazione della libertà *de facto*, in quanto il trattenimento in un CSPA sfugge al controllo dell'autorità giudiziaria, il che, anche nell'ambito di una crisi migratoria, non può conciliarsi con lo scopo dell'articolo 5 della Convenzione: assicurare che nessuno sia privato della sua libertà in maniera arbitraria» (par. 106). specularmente la Corte costituzionale: «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».

Applicare l'uno o l'altro criterio condurrebbe nel caso di specie ad esiti differenti: la prevalenza dello *standard* costituzionale interno non ammetterebbe forme di trattenimento che non incidono sulla libertà personale, viceversa l'applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, pur in presenza di una durata lunga della misura (la sorveglianza sanitaria ha una durata minima di quindici giorni), combinata con modalità non rigide dello stessa, degraderebbe il trattenimento in un confinamento. In riferimento ai criteri elaborati dalla Corte sovranazionale è utile allora ricordare le parole dell'autorevole dottrina appena richiamata: «La premessa sarebbe che la restrizione della libertà di circolazione sembra implicare un *non facere*, più che un *patis*; essa pare incidere sul rapporto tra l'individuo e un luogo o un territorio (cui è inibito l'accesso), più che sulla libertà fisica (o morale) dell'individuo», onde, sulla base di questi assunti, si potrebbe affermare che allo straniero

trattenuto sul territorio nazionale «viene imposto un *pati*», di contro allo straniero fermato ai valichi di frontiera e ivi confinato «viene imposto soprattutto un *non facere*»<sup>86</sup>.

A proposito di durata breve del trattenimento e zone di transito, deve esser segnalata anche la recente sentenza della Gran Camera della Corte EDU nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>87</sup>, a proposito del trattenimento dei richiedenti asilo nella zona di transito ungherese di Rösztke, al confine con la Serbia. La Corte, discostandosi dalla precedente decisione della IV sezione sul medesimo caso, afferma che all'interno della zona di transito in questione i ricorrenti non si trovassero in una situazione di detenzione *de facto* contraria all'art. 5 della Carta. La corretta qualificazione giuridica nella zona d'attesa, nel caso di specie, non è di "trattenimento", bensì di "permanenza" («da notare la terminologia usata dalle parti: "confinement" per i ricorrenti, "accommodation" per il Governo, un più neutrale "stay" per la Corte»<sup>88</sup>).

Nel tracciare la distinzione tra una restrizione alla libertà di circolazione e la privazione della libertà della situazione dei richiedenti asilo, la decisione precisa che è necessario adottare un approccio pratico e realistico, che tiene conto delle condizioni e delle sfide odierne.

I fattori "realistici" presi in considerazione, che hanno spinto la Gran Camera a ribaltare la precedente sentenza e a "demistificare" i suoi precedenti, relativi a forme di privazione di libertà personale in zone di transito e i Centri di accoglienza (tra i tanti si citano i casi *Amuur c. Francia*; *Khlaifia e altri c. Italia*; *J.R. e altri c. Grecia*; *Kaak e altri c. Grecia*), fanno riferimento al potere dello Stato di essere sovrano nei propri confini, stabilendo quali siano i requisiti necessari per poterli varcare; alla forte crisi migratoria che ha posto l'Ungheria nella situazione di dover adottare celeri soluzioni per far fronte alla pressione significativa

---

86. *Ivi*, p. 60. Si ricorda che l'A. qui si riferisce all'istituto del respingimento alla frontiera (art. 10 TU), ipotizzando che il legislatore voglia intervenire ad introdurre il potere della polizia di frontiera di trattenere lo straniero nei locali della stessa o nella zona di transito.

87. Corte EDU [GC], sent. 21 novembre 2019, ricorso n. 47287/15. Gli argomenti utilizzati dalla Gran Camera possono essere così sintetizzati: 1) i ricorrenti si sono recati volontariamente nella zona di transito ungherese, attraversando la Serbia Paese di primo arrivo e nel quale non erano in pericolo la loro vita e la loro incolumità (par. 221-23); 2) la permanenza a Rösztke rientra nel regime giuridico adottato dal Paese nell'attesa dell'espletamento delle verifiche necessarie a stabilire se il richiedente possa essere autorizzato all'ingresso (par. 224); 3) la durata della misura, di 23 giorni è stata considerata pertinente rispetto all'espletamento della domanda d'asilo, termine tanto più ragionevole tenuto conto della crisi migratoria in corso lungo quel confine; 4) la significativa restrizione alla libertà di circolazione non ha limitato la libertà dei ricorrenti inutilmente o in una misura o in un modo estraneo all'esame delle loro domande di asilo. Infine, l'argomento principale è quello secondo il quale i ricorrenti avevano la concreta possibilità di lasciare la zona di transito in qualsiasi momento per rientrare in Serbia (par. 236-41).

Per commenti alla sentenza si rinvia a S. Penasa, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1, 2020; F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), gennaio 2020.

88. F.L. Gatta, *op. cit.*, p. 2.

lungo confine con la Serbia; alla durata ragionevole della restrizione della libertà nella zona di attesa; e, infine, soprattutto alla peculiarità della frontiera terrestre, che consentirebbe al migrante di riappropriarsi della propria libertà in qualsiasi momento.

Mentre nel caso *Amuur* la zona di attesa aeroportuale non consentiva ai ricorrenti, né in teoria, né in pratica, di lasciare la zona dell'aeroporto senza autorizzazione, a bordo di un aereo e senza garanzie diplomatiche circa la loro unica destinazione possibile, ossia la Siria (Stato non aderente alla Convenzione di Ginevra del 1951), nell'odierna vicenda era nella possibilità concreta dei ricorrenti fare ritorno a piedi in Serbia, Stato aderente invece ad essa. Questi elementi portano la Corte a concludere che la permanenza nella zona di transito ungherese sia stata "volontaria" e non coatta. La sentenza, letta oltre la prospettiva del caso di specie, potrebbe influenzare anche la lettura dell'attuale confinamento/restrizione sulle navi quarantena, facendo propendere per una qualificazione della misura come limitazione temporanea alla libertà di circolazione, nell'attesa che siano espletate le procedure sanitarie necessarie all'ingresso nel territorio.

Infine, ancora oltre la prospettiva del caso di specie, può essere riletta in base a tali assunti anche la pronuncia della Sezione reati ministeriali del Tribunale di Catania del 7.12.2018, sul caso *Diciotti*<sup>89</sup>, con la quale veniva richiesta l'autorizzazione a procedere verso il Ministro dell'interno *pro tempore*, sen. Matteo Salvini, per il reato di sequestro di persona (*ex art. 605, comma 3 c.p.*) e intervenuta a chiarire accuratamente perché l'impedire ai migranti di sbarcare dalle unità navali soccorritrici costituisca un'indebita compressione della libertà personale.

Nell'analisi dell'elemento oggettivo del reato, il Tribunale non mostra dubbi: «la protratta permanenza dei migranti per cinque giorni a bordo di una nave ormeggiata sotto il sole in piena estate dopo aver già affrontato un estenuante viaggio durato numerosi giorni, la necessità di dormire sul ponte della nave, le condizioni di salute precarie di numerosi migranti, la presenza a bordo di donne e bambini, costituiscono circostanze che manifestano le condizioni di assoluto disagio psico-fisico sofferte dai migranti a causa di una situazione di "costrizione" a bordo non voluta e subita, sì da potersi qualificare come "apprezzabile" e, dunque, penalmente rilevante, l'arco temporale di privazione della libertà personale

---

89. Sul caso cfr., *ex plurimis*: S. Calabria, *op. cit.*; L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in *Questione Giustizia*, rubrica *Diritti senza confini*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 29.1.2019; Id., *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'assemblea del Senato*, in questa *Rivista*, n. 1.2019; C. Casello e M.E. Venditti, *Il caso Diciotti: tra obblighi di soccorso in mare e garanzia dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, [S.l.], [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), v. 39, n. 2, may 2019, pp. 2037-6677; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *federalismi.it*, Editoriale, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 4, 20.2.2019; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *Questione Giustizia*, rubrica *Diritti Senza Confini*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 14.3.2019.

sofferto». La situazione era stata peraltro oggetto il 21 agosto 2018 anche di una presa di posizione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale<sup>90</sup>.

Il caso *Diciotti* offre un prezioso spunto su cui la dottrina si è esercitata e di cui gli Stati potrebbero far tesoro per interrogarsi sui profili giuridici della misure emergenziali odierne. Più precisamente a partire dalla relazione con cui la Giunta per le immunità del Senato ha respinto a maggioranza la domanda di autorizzazione a procedere presentata dal Tribunale dei ministri di Catania, la dottrina si è interrogata in tempi non sospetti sul rapporto tra i valori irrinunciabili del nostro sistema giuridico<sup>91</sup> e i limiti alla potestà governativa, nell'ambito dei reati ministeriali. Una parte di essa<sup>92</sup> evidenzia che, in assenza nel testo costituzionale di indicazioni sui limiti di condotte governative incompatibili con detti valori, il riferimento più prossimo è offerto dall'art. 15 CEDU, che, in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ammette l'adozione di misure in deroga agli obblighi della Convenzione, salvo quelli degli artt. 2, 3, 4 § 1 e 7. Altra parte<sup>93</sup> individua un utile riferimento nella l. n. 124/2017, che disciplina la materia relativa alla responsabilità penale degli appartenenti ai servizi segreti, che possono essere autorizzati dal Presidente del Consiglio a compiere fatti costituenti reato quando questi siano «indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi», salva tuttavia la previsione dell'art. 17, che non estende l'autorizzazione a quelle condotte che configurino «delitti diretti a mettere in pericolo o a ledere la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone».

Nell'attesa che dalla decisione sul caso emergano elementi che illuminino l'intera vicenda delle navi quarantena in ordine alla prevalenza del *patis* sul *non facere* o viceversa, sarà bene riallineare anche nello stato di emergenza la sorveglianza sanitaria che su di esse

---

90. Nel suo comunicato il Garante solleva le evidenti criticità costituzionali e convenzionali derivanti da una condizione di privazione della libertà di fatto delle persone a bordo della nave: senza la possibilità di libero sbarco e senza che tale impossibilità di movimento sia supportata da alcun provvedimento che ne definisca giuridicamente lo stato.

91. La Relazione della Giunta del Senato indica tra i reati sottratti all'area della ministerialità sono solo quelli che ledano in modo irreversibile i diritti fondamentali incompressibili, quali, la vita e la salute, non soffermandosi tuttavia sui riferimenti giuridici da cui è possibile trarre tale conclusione. Cfr. sul punto L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti*, cit., pp. 16-20.

92. *Ibidem*. Si veda inoltre sul rapporto specifico tra misure nazionali nella lotta al Covid e rispetto delle garanzie procedurali e di proporzionalità dell'art. 15 CEDU, R. Lugarà, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio AiC*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), fasc. 3/2020, p. 341 ss.; G.L. Gatta, *op. cit.*

93. È lo stesso L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti*, cit., pp. 16-20, a riportare i termini del dibattito, riferendosi alla proposta ricostruttiva avanzata da Valerio Onida sullo stesso tema, per risolvere la questione dei limiti alla possibilità per il Senato di negare l'autorizzazione in ordine alla commissione di reati di estrema gravità.

si svolge alle garanzie irrinunciabili<sup>94</sup> dell'art. 13 Cost. e dell'art. 5 CEDU, nel pieno rispetto del principio di legalità, del controllo giurisdizionale e della non arbitrarietà della misura, o all'opposto, ove si accertasse la limitazione della "sola" libertà di circolazione, per superare nel tempo più breve possibile «gli evidenti margini di *debolezza* (di fonte) e di *incertezza* (di contenuti)»<sup>95</sup>.

Aleggia in realtà sulle navi quarantena lo spettro della sorte dell'*hotspot approach*, anch'esso introdotto nel solco di una crisi di ben diversa natura, ma che ancora oggi, a distanza di cinque anni dalla sua comparsa, fatica a trovare una chiara sistematizzazione giuridica<sup>96</sup>, nonostante gli interventi del legislatore (rivelatisi niente affatto risolutivi) sulla oramai *vexata quaestio* riguardante la natura "chiusa" o "aperta" di questi Centri. A tal proposito, come nella vicenda odierna, «rileggere il caso *Khlaifia* e seguire la sua esecuzione è un'ulteriore occasione per comprendere la portata dei valori in gioco e riflettere sulle illegittimità ancora in corso»<sup>97</sup>.

### 3. Detenzione amministrativa e *best practices*: un modello dalla Spagna<sup>98</sup>

Nel corso dell'emergenza il tema del confinamento (*nel* confinamento) dei cittadini stranieri nei Centri di detenzione amministrativa, in quelli di accoglienza e negli *hotspot*, ha posto, come si osservava, i Paesi dell'UE di fronte alla sfida di garantire il rispetto delle

---

94. C. Casiello - M.E. Venditti, *op. cit.*, p. 967. Le Autrici evidenziano che l'astratta configurabilità della violazione dell'art. 5 par. 1 della CEDU è destinata inoltre a riverberarsi sulle ulteriori garanzie previste dalla norma oltre la riserva di legge e di giurisdizione: il diritto di essere informati nel più breve tempo possibile circa le ragioni della limitazione della libertà personale, di cui all'art. 5 par. 2 della CEDU, e il diritto di presentare un ricorso avverso privazioni della libertà personale, di cui all'art. 5 par. 4.

95. G.M. Locati - F. Filice, *Lo Stato democratico di diritto alla prova del contagio*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 27.3.2020; G.L. Gatta, *op. cit.*, che a partire dal modello del *Coronavirus Act* inglese evidenzia quegli aspetti relativi all'applicazione della misura di quarantena in forma individuale, che necessitano di esser disciplinati da una fonte primaria, indicando l'autorità competente, i doveri di informazione, la durata e l'eventuale revisione periodica e revoca, la convalida della misura e i rimedi per contestarne l'applicazione.

96. Sulla natura ibrida degli *hotspots* la letteratura giuridica è vasta; cfr. *ex plurimis*, A. Massimi - F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in *Questione Giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 12.6.2019; D. Loprieno, *Il trattenimento dello straniero alla luce della l. 132/2018*, in questa *Rivista*, n. 1.2019, p. 1 ss.; Id., *La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; M. Benvenuti, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2.2018, p. 1 ss.; G. Savio - D. Belluccio, *Il trattenimento riservato ai migranti sbarcati sulle coste italiane. Obbligo di identificazione e di informazione nell'approccio hotspot*, su ASGI, [www.asgi.it](http://www.asgi.it), giugno 2018; S. Penasa, *L'approccio 'hotspot' nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diventa sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva multilivello*, in *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, a cura di F. Cortese - G. Pelacani, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 395 ss.; M. Borraccetti, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, in questa *Rivista*, n. 2.2014, p. 13 ss.; M. Savino, *op. cit.*, *passim*.

97. A. Massimi - F. Ferri, *op. cit.*

98. Una parte ridotta di questo paragrafo è stata pubblicata su *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), luglio 2020.

misure nazionali sanitarie per prevenire e contenere la diffusione del virus, applicandole in modo proporzionato e non discriminatorio anche nei luoghi di maggiore esposizione al contagio a causa della impraticabilità delle misure raccomandate dalle autorità sanitarie.

Negli stessi il livello di vulnerabilità è doppio<sup>99</sup>: *in primis* lo standard medio di protezione della salute è inferiore rispetto a quello di chi non è privato della propria libertà, anche se non è possibile offrire in questa sede un quadro esaustivo sul punto, ma solo indicare alcuni degli elementi più critici che occorre tenere in considerazione.

Negli spazi del trattenimento le esigenze di sicurezza tendono a comprimere quelle della salute, ossia salute e sicurezza in questi luoghi sono spesso in contraddizione tra loro; maggiore è l'esposizione alla sofferenza psichica e alle malattie contagiose (non si dimentichino le condizioni ambientali spesso al limite del rispetto della dignità umana<sup>100</sup>). Con specifico riferimento, poi, ai luoghi della detenzione amministrativa si aggiungono ulteriori criticità: situazioni ambientali ancora più difficili, compagine sociale fortemente eterogenea, barriere linguistiche e difficoltà di comunicazione, assenza di una rete familiare di supporto, differente approccio culturale ai problemi della salute e della sofferenza. Tutte queste condizioni, sommate tra loro, incidono in maniera negativa sul livello medio della salute<sup>101</sup>. Il sovraffollamento delle strutture, le carenze igienico-sanitarie, gli spazi piccoli e chiusi, sono inoltre *in re ipsa* possibili detonatori virali<sup>102</sup>.

La chiusura delle frontiere, da un lato e la coppia assiologica “diritto alla vita/dignità della persona”, dall'altro, richiamano all'attenzione l'opportunità e la ragionevolezza del trattenimento amministrativo nell'odierno e mutato contesto. L'equilibrio su cui si è retta l'impalcatura della direttiva 2008/115/CE – l'efficacia delle misure restrittive, a discapito della dignità e dei diritti dei migranti – si è subitaneamente incrinato, assieme al principio di proporzionalità, inteso nella sua dimensione funzionale, come si è in precedenza visto.

---

99. L'OMS nella raccomandazione *Prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention* ha parlato di una maggiore vulnerabilità al contagio nei luoghi di privazione della libertà personale.

100. È d'obbligo menzionare la condanna dell'Italia per le gravi carenze sistematiche nelle carceri italiane, avvenuta per mezzo della sentenza della Corte EDU, sez. II, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, sent. 8 gennaio 2013, (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). Si vedano, *ex plurimis*, F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 9.1.2013; M. Alfieri, *Sovraffollamento carcerario e ultimatum di Strasburgo: l'Italia chiamata all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it), 1, 2013, p. 83 ss.; F. Urban, *Il diritto del detenuto a un trattamento penitenziario umano a quattro anni dalla sentenza Torreggiani c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), n. 3/2017, pp. 12-63.

101. Cfr. il parere del Comitato Nazionale di Bioetica nazionale, *La salute “dentro le mura”*, <http://bioetica.governo.it>, 27.9.2013; *La tutela della salute nei “luoghi di detenzione”. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CIE*, a cura di A. Massaro, Roma Tre-Press, 2017.

102. Sui maggiori rischi di contagio e la doppia vulnerabilità dei detenuti cfr. A. Marchesi, *La detenzione di migranti al tempo del Covid-19: conseguente a nulla e destinata a nulla*, in *SIDIBlog*, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 5.4.2020.

In conformità all’assetto multilivello delle relazioni giuridiche, dalla lettura sistematica degli artt. 6 e 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, dell’art. 15 della direttiva 2008/115/CE (cosiddetta “rimpatri”) e dell’art. 5, lett. f), della CEDU, è possibile illustrare sinteticamente i profili di legittimità (e dunque, ove non osservati, *a contrario* di illegittimità) della detenzione amministrativa dei cittadini stranieri<sup>103</sup>.

La misura è legittima fintantoché la procedura di espulsione sia in corso, abbia ragionevoli probabilità di successo e sia condotta con diligenza: parametri che devono esser valutati sia *ex ante* che per l’intera durata del trattenimento. La disposizione, nata con l’obiettivo di garantire una normativa orizzontale in materia di soggiorno irregolare dei cittadini stranieri nello spazio UE e sull’uso della forza secondo i criteri di proporzionalità ed efficienza, ha previsto in capo agli Stati l’obbligo di un’armonizzazione minima, avendo lasciato agli stessi «la facoltà di mantenere disposizioni più favorevoli» (art. 4, par. 3 della direttiva)<sup>104</sup>.

Se la regola generale stabilisce che «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza», la sua possibile deroga è individuata nell’esigenza dell’efficacia del rimpatrio e dunque nell’applicazione del rammentato principio di proporzionalità in chiave funzionale, come espressamente definito nell’art. 15 par. 1 della direttiva 115/2008, senza rivolgere particolari attenzioni anche alla tutela dei diritti. D’altronde, anche dall’attività ermeneutica della Corte di Giustizia si ricava l’orientamento per cui l’incompatibilità e la condanna delle normative nazionali con l’impianto della direttiva sono rilevate solo quando la normativa nazionale sia di ostacolo al raggiungimento dell’obiettivo utile della direttiva, che consiste nel garantire l’allontanamento dal territorio dello straniero, «In tal senso, si potrebbe concludere che la criminalizzazione non è intrinsecamente incompatibile con la direttiva, ma soltanto in quanto si rivela disfunzionale allo scopo di disfarsi dello straniero»<sup>105</sup>. La scarsa

---

103. La nozione di cittadino straniero, che si userà di qui in avanti, è usata in senso ampio e per esigenze di semplificazione nel discorso. Ricomprende sia la prospettiva costituzionale, sia internazionale e sia comunitaria, per le quali occorrerebbe rispettivamente parlare di “immigrati”, “stranieri” e “cittadini di Paese terzo”. Cfr. B. Randazzo, *I diritti degli “extracomunitari” nell’ordinamento dell’UE*, in *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, Jovene, 2016, p. 53 ss.

104. C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell’espulsione dei cittadini di Paesi terzi*, in *Osservatoriosullefonti.it*, [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. n. 2/2009, p. 4, fa notare come la scelta di un’armonizzazione debole frustri il livello di garanzia dei diritti dei cittadini di Paesi terzi, poiché lo *standard* può legittimamente cambiare da Paese a Paese o dal livello comunitario a quello nazionale, «individuando una forbice di norme delimitata, verso il basso, dalla direttiva stessa e, verso l’alto, dalla normativa nazionale che garantisca il trattamento più favorevole».

105. A. Di Martino - R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: direttiva “rimpatri” e diritto penale italiano*, in *Dir. pen. cont.*, [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 26.7.2011, p. 25; D. Loprieno, “*Trattenere e punire*”, cit., riscontra tale orientamento anche nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che fa da *pendant* alla direttiva in diverse pronunce, tra cui: la sentenza 28 aprile 2011 nel caso *Hassen El Dridi c. Italia* e la sentenza del 6 dicembre 2011 nel caso *Alexandre Achughbadian c. Francia*, la Corte, rispettivamente, nel primo caso condanna nel secondo caso fa salva le due differenti normative nazionali, sotto l’unico profilo meramente funzionalistico. Cioè valuta se le due normative penali interne

efficacia della direttiva in termini di rimpatri ha peraltro già da qualche tempo posto nelle sedi istituzionali la discussione intorno ad una sua modifica, come si può leggere nella Conclusione del Consiglio europeo del 28 giugno 2018<sup>106</sup>. Il tema è da ascrivere in quello più risalente del controllo delle frontiere esterne, aperto con l'Agenda delle migrazioni del 2015 e teso a scongiurare gli effetti della forte crisi migratoria degli ultimi anni, con il suo acme proprio in quell'anno.

In questa direzione si sono collocate le proposte della Commissione<sup>107</sup> e del Consiglio<sup>108</sup>, entrambe volte a spostare ulteriormente l'equilibrio solo su uno dei due aspetti di cui la direttiva si compone, quello dell'efficacia<sup>109</sup>.

La compressione dei diritti individuali, al netto delle ragioni che rendono difficoltosa l'effettività del rimpatrio, rischia di diventare un vano sacrificio, «così, senza interventi sull'ultimo miglio» della procedura, cioè a dire in ordine alla collaborazione con gli Stati di origine e/o transito, l'effetto della stretta sul trattenimento sarebbe solo quello di aumentare il numero dei migranti trattenuti nei Centri di espulsione<sup>110</sup>.

L'ostacolo principale che rende privi di efficacia i rimpatri è costituito dalla difficoltà di implementazione di accordi di riammissione con i Paesi di provenienza. A farne le spese sono gli stessi cittadini stranieri, detenuti per ragioni il più delle volte dipendenti dall'azione della medesima pubblica amministrazione, con la conseguente aporia di una normativa che «da un lato predispone un arsenale di cautele a tutela della procedura amministrativa, dipendente, in alcuni casi da inefficienze degli organi di polizia, mentre, dall'altro, alimenta le esigenze cautelari stesse, incidenti sulla libertà personale dello straniero irregolare, di

---

pregiudichino non i diritti fondamentali dello straniero ma la procedura di rimpatrio. In tema, sia consentito il rinvio M. Tuozzo, *Stranieri ai diritti?*, Recensione a Donatella Loprieno, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 e a Donatella Di Cesare, *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2017, in questa *Rivista*, n. 2.2019.

106. Consiglio europeo, *Riunione del Consiglio europeo (28 giugno 2018) – Conclusioni*, Bruxelles 20.6.2018.

107. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione), COM(2018) 634 final, 12.9.2018.

108. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (recast) – Partial general approach*, 9620/19, 23.5.2019.

109. Per una riflessione circoscritta al tema specifico delle due proposte si rinvia al lavoro di E. Pistoia, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1, gennaio-aprile 2020, p. 117 ss. Tra gli aspetti più critici delle proposte l'A. ne segnala due: innanzitutto quello di rendere automatico il ricorso alla detenzione in presenza delle circostanze in esse indicate, automatismo che «risulta però essere il frutto della naturale dinamica applicativa di norme che, in effetti, nominalmente non lo impongono. La questione è se anche un simile automatismo *de facto* possa essere considerato in contrasto con la Carta. La risposta richiede evidentemente una disamina attenta delle disposizioni che escludono l'automatismo *de jure*» (*ivi*, p. 132). Si aggiunge a questo l'introduzione di un nuovo motivo che si assume legittimare il trattenimento ossia la tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

110. *Ivi*, p. 136.

presupposti normativi dominati (e dunque determinati) in assoluto dai medesimi organi autorizzati ad irrogare la misura detentiva»<sup>111</sup>.

La *ratio* della norma consentirebbe, al tempo del coronavirus, di ridiscutere il fondamento del trattenimento a causa dell'irraggiungibilità dell'effetto utile, considerata la sospensione temporanea della mobilità internazionale.

Così, alcuni Paesi (tra cui la Spagna, il Regno Unito, il Belgio) hanno sperimentato l'adozione di misure alternative e meno afflittive della detenzione, aprendo la strada all'*inedita* applicazione della normativa vigente.

Le autorità garanti dei diritti e delle libertà nazionali e regionali per prime, con richiami e osservazioni sul confinamento oltremodo afflittivo nei Centri di internamento, hanno evidenziato la necessità di un loro progressivo svuotamento.

Come ha osservato il Garante nazionale italiano dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il periodo trascorso dai migranti in detenzione amministrativa «rischia di essere una sottrazione di tempo e libertà, oltre che una esposizione accentuata al pericolo di contagio, conseguente a nulla e destinato a nulla» (GNPL, Bollettino 10, 24 marzo 2020); il *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* ha a sua volta raccomandato l'immediata chiusura temporanea dei Centri nei quali lo Stato non può in questa fase adempiere all'obbligo di proteggere né i suoi agenti, né le persone che ha affidato alle loro cure; la stessa raccomandazione è stata rivolta alle autorità spagnole dal *Defensor del Pueblo* e dalle organizzazioni internazionali quali il Comitato europeo per la prevenzione della tortura, la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, il Sottocomitato delle Nazioni Unite agli Stati aderenti<sup>112</sup>.

La vicenda spagnola appare tra le più istruttive, poiché la interazione tra attori istituzionali e non istituzionali coinvolti nel processo che ha portato allo svuotamento temporaneo dei *Centros de internamiento de extranjeros* (d'ora in avanti *CIEs*), ha avuto riguardo non solo all'impossibilità di raggiungere l'obiettivo della direttiva, ma anche alla tutela dei diritti fondamentali *in primis* quello alla salute dei migranti trattenuti. Il risultato ottenuto offre un'apertura verso una differente ponderazione tra libertà e sicurezza, con un bilanciamento teso alla tutela del diritto alla salute e della dignità degli stranieri, tanto da

---

111. P. Gualtieri, *Il trattenimento dello straniero nel prisma sanzionatorio italiano*, in *La tutela della salute nei "luoghi di detenzione"*, cit., p. 392.

112. Per l'Italia, si veda GNPL, Bollettino 10, 24.3.2020, su [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it); per la Francia CGLPL del 17.3.2020, al link <https://www.cglpl.fr/2020/situation-sanitaire-des-prisons-et-centres-de-retention-administrative-le-cglpl-demande-la-prise-de-mesures-pour-la-protection-des-personnes-privees-de-liberte>; per la Spagna si veda *Defensor del Pueblo* documento del 19.3.2020, al link [https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/03/200319\\_AlertaSanitaria.pdf](https://sjme.org/wp-content/uploads/2020/03/200319_AlertaSanitaria.pdf); per la Commissaria per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, *statement* del 26.3.2020, su [www.coe.int](http://www.coe.int); per il Sottocomitato delle Nazioni Unite, *public advice* del 30.3.2020, su [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

poter assumere il ruolo di *best practice* nel cambiamento che da tempo ci si attende intorno al tema del trattenimento amministrativo degli stranieri in attesa di espulsione<sup>113</sup>.

Preliminarmente è utile una breve ricognizione<sup>114</sup> sull'accesso al diritto sociale alla salute degli stranieri irregolari nell'ordinamento spagnolo.

La Spagna, come l'Italia e la Grecia, è tra i Paesi che figurano tra le porte d'Europa e che negli ultimi anni registra una presenza massiva di stranieri. La tutela del diritto alla salute, in aderenza al tipo di Stato fortemente decentrato, è ripartita tra le competenze dello Stato centrale e delle Comunità autonome<sup>115</sup>.

Dalla Costituzione si ricava la costruzione di un diritto a portata universale<sup>116</sup>, a cui si affianca un'altra importante peculiarità: la tendenziale gratuità delle prestazioni. Con la *Ley Organica de Extranjeria* n. 4/2000 sui Diritti e le libertà degli stranieri in Spagna, nota come Legge sull'immigrazione (*LOEx*) e la successiva modifica con LO n. 8/2000 per la prima volta viene sancito l'accesso paritario alle prestazioni sanitarie tra stranieri regolarmente e irregolarmente presenti sul territorio, purché iscritti (*empadronamiento*) presso il registro del Comune (*padrón del municipio*) della residenza abituale.

La vera portata innovativa della norma era costituita dal fatto che la residenza di cui si faceva menzione non coincideva con quella giuridico-formale, bensì con la situazione di fatto della dimora abituale. Il registro aveva dunque sia la funzione di fotografare la popolazione insistente sul territorio, prescindendo dalle classiche categorie amministrative nelle quali spesso i diritti fondamentali degli stranieri si impantanano, sia di fungere da legame con lo stesso territorio abitato e punto di partenza per l'integrazione nel tessuto urbano.

Mentre la successiva modifica con LO 14/2003 ha parzialmente inciso sul regime di tutela degli immigrati, prevedendo in capo a questi ultimi maggiori adempimenti burocratici

---

113. L'ordine di espulsione, a cui può seguire quella di internamento in un CIE, è da intendersi in senso lato e ricomprende in realtà diverse ipotesi: quella della presenza irregolare sul territorio (ricomprensivo il respingimento alla frontiera) a cui si affiancano le espulsioni non sono necessariamente collegate alla posizione amministrativa sul territorio, come: l'espulsione misura alternativa della pena ai sensi dell'art. 89 c.p.; l'espulsione prevista dall'art. 57, co. 2 LEOx che può essere applicata a causa dei precedenti penali del cittadino straniero; l'espulsione prevista dall'art. 53, co. 1 LEOx per aver compiuto infrazioni gravi di natura amministrativa.

114. Si rinvia ad A. De Petris, *Il diritto alla salute degli immigrati irregolari*, cit.; L. Melica, *Il sistema sanitario spagnolo e la tutela della salute degli immigrati: spunti di riflessione*, in *Rivista AiC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n. 4/2017; F.E. Grisostolo, *Immigrazione e decentramento territoriale nell'esperienza spagnola*, in *DPCE Online*, [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it), vol. 32, n. 1/2020, p. 87 ss.

115. F.E. Grisostolo, *op. cit.*, pp. 90-94, descrive il processo graduale che ha condotto al trasferimento di alcune competenze, in forma concorrente, della materia alle CCAA, a partire dalla LO 4/2000 e il successivo ampliamento con la LO 2/2009 è stato riconosciuto un reale pluralismo politico-territoriale nella gestione dell'immigrazione, con ulteriori competenze, oltre quelle già adoperate dal basso dalle autonomie. In particolare, la competenza riguardante l'integrazione dello straniero sul territorio, è stata declinata sia come esercizio delle erogazioni dei servizi afferenti alla sfera dei diritti sociali, sia quale esercizio "di fatto" di competenze non espressamente concesse, come il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro in Catalogna, introdotto richiamandosi alla competenza amministrativa in ambito lavoristico.

116. L'art. 43 della Costituzione spagnola recita: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud», dunque il Costituente non intese porre distinzioni sul godimento del diritto a partire dallo *status civitatis* dell'individuo.

per la registrazione, il vero punto di involuzione della normativa si è registrato con il Real Decreto n. 16/2012 («Misure urgenti per garantire la sostenibilità del sistema sanitario nazionale e migliorare la qualità e la sicurezza delle sue prestazioni»), dichiaratamente dettato dalle esigenze di *austerity* introdotte dal Governo durante la crisi economica per ridurre il disavanzo pubblico, a cui sono susseguite importanti modifiche riguardanti la spesa per la sanità pubblica.

Laddove la previgente formulazione dell'art. 12 della *Ley Extranjería* stabiliva che «Gli stranieri che si trovano in Spagna, iscritti nel registro del Comune in cui abitano, hanno il diritto all'assistenza sanitaria alle stesse condizioni degli Spagnoli», la nuova formulazione della norma stabilisce che la semplice iscrizione al registro del Comune non è più sufficiente ad accedere alle cure sanitarie, perché è necessario anche il requisito dell'autorizzazione legale alla presenza nel territorio spagnolo. In particolare, nell'art. 3 del Regio Decreto richiamato viene subordinato l'accesso al servizio sanitario nazionale agli «assicurati» o ai «beneficiari» di prestazioni sociali, denominazioni nelle quali rientrano unicamente gli stranieri regolarmente soggiornanti<sup>117</sup>. Agli stranieri irregolari potranno essere riconosciute solamente le cure urgenti nei casi di malattia grave, nei limiti in cui la malattia possa incidere sulla salute pubblica spagnola e comunque fino a guarigione (art. 3-ter RD *Ley* 16/2012). Si segnala infine l'ultima modifica della disciplina della materia, con il Regio decreto legge 27 luglio 2018, sull'accesso universale al sistema sanitario nazionale, teso a ristabilire maggiore equità e cure anche agli stranieri irregolari, riconoscendo nuovamente in capo agli stessi il diritto ad accedere alle cure sanitarie.

All'indomani dell'adozione delle prime misure di confinamento da parte delle Comunità Autonome della Catalogna, di Murcia e dei Paesi Baschi del 13 marzo, della dichiarazione dell'*estado de alarma* con il Real Decreto n. 463 del 14 marzo e dell'Ordine del Ministero dell'interno 227 del 15 marzo<sup>118</sup>, sono iniziate le prime proteste nei Centri di internamento *CIEs*. Contestualmente veniva avviato un dialogo inter-istituzionale guidato dal *Defensor del Pueblo* e dalle *Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos* presso la Direzione generale dell'immigrazione e delle frontiere della polizia nazionale e il Segretariato di Stato

---

117. Sul declino dell'universalizzazione del diritto alla salute, realizzato con il decreto regio 16/2012, poi modificato dal decreto-regio 1192/2016 è intervenuta la sentenza n. 139/2016 del *Tribunal Constitucional*, che ha fatto salve le misure introdotte per razionalizzare la spesa pubblica, dal momento che «il Costituente spagnolo, nel tutelare la salute attraverso l'art. 43 Cost., non si è spinto sino a determinare un contenuto minimo ed essenziale del diritto, ma ha concesso ampia libertà al legislatore, sia nella definizione dei diritti e degli obblighi dei fruitori degli interventi sanitari, sia nelle modalità di organizzazione dei servizi di erogazione delle prestazioni. Dunque, il legislatore, non è vincolato, né in relazione all'ampiezza della tutela, né riguardo alle modalità di erogazione dell'offerta sanitaria». Così L. Melica, *op. cit.*, p. 15.

118. *En relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de Instituciones Penitenciarias al amparo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, con cui sono state stabilite pesanti misure per il contenimento del virus che hanno inasprito la già dura condizione carceraria.

per l'immigrazione, evidenziando da un lato il pericolo dell'implosione nei Centri dell'epidemia e dall'altro lato l'impossibilità di dare esecuzione alle misure di rimpatrio, il che ha reso ancor più manifesto il vuoto dei fini della misura restrittiva.

È interessante notare che lo svuotamento dei *CIEs* è il risultato dell'interlocuzione tra i due poteri statali (esecutivo e magistratura) e la società civile<sup>119</sup>. Mentre il *Defensor* ha ammonito sulla necessità di garantire quelle norme di salute e sicurezza decretate nello stato di allarme anche ai cittadini stranieri internati e al personale che lavora nei *CIEs*, nei Centri continuavano le proteste, fino alla decisione del 19 marzo, comunicata in conferenza stampa dal Commissario e Capo della Polizia Nazionale e confermata dal Ministero dell'interno<sup>120</sup>, di procedere allo svuotamento dei Centri, valutando caso per caso quali rimpatri potessero essere effettivamente eseguiti nel rispetto del limite massimo del periodo di detenzione, quali migranti in attesa di espulsione avessero già un domicilio per consentire l'applicazione della misura dell'obbligo di dimora e per quali altri fosse necessario assicurare un domicilio temporaneo presso strutture pubbliche o private convenzionate<sup>121</sup>.

L'altra importante voce è stata quella delle autorità giudiziarie (*Juezes de Instrucción*)<sup>122</sup>, che con una presa di posizione netta hanno disposto lo svuotamento e la

---

119. Un dialogo su una maggiore apertura verso la tutela dei diritti umani nei luoghi di internamento amministrativo per la verità era già stato avviato dal Ministro dell'interno spagnolo Fernando Grande Marlaska, come si legge da <https://www.europapress.es/epsocial/migracion/noticia-marlaska-reformara-cie-hacerlos-compatibles-derechos-humanos-20200226113430.html>.

120. Con le dichiarazioni sul *Público*, consultabili al link <https://www.publico.es/sociedad/cierre-cie-coronavirus-espejismo-cie-vacios-reabriran-pueda-expulsar-extranjeros.html>.

121. Per la ricostruzione della vicenda si leggano l'articolo *Liberadas del CIE de Aluche las primeras personas inexpulsables*, pubblicato su *El Salto* e reperibile online al sito [www.elsaltodiario.com](http://www.elsaltodiario.com); D. Moreno - S. Ortega, *El Gobierno prevé liberar a todos los internos de los CIEs antes del lunes*, pubblicato su *El Público*, [www.publico.es](http://www.publico.es), 2.4.2020; nonché il Bollettino n. 22 del 9.4.2020 del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, reperibile online, [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it).

122. Con la nota sentenza 115/1987, pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal *Difensor del Pueblo* in ordine all'assunta violazione dell'art. 25, co. 3 della Costituzione, che vieta l'applicazione di misure restrittive della libertà personale da parte della pubblica amministrazione, il *Tribunal Constitucional* ha chiarito che l'internamento non ha natura amministrativa, ma giudiziaria. Solamente l'espulsione ha natura amministrativa, mentre la decisione sull'internamento è legittimata dal successivo intervento del giudice. Il controllo giudiziario, continua il Tribunale, non è peraltro un'attività di mera ratifica dell'operato della P.A., ma giudizio sulla necessità della misura dell'internamento alla luce del carattere di eccezionalità e indicando altresì di privilegiare il criterio ermeneutico del *favor libertatis*. L'autorità giudiziaria è altresì preposta a garantire che lo straniero possa effettivamente esercitare il suo diritto di difesa. È solo attraverso la garanzia di un processo – nel quale è previsto l'intervento obbligatorio del *Ministerio Fiscal* – e del diritto di difesa che può esser assicurata la non arbitrarietà della misura. Accanto alla decisione sull'internamento, al *Juez de Instrucción* sono affidate ulteriori competenze, riguardanti la tutela dei diritti fondamentali all'interno del Centro, competenze introdotte con la LO 2/2009 e ricomprese nell'art. 62, co. 6 LEOx, «Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente». È importante notare che tali competenze non spettano alla stessa autorità giudiziaria che ha disposto l'internamento dello straniero, ma a quella del circondario giudiziario in cui è collocato il CIE, per evitare che la distanza geografica non consenta un controllo effettivo sulle condizioni materiali del Centro e la tutela della dignità al suo interno. Per un approfondimento sul ruolo del *Juez de Instrucción* si rinvia a M. Martínez Escamilla (coord.), *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*, Madrid, Other Consejo General del Poder Judicial, 2015.

chiusura temporanea dei Centri, ispirate alla saldatura tra tutela del diritto alla salute e interesse nazionale. In particolare, con la decisione del 31 marzo è stata disposta la chiusura temporanea del *CIE* di Las Palmas, in seguito al giudizio promosso dal Capo della sezione Epidemiologia e Prevenzione della direzione generale della Salute, Servizio di sanità pubblica delle Canarie, su richiesta delle persone confinate nel *CIE* di Barranco Seco. Il giudice ha tenuto conto dell'interpretazione sistematica del diritto alla salute, nella dimensione universale riconosciuta dall'art. 43 della Costituzione spagnola del 1978, della Legge organica 4/2000 e delle sue successive riforme introdotte con le *LL.OO.* 8/2000, 11/2003 e 2/2009, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, della Convenzione di Roma del 1950, del Patto internazionale dei Diritti civili del 19 dicembre 1966. Ha inoltre preso in considerazione gli orientamenti del *Tribunal Constitucional* e del *Tribunal Supremo*, che per ragioni cautelari ammettono la limitazione della sola libertà personale dello straniero, ma non anche degli altri diritti e delle libertà costituzionali riconosciute a tutte le persone che si trovano sul suolo spagnolo. Il regime di confinamento determinato dallo stato di allarme, nota il giudice, è comprensivo della sola limitazione alla circolazione delle persone e non anche del loro diritto alla salute, che invece è oggetto di un'attenzione prioritaria rispetto a tutti gli altri diritti, senza che se ne possa prevedere nessuna discriminazione o differenziazione in ragione dello *status civitatis* o della posizione amministrativa regolare o irregolare sul territorio. Un altro profilo che ha sicuramente influenzato la decisione dei giudici è la considerazione del periodo massimo di durata (sessanta giorni) del trattenimento amministrativo, ai sensi dell'art. 21, co. 2 del Real Decreto n. 162/2014, termine entro il quale nessuno straniero avrebbe potuto essere ragionevolmente rimpatriato in seguito alla chiusura delle frontiere e alla sospensione del traffico aereo internazionale.

Un contributo fondamentale l'ha infine giocato la rete di assistenza sociale e umanitaria che ha visto il coinvolgimento della società civile organizzata, delle organizzazioni non governative e dei servizi pubblici del territorio, che si sono adoperati per trovare una soluzione abitativa temporanea alle persone straniere che non avessero un domicilio in cui trascorrere la quarantena in condizioni di sicurezza per la salute e dove poter essere reperibili.

La vicenda dei *CIEs* evidenzia che, a partire dall'applicazione delle norme già esistenti, è possibile recuperare quei caratteri di eccezionalità e proporzionalità che la normativa vigente in materia di trattenimento amministrativo già reca con sé: è infatti nel potere del *juez de instrucción* di applicare diverse *medidas cautelares*, ai sensi dell'art. 61 LEOx, che egli "estime conveniente". Tali criteri sono richiamati anche in apertura dell'art. 15 della direttiva 115/2008, ma nelle prassi amministrative e giudiziarie trovano scarso riconoscimento. Da lungo tempo si è invero fatta sentire una voce critica sul ricorso

prioritario e automatico ad una misura che invece dovrebbe costituire l'eccezione alla regola, esplorando all'opposto in via preliminare la possibile individuazione di misure alternative la cui intensità sia retta dai tre principi di non discriminazione, necessità e proporzionalità<sup>123</sup>.

L'approccio *community based*<sup>124</sup> sperimentato potrebbe rientrare nel novero delle misure alternative al trattenimento amministrativo e riuscirebbe a garantire sia le esigenze statali di controllo e sicurezza del territorio, sia misure meno afflittive<sup>125</sup> per i non cittadini.

Siffatto approccio consentirebbe altresì il protagonismo dei territori e il coinvolgimento dei livelli di governo più prossimi ai cittadini nella gestione delle migrazioni<sup>126</sup>, più attenti ad intercettarne le problematiche connesse e le relative soluzioni più aderenti al tessuto socio-economico, non solo nella primissima fase dell'accoglienza, ma anche in quella che rappresenta, idealmente, la fine del percorso migratorio.

Si fa infine notare che la misura del trattenimento amministrativo non riguarda solo gli stranieri "in uscita", ma anche quelli "in entrata" e pertanto il risultato raggiunto nei *CIEs* è ancora parziale. Esso (oltre ad essere temporaneo) trascura gli altri Centri per l'immigrazione spagnoli, i *CETI* (*Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes*) per i

---

123. A. Solanes Corella, *Un análisis crítico de los centros de internamiento de extranjeros en España: normativa, realidad y alternativas*, in *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, n. 19 (2016), pp. 37-76, si sofferma sulle proposte di misure alternative e su un loro utilizzo per superare il modello detentivo e in particolare auspica che l'internamento non sia più usato come strumento di "controllo dell'immigrazione", ma come misura di *extrema ratio* cui ricorrere solo dopo aver praticato le misure alternative, in *primis* quella del rimpatrio volontario, e quando queste si siano rivelate effettivamente fallimentari.

124. E. Roman, *Pandemia e rimpatri: ripensare la detenzione amministrativa dei migranti durante e dopo il COVID-19*, in *Fieri*, [www.fieri.it](http://www.fieri.it), 26.4.2019, l'A. si riferisce a quell'approccio che coinvolge attivamente la comunità locale e che è facilmente replicabile anche in altri contesti come quello italiano. In particolar modo questo tipo di approccio rientra anche tra le raccomandazioni presentate nella risoluzione sul *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* delle Nazioni Unite nel gennaio 2019, al punto 15 lett. j), ove si invita gli Stati ad adottare il *whole-of-society approach* intendendo per esso il coinvolgimento degli attori non istituzionali (comunità locali, scuole, università, *stakeholder* pubblici e privati che partecipano alla *governance* della migrazione) come condizione di efficacia e di sostenibilità delle future politiche delle migrazioni.

125. Accanto alla limitazione della libertà personale, nei CIE la prassi mostra la mortificazione anche di altri diritti delle persone ivi trattenute nel prisma della dignità, come la libertà di comunicazione, il diritto di difesa, il diritto alla salute (fisica e mentale), il diritto di essere informati sull'evoluzione della pratica di rimpatrio, il diritto alla vita privata e familiare, il diritto di visita. Per avere un'idea delle reali condizioni all'interno dei Centri basta dare uno sguardo alle Raccomandazioni che periodicamente il *Difensor del Pueblo* rivolge alla *Dirección General de la Policía*, consultabili in *Estudio sobre Los partes de lesiones de las personas privadas de libertad*, maggio 2014, al link <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobrelos-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf>.

126. F.E. Grisostolo, *op. cit.*, immagina il coinvolgimento delle Regioni anche sulla competenza statale del controllo degli ingressi e condizioni amministrativa dello straniero sul territorio, poiché nell'ottica di una gestione strutturale del fenomeno le esigenze territoriali sono molto diverse tra centro e periferia in relazioni alle variabili economico-lavorative e demografiche. L'A. richiama il caso scozzese, che ha richiesto la devoluzione del potere regolatore in materia di immigrazione, preoccupato del crollo dell'immigrazione in seguito alla *Brexit*. Siffatto modello decentrato è già presente anche in Canada, dove i differenti Governi provinciali hanno la possibilità di esprimere le proprie esigenze in materia di immigrazione.

richiedenti protezione internazionale in attesa della decisione e i *CAR* (*Centros de Acogida de Refugiados*) per i rifugiati sprovvisti di risorse sufficienti per il sostentamento<sup>127</sup>.

Al netto dei risultati raggiunti e di quelli mancati, l'applicazione in forma sinora inedita della direttiva rimpatri rientra tra gli effetti stavolta benefici indotti dal virus e ne è auspicabile una stabilizzazione che ispiri, oltre la pandemia, altre esperienze nazionali.

Mentre in Italia, con il decreto-legge 30.7.2020, n. 83, lo stato di emergenza è stato prolungato fino al 15 ottobre, dal 21 giugno 2020 in Spagna non vige più l'*estado d'alarma* e sarà dunque interessante osservare gli sviluppi della pratica dialogica sperimentata, per capire se nella *nueva normalidad*, con la riapertura delle frontiere interne ed esterne, lo svuotamento dei *CIEs* sia stato un obiettivo estemporaneo, o il seme di una gestione delle frontiere più rispettosa della libertà personale e della dignità dei non-cittadini.

#### 4. Riflessioni conclusive

A proposito di pandemia come motivo ispiratore di interventi legislativi, nuove prassi amministrative e pronunce giudiziarie indirizzate ai non-cittadini, è possibile sinteticamente, in chiusura del lavoro, ripercorrere i tre grandi nodi problematici affiorati nel corso dell'emergenza.

a) Il primo riguarda i flussi internazionali di movimento come potenziale minaccia alla salute della popolazione autoctona, situazione che già ai tempi dell'Ebola e della Sars ha condotto all'adozione di restrizioni ulteriori per l'ingresso in Europa. Proprio in riferimento alle epidemie più recenti, la letteratura scientifica aveva peraltro giudicato infondata la correlazione tra l'ingresso dei migranti in condizioni irregolari e la diffusione delle malattie infettive, mettendo in evidenza che in realtà le patologie di cui i migranti sono portatori, presso i porti di sbarco, sono solitamente infezioni minori e facilmente controllabili. Per le epidemie più gravi «l'esperienza mostra che, quando l'importazione avviene, coinvolge solitamente viaggiatori, turisti o professionisti sanitari piuttosto che migranti e rifugiati»<sup>128</sup>.

Non si può tuttavia trascurare la diversa esperienza della pandemia da Covid-19, a partire dalla quale il tema della riapertura graduale delle frontiere e di nuovi canali di ingresso del virus si presenta più terrificante. Si inseriscono in questa cornice le recenti

---

127. L. Gabrielli, *Migrazioni sottosopra. L'impatto del CoViD-19 sui movimenti di persone alle frontiere tra Spagna e Marocco*, in Fieri, [www.fieri.it](http://www.fieri.it), 4.6.2020, particolarmente critiche sono le difficili condizioni all'interno delle enclave spagnoli in terra africana di Ceuta e Melilla, tristemente note per insalubrità e sovrappopolazione. Oltre al paradosso della chiusura dei *CIEs* ma non dei *CETI*, la situazione è resa ancor più incandescente a causa della chiusura della frontiera marocchina che rende impossibile percorrere la rotta delle "migrazioni forzate di ritorno".

128. OMS, *Migrations and health: key issues*, consultabile al link [http://www.euro.who.int/data/assets/pdf\\_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-.pdf?ua=1](http://www.euro.who.int/data/assets/pdf_file/0005/293270/Migration-Health-Key-Issues-.pdf?ua=1); per un maggiore approfondimento del tema si rinvia a C. Botrugno, *Diritto alla salute e migrazioni internazionali. Per una "bioetica in azione"*, in *Jura Gentium*, [www.juragentium.org](http://www.juragentium.org), XVI, 2019, 2, pp. 102-126.

proteste<sup>129</sup> degli abitanti del Comune calabrese di Amantea (CS), in seguito al trasferimento nella cittadina di un gruppo di persone di nazionalità straniera risultate positive al virus, o ancora gli scontri nel Comune casertano di Mondragone, con violenti attacchi alla comunità bulgara ivi stanziata, “rea” di aver violato la zona rossa dichiarata il 22 giugno<sup>130</sup>, che circonda le palazzine da loro prevalentemente abitate. Si tratta di episodi di violenza che non si lasciano ridurre alla sola causa del razzismo<sup>131</sup>, bensì evidenziano un sentimento più generalizzato di intolleranza e di sfiducia verso un segmento di corpo sociale molto esposto e non ancora (o molto poco) protetto agli effetti della pandemia, precario e sfruttato sul lavoro e per tutti questi motivi più sensibile al timore di subire la paura di un nuovo confinamento.

Nella complessa vicenda della paura di un nuovo confinamento e controllo del territorio si è assistito nel corso degli ultimi mesi ad un rinnovato protagonismo delle Regioni. Nell’incontro/scontro tra livelli di governo si inserisce la vicenda del Presidente della Regione siciliana che, con l’adozione dell’ordinanza contingibile e urgente n. 33 del 22.8.2020, ha ordinato lo sgombero degli *hotspot* e Centri di accoglienza siciliani (art. 1) e il divieto di ingresso, transito e sosta sulla Regione in capo ai migranti (art. 2), per la tutela della salute e dell’incolumità pubblica. Entrambe le norme sono state impugnate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e la loro efficacia è stata sospesa con il decreto cautelare del Tar Sicilia del 27.8.2020, n. 842. La decisione del Tar siciliano, dopo aver censurato – pur nei limiti della pronuncia provvisoria – l’ordinanza, ritenendola *prima facie* intervenuta a disciplinare aspetti esorbitanti le proprie competenze, destinati inoltre a produrre effetti oltre i confini regionali, dubita dei presupposti fattuali posti alla base del provvedimento. Sul difetto d’istruttoria il Tribunale amministrativo scrive: «L’esistenza di un concreto aggravamento del rischio sanitario legato alla diffusione del Covid-19 tra la popolazione locale, quale conseguenza del fenomeno migratorio, che, con il provvedimento impugnato, tra l’altro, si intende regolare, appare meramente enunciata, senza che risulti essere sorretta da un’adeguata e rigorosa istruttoria, emergente dalla motivazione del

---

129. Per un commento sulla vicenda si rinvia a L. Manconi, *Il sospetto oscuro sui migranti. Il razzismo della paura*, su *la Repubblica*, 14.7.2020, che da un lato mette in guardia sul pericolo che la coppia migrante-pandemia, al netto di un antico pregiudizio xenofobo, possa diventare il nuovo *leitmotiv* di allarme sociale, dall’altro evidenzia come un valido rimedio possa ritrovarsi in un’attenta vigilanza sanitaria, nonché in una serie di misure di prevenzione, provvedimenti che ritiene razionali ed intelligenti. Sulla cronaca della vicenda si veda, sempre sullo stesso quotidiano, l’articolo di A. Candito, *Amantea, l’esercito controllerà gli immigrati positivi*, 13.7.2020.

130. Il riferimento è all’ordinanza n. 57 del 22 giugno 2020 del Presidente della Giunta della Regione Campania, le cui misure sono state prorogate con ord. del 30.6.2020, n. 58.

131. In tal senso C. Dionesalvi - S. Messinetti, *Ad Amantea è tregua, ma arriva l’esercito*, ne *Il Manifesto*, [www.ilmanifesto.it](http://www.ilmanifesto.it), 14.7.2020.

provvedimento stesso e altrettanto sembra potersi affermare anche in relazione alla diffusione del contagio all'interno delle strutture interessate».

b) Il secondo profilo coinvolge gli stranieri già presenti sul territorio privi di permesso di soggiorno, particolarmente vulnerabili in pandemia perché privi di tutela, per le condizioni abitative spesso in insediamenti informali rurali, perché vittime di caporalato costretti quindi a lavorare in condizioni insalubri e privi allo stesso tempo dell'assistenza sanitaria, per l'inaccessibilità alle misure governative (es. indennità Covid-19)<sup>132</sup>.

Provvedimenti di regolarizzazione dei cittadini stranieri sono stati adottati in Portogallo<sup>133</sup> e in Italia. Nel primo Paese la misura è stata annunciata dal Ministro dell'*Administração Interna*, Eduardo Cabrita, dichiarando che nello stato di emergenza la priorità della difesa della salute e della sicurezza collettiva coinvolge in prima battuta i diritti dei più deboli, i migranti. «Assicurare l'accesso dei migranti alla salute, alla previdenza sociale e alla stabilità nel lavoro e dell'abitazione è un dovere di una società solidale in tempi di crisi»<sup>134</sup>. La regolarizzazione in Italia ha seguito un *iter* molto diverso<sup>135</sup> ed è intervenuta solamente il 19 maggio, a distanza quindi di più di due mesi dal *lockdown*, ispirata più a salvaguardare le esigenze del mercato del lavoro che la tutela della salute dei migranti<sup>136</sup>.

---

132. M. D'Onghia, *Gli immigrati resi ancora più in visibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e lockdown*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), aprile 2020.

133. Il decreto interministeriale (*despacho*) n. 3863-B/2020, del 27 marzo ha regolarizzato la posizione amministrativa di quanti avevano domande pendenti per il rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno presso il Servizio degli stranieri e delle frontiere (SEF) fino al 30 giugno. Per i dettagli si rinvia a C. Guerrero Picó, *La regolarizzazione temporanea degli stranieri che avevano richiesto un permesso di soggiorno o la protezione internazionale*, in *Servizio Studi Area di Diritto Comparato, Corte Costituzionale*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 30.3.2020. Sullo stesso decreto si legga la nota critica di P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, cit., il quale evidenzia che le misure adottate in Portogallo sono in realtà già in larga parte in vigore in Italia, dove nelle more della definizione delle procedure di regolarizzazione, è anche ai richiedenti asilo già riconosciuto l'accesso ai servizi pubblici nazionali, come il SSN.

134. *Governo regulariza todos os imigrantes que tenham pedidos pendentes no SEF*, in *Público*, [www.publico.pt](http://www.publico.pt), del 28.3.2020.

135. Per avere un'idea del dibattito che ha accompagnato la novella normativa sulla regolarizzazione si rinvia a A. De Petris, *COVID-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), aprile 2020; la proposta dell'ASGI, consultabile sull'omonimo sito web; interessante è l'indicazione formulata da T. Boeri - S. Briguglio - E. Di Porto, *Chi e come regolarizzare nell'emergenza coronavirus*, 24 aprile 2020, consultabile sul sito online [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info). Critico verso le misure del c.d. "d.l. Rilancio" è F.V. Virzi, *L'emergenza sanitaria attraverso il prisma delle politiche migratorie*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), giugno 2020, il quale, al netto della perfettibilità del decreto, evidenzia come la regolarizzazione dei migranti e il ritorno all'accoglienza diffusa nei SIPROIMI siano misure allo stato insufficienti, poiché né si pongono nella prospettiva di riforme strutturali del sistema di accoglienza, né sono state seguite dall'adozione di un nuovo capitolato d'appalto più riguardoso delle strutture che garantirebbero un'accoglienza diffusa sul territorio e non concentrata (o meglio dire, ammassata), nei CAS. Ancora, sul tema, G. Perin - G. Savio, *Editoriale*, in questa *Rivista*, n. 2.2020, descrivono l'irragionevolezza della regolarizzazione, che, così disciplinata, «manifesta la miopia del legislatore, trattandosi di una normativa evidentemente frutto di una mediazione (al ribasso)».

136. L'art. 103 del decreto-legge 19.5.2020, n. 34, ha dichiaratamente una duplice finalità: garantire livelli adeguati di tutela della salute e favorire l'emersione di rapporti di lavoro irregolari. L'impianto è tuttavia tradito dalla prevalenza di misure adeguate maggiormente a realizzare le esigenze lavorative. A tal proposito. P. Bonetti, *Gli effetti giuridici della*

c) In ultimo, sul tema dei rimpatri, oltre alle problematiche evidenziate, è utile sottolineare la Comunicazione della Commissione<sup>137</sup> che ha invitato gli Stati a disporre del loro potere discrezionale di rilascio del permesso di soggiorno o di altra autorizzazione, così da riconoscere ai migranti irregolari il diritto di soggiornare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura, a norma dell'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva 2008/115/CE.

La conclusione del presente scritto è ispirata da un altro lavoro, in cui gli Autori pure hanno discusso di aspetti problematici sommersi – tuttavia non legati ai movimenti di immigrazione – che la pandemia ha contribuito “solamente” a portare a galla:

«Il coronavirus rappresenta il vaso di Pandora: sarà, infatti, il pretesto per radicalizzare gli aspetti peggiori della contemporaneità, (...), oppure (...) l'occasione per un cambiamento e per una correzione delle sempre più evidenti distorsioni della nostra società»<sup>138</sup>.

Il tema dell'immigrazione si conferma cioè e suo malgrado la cartina di tornasole di una società che da lungo tempo attende importanti riforme per risolvere problemi vecchi e nuovi, ma non riesce a darsene di davvero incisive.

---

*pandemia del Coronavirus sulla condizione degli stranieri*, cit., fa notare come alla domanda di emersione non sia connessa l'iscrizione immediata obbligatoria al SSN, mentre all'opposto è automaticamente garantita, nelle more della definizione della procedura, la possibilità di svolgere l'attività lavorativa.

137. *Covid-19: linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento*, (2020/C 126/02), 17.4.2020 in GUUE C 126/12.

138. F. Abbondante in S. Prisco - F. Abbondante, *I diritti al tempo del coronavirus. Un dialogo*, in *federalismi.it*, Focus Osservatorio Emergenza Covid-19, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24.3.2020, p. 20.