

## **Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante. Quale ruolo per il giudice amministrativo?\***

*Chiara Feliziani*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. Divieto di respingimento in mare ed obbligo di prestare soccorso: brevi cenni. – 2.1. La dimensione internazionale. – 2.2. La dimensione europea. – 2.3. La dimensione nazionale. – 3. La giurisprudenza della Corte Edu in tema di violazione da parte dell'Italia dell'obbligo di *non-refoulement* e del diritto dello straniero ad un ricorso effettivo. – 4. La giurisprudenza nazionale. – 5. Considerazioni di sintesi.

### *1. Notazioni introduttive*

È stato di recente osservato come «la giurisdizione [sia] diventata la sede privilegiata del riconoscimento e della attuazione dal basso dei diritti della persona, in alternativa alla mancanza di risposte politiche dall'alto dovuta alle inefficienze della Pubblica amministrazione, o peggio alle lacune legislative di garanzie causate dall'inadempienza delle funzioni di governo»<sup>1</sup>. Il che, effettivamente, trova un certo riscontro nella realtà fattuale, laddove non di rado il nostro giudice amministrativo finisce per indicare alla amministrazione la strada da

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> In questi termini L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Bari, 2013, p. 239. Nell'ambito della dottrina amministrativa, ha di recente sottolineato il ruolo proattivo del giudice l'autorevole voce di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. XXIII, laddove l'illustre A. ha scritto: «l'evolversi e il modificarsi dell'ordinamento positivo, il suo continuo adattarsi alle esigenze effettive della collettività, dipende solo in parte dall'opera del legislatore, il quale spesso arriva in ritardo; dipende in misura maggiore e più sollecitata dall'opera dei giudici e, indirettamente, dalle sollecitazioni e dalla anticipazioni della dottrina giuridica».

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

seguire<sup>2</sup> o si trova nella condizione di dover colmare i vuoti lasciati scoperti dal legislatore<sup>3</sup>. Il tutto nel mentre lo stesso giudice è chiamato, da un lato, a dipanare una matassa sempre più intricata di fonti normative<sup>4</sup> e, dall'altro lato, ad intessere un confronto costante con le altre Corti, anche sovranazionali<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Il che talora può dipendere della difficoltà di giungere ad una soddisfacente composizione degli interessi in gioco (L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 1, pp. 1 ss.), talaltra dall'atteggiamento "debole" o "difensivo" della amministrazione (se si vuole, C. Feliziani, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 1, pp. 157 ss.).

*Ex multis*, per una riflessione in ordine alla tendenza ad «amministrare per sentenza» v. L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 1, pp. 188 ss. e specialmente p. 195, dove l'A. osserva: «la conseguenza principale è una riduzione dello spazio a disposizione dell'amministrazione, o per abbandono del campo o per sconfinamento del giudice, con un impoverimento della capacità di decisione amministrativa».

In giurisprudenza, si v. ad esempio Cons. Stato, III, 26 ottobre 2016 n. 4487, la quale verteva proprio in tema di immigrazione, o ancora TAR Friuli Venezia Giulia, I sez., 31 marzo 2015 n. 167 e TAR Toscana, Firenze, I sez., 22 marzo 2016 n. 131.

<sup>3</sup> In argomento si v. lo speciale *Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, pp. 483 ss. e qui specialmente il contributo di A. Travi, pp. 496 ss., il quale individua e analizza alcune linee di trasformazione del rapporto tra giudici e legislatore e al contempo ricorda come «nel nostro ordinamento la supremazia della legge si esprim[a] istituzionalmente nella assegnazione al giudice del ruolo di interprete» il quale proprio in tale veste si fa garante di «elementi fondamentali per l'ordine democratico (...) Si pensi, per tutti, alla certezza del diritto, che riemerge sempre come una componente decisiva del principio di uguaglianza».

<sup>4</sup> A. Romano, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. XXIII, nonché – ad es. – F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 2, pp. 357 ss. e B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, *passim*.

<sup>5</sup> Di recente, su questo aspetto, A. Pajno, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 2, pp. 585 ss., che individua quale generale tendenza della giustizia amministrativa quella «che fa del giudice amministrativo un giudice di diritto comune europeo, proprio in conseguenza del processo di ravvicinamento dei sistemi europei di giustizia amministrativa e del ruolo giocato dal diritto dell'Unione europea e dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo». In precedenza, in senso sostanzialmente conforme, si v. S. Cassese, *La*

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

A questo riguardo la materia dell'immigrazione costituisce senz'altro un punto di osservazione – per così dire – privilegiato. Qui infatti, a fronte del sensibile (ri)acutizzarsi del fenomeno migratorio<sup>6</sup>, il giudice amministrativo – oltre a vedere crescere notevolmente il contenzioso su tale materia<sup>7</sup> – sembra aver assunto un ruolo finanche

---

*funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2007, 3, pp. 609 ss. e F. Patroni Griffi, Corti nazionali e Corti europee: verso un diritto europeo dei giudici oltre la crisi del processo di integrazione?, in Rivista italiana diritto pubblico comunitario, 2017, 2, pp. 448 ss.*

<sup>6</sup> La grande rilevanza assunta di recente dal fenomeno migratorio nel nostro Paese è stata chiaramente sottolineata ancora di recente da M. Savino, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 2, pp. 381 ss. Al contempo, per inquadrare il fenomeno sono senz'altro utili le osservazioni di F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 2, pp. 435 ss., il quale scrive: «può dirsi corrispondente al vero che l'Europa è al centro di un rilevante flusso migratorio». Tuttavia – prosegue l'A. – «se c'è una crisi in Europa, essa non è dovuta all'entità, in senso assoluto, della fattispecie da regolare, ma da qualcos'altro». Segnatamente, secondo l'A., ad assumere rilevanza è innanzitutto la difficoltà «nella gestione del relativo margine tra la categoria dei migranti ordinari o economici (...) e quella dei migranti che sono tali per ragioni *lato sensu* umanitarie». Ancora, rilevano il «processo istituzionale di individuazione e destinazione efficiente del migrante e del suo titolo di ingresso e di permanenza sul territorio» e la complessità che ad esso si lega. Si deve tener poi conto del fatto che «l'aumento della popolazione per migrazione è un evento critico, e lo è strutturalmente. Esso pone un complesso e dinamico problema di organizzazione e di azione pubblica, di gestione amministrativa». Da ultimo, a far parlare di crisi contribuiscono sicuramente eventi connotati da un alto margine di imprevedibilità come gli sbarchi. Sul punto, *amplius* quanto si dirà *infra*.

Per una ricostruzione in chiave storica dei fenomeni migratori nel nostro Paese si v. M. Colucci, *Le stagioni del governo dell'immigrazione nell'Italia repubblicana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, 2, pp. 421 ss. e Id., *L'immigrazione straniera nell'Italia repubblicana: le fasi iniziali e le linee di sviluppo (1963 – 1979)*, in *Studi storici*, 2016, 4, pp. 947 ss.

<sup>7</sup> Lo sottolinea, tra gli altri, A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, 3, pp. 820. Qui si legge, infatti, che «dal punto di vista quantitativo, lo status giuridico degli stranieri rappresenta, (...), una delle principali materie trattate dal giudice amministrativo, quarta per numero di controversie dopo urbanistica-edilizia, pubblici concorsi e contratti». Più nel dettaglio, l'A. ricorda che «con riferimento ai dati Istat del 2010 – pubblicati nel 2013 – i ricorsi in materia definiti con sentenza dei Tar erano

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

proattivo, avendo inaugurato da alcuni anni a questa parte un indirizzo giurisprudenziale massimamente improntato al canone della ragionevolezza<sup>8</sup>. Benché non manchino anche pronunce di tenore diverso, quel che si riscontra è infatti il progressivo delinearsi di un indirizzo in cui questo giudice – al fine di offrire risposte il più aderenti possibile alla realtà dei fatti – si mostra incline a mediare tra il dato normativo *tout court* inteso e le ragioni di ordine pubblico e/o di sicurezza dello Stato, da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali dei migranti, dall'altro lato<sup>9</sup>.

Particolarmente significativa in tal senso è ad esempio una decisione con cui il Consiglio di Stato, valorizzando il portato dell'art. 35, c. 3, T.U.I.<sup>10</sup>, ha ammesso il rilascio nei confronti dello straniero presente

---

2807, contro i 10.268 in materia urbanistico-edilizia, i 5.809 in materia di pubblico impiego e i 3.507 in materia di appalti. Sempre in quell'anno, peraltro, i nuovi ricorsi in materia di stranieri erano secondi solo a quelli in materia urbanistico-edilizia (6.148 nuovi ricorsi)».

<sup>8</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 886 ss., dove l'A. osserva: «la struttura unitaria del controllo ha inoltre il merito di non scindere artificiosamente la res controversa in questioni di fatto e di diritto (...). Il baricentro del controllo giudiziale si innesta dunque sul prioritario rapporto fra legge, amministrazione e individuo, individuando nella prima il punto di partenza al quale ancorare la definizione del rapporto sussistente fra amministrazione statale e individuo (anche straniero) (...)».

<sup>9</sup> Si v. ad es. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2017 n. 5040; Cons. Stato, III, 23 maggio 2017 n. 2391; Cons. Stato, III, 22 maggio 2017 n. 2382. Pronunce, queste, in cui emerge come il giudice amministrativo tenda a mitigare gli automatismi espulsivi previsti dal T.U.I. alla luce di un bilanciamento tra l'esistenza di precedenti penali e la tutela dei diritti fondamentali del migrante.

<sup>10</sup> L'art. 35 del T.U.I. è rubricato Assistenza sanitaria per gli stranieri non iscritti al Servizio sanitario nazionale. Al comma 3 si legge: «ai cittadini stranieri presenti sul territorio nazionale, non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio e sono estesi i programmi di medicina preventiva a salvaguardia della salute individuale e collettiva. (...)». Per un commento a tale disposizione si v. F. Filocamo, *Disposizioni in materia sanitaria*, in D. Manzione (a cura di), *Codice dell'immigrazione e asilo*, Milano, 2018, pp. 443 e ss. Più in generale, in ordine all'accesso alle cure mediche da parte dello straniero irregolarmente presente nello Stato, si v. G. Vosa, «Cure essenziali». *Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto pubblico*, 2016, 2, pp. 721 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

irregolarmente sul territorio nazionale di un permesso di soggiorno atipico finalizzato a permettere al soggetto in parola l'accesso alle cure mediche essenziali di cui lo stesso necessitava<sup>11</sup>.

Ancora, nel senso indicato sembrano molto interessanti anche alcune sentenze in materia di diniego o mancato rinnovo del permesso di soggiorno in cui i giudici di Palazzo Spada hanno mostrato chiaramente di valorizzare quegli elementi del caso concreto che potevano andare a beneficio dello straniero<sup>12</sup>.

Da ultimo, in ordine di tempo, si veda altresì la pronuncia con cui il TAR Lazio ha cassato il diniego opposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti a fronte della richiesta, avanzata dalla Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, di rendere conoscibili le informazioni relative ad alcune operazioni di soccorso in mare avvenute nell'autunno del 2018<sup>13</sup>.

Orbene, a commento della poc'anzi rammentata giurisprudenza è stato osservato come la stessa rappresenti il segno di un «percorso incrementale»<sup>14</sup> intrapreso dal giudice amministrativo. Un percorso, cioè, ispirato ad «una logica personalistica»<sup>15</sup> che indubbiamente trae linfa dal dialogo con le Corti sovranazionali<sup>16</sup> e che – pur non senza

---

<sup>11</sup> Cons. Stato, III, 27 ottobre 2014 n. 5328 in riforma della sentenza TAR Toscana, II, 5 luglio 2013 n. 1052.

<sup>12</sup> *Inter alia*, Cons. Stato, III, 14 febbraio 2017 n. 651; Cons. Stato, III, 30 maggio 2016 n. 2266; Cons. Stato, III, 26 maggio 2015 n. 2645; Cons. Stato, III, 9 aprile 2014 n. 1687.

<sup>13</sup> TAR Lazio, Roma, 1 agosto 2019 n. 10202. Avverso tale sentenza è stato proposto appello (ric. n. 7855/2019). Allo stato, tuttavia, non risulta ancora pubblicata la pronuncia del Consiglio di Stato.

<sup>14</sup> M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2018, 5, pp. 16.

<sup>15</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 491 ss.

In giurisprudenza, da ultimo, si v. TAR Lazio, I, 28 febbraio 2019 n. 2653 dove il collegio ha affermato che « giudizio di prevalenza delle esigenze di tutela sociale rispetto a quelle familiari e lavorative del richiedente il permesso di soggiorno, avendo natura discrezionale, è sindacabile solo per travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza o difetto di istruttoria ».

<sup>16</sup> Aspetto, questo, sottolineato tra gli altri da M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, cit., pp. 18.



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

qualche limite, specie in punto di certezza del diritto<sup>17</sup> – depone senz'altro a favore del migrante.

Non di meno l'apporto del giudice amministrativo italiano alla materia dell'immigrazione non sembra arrestarsi qui. Ancora più di recente, infatti, lo stesso – a fronte di alcuni interventi operati dal legislatore e dal governo tra il 2017<sup>18</sup> e il 2019<sup>19</sup> – è parso fornire un contributo parimenti importante in merito ad una questione da sempre molto controversa, qual è quella dei respingimenti in mare<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Se si vuole, perplessità in tal senso sono state avanzate in C. Feliziani, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2019, 2, pp. 267 ss. e spec. pp. 294 ss.

Di recente sul concetto di certezza del diritto il saggio di C. Pinelli, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 2, pp. 549 ss.

<sup>18</sup> Il riferimento è qui innanzitutto al d. l. 17 febbraio 2017 n. 13 conv. in L. n. 13 aprile 2017 n. 46, c.d. decreto Minniti.

In argomento, si v. V. Berlingò, *L'humanitas e la fundamentalità del diritto: il trattamento degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 2017, 3, pp. 529 ss.; C. Panzera, *Emergenza immigrazione, regimi speciali, diritti fondamentali: prime notazioni sul decreto "Minniti – Orlando"*, in *Quad. cost.*, 2017, 3, pp. 620 ss., nonché F. Manganaro, *L'organizzazione dell'accoglienza delle persone migranti*, in corso di pubblicazione in G. Canavesi (a cura di), *Dinamiche del diritto, migrazioni e uguaglianza relazionale*, EUM, 2019, pp. 95 ss.

<sup>19</sup> In specie, si v. il d.l. 14 giugno 2019 n. 53 (c.d. decreto sicurezza *bis*), conv. in L. 8 agosto 2019 n. 77.

Prima di tale decreto, inoltre, il legislatore aveva adottato il d. l. 4 ottobre 2018 n. 113 (c.d. decreto sicurezza), conv. in L. 1 dicembre 2018 n. 132. Quest'ultimo, peraltro, è stato oggetto anche di una pronuncia della Corte costituzionale, vale a dire C. cost. 24 luglio 2019 n. 194.

In dottrina, si v. innanzitutto F. Manganaro, *Politiche e strutture di accoglienza delle persone migranti*, in *Federalismi*, 2019, 22, pp. 1 ss., nonché S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (cd "decreto sicurezza")*, in *Federalismi*, 2018, 22, pp. 1 ss.

<sup>20</sup> Fattispecie, questa dei respingimenti in mare, che si lega indissolubilmente alla "diffidenza" con cui sono visti gli sbarchi. Sul punto, scrive infatti F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, cit., 439: «la variabile della crisi [migratoria] deve collocarsi altrove. Essa risiede effettivamente, anche in Italia, negli sbalzi di una specifica tipologia di flussi migratori, ossia negli sbarchi. Trattandosi di arrivi non preventivamente razionalizzati, essi impattano in modo forte e non del tutto prevedibile sulle ordinarie dinamiche del processo di individuazione e destinazione del migrante. Allorché questo impatto cresce rapidamente, e per l'Italia ciò si è verificato

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Una questione, questa da ultimo indicata, che peraltro ha visto più volte il nostro Paese condannato dalla Corte Edu, oltre che per la violazione dell'obbligo di *non-refoulement*, per l'assenza di una autorità giurisdizionale davanti alla quale il migrante potesse rappresentare la propria doglianza<sup>21</sup>. A tale tematica sono dunque dedicate le pagine che seguono, il cui intento è quello di mettere in evidenza la rilevanza che essa assume anche nell'ottica del diritto amministrativo, specialmente con riguardo al profilo dell'*an* della tutela giurisdizionale garantita al migrante dal nostro ordinamento giuridico<sup>22</sup>.

*2. Divieto di respingimento in mare e obbligo di prestare soccorso:  
brevi cenni*

Prima di entrare nel merito della questione può essere utile dare conto, seppur brevemente, del fondamento giuridico del divieto di

---

soprattutto dal 2013 al 2016, il paese che lo subisce si trova ad affrontare un surplus gestionale. È qui che la crisi si conclama come tale (...)».

*Ex multis*, sul tema si v. ad es. A. Lanciotti – D. Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. Cassetti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 223 ss.

<sup>21</sup> Salvo quanto si dirà più diffusamente *infra*, sia per il momento sufficiente ricordare le pronunce C. Edu, Grande Camera, *Hirsi Jamaa c. Italia*, ric. n. 27765/09; C. Edu 19 gennaio 2010, *Hussun et a. c. Italia*, ric. nn. 10171/05, 10601/05, 11593/05; C. Edu 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. 37201/06.

<sup>22</sup> Tale aspetto può essere letto come una piccola tessera utile a comporre un mosaico di ben più ampia portata, che ha riguardo alla questione dell'*an* della giurisdizione amministrativa. In proposito, si v. innanzitutto le autorevoli osservazioni di F.G. Scoca, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 3, pp. 847 ss. Nell'ambito di tale dibattito, e per un quadro delle diverse posizioni in campo, si v. altresì L. Ferrara, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni*, in *Diritto pubblico*, 2014, 4, pp. 652 ss.; M. Mazzamuto, *L'allegato E e l'infausto mito della giurisdizione unica tra ideologia ed effettività della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2017, 2, pp. 740 ss. e R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, 2, pp. 285 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

respingimento in mare e del correlativo obbligo di prestare soccorso a chi si trovi in pericolo di vita.

*2.1. La dimensione internazionale*

Sul punto, si deve osservare come l'obbligo di *non-refoulement* trovi sicuro ancoraggio innanzitutto nel diritto internazionale del mare<sup>23</sup>. In tal senso, infatti, rileva senz'altro la Convenzione ONU di Montegobay, a mente della quale «ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera (...) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita» e «proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa»<sup>24</sup>. La stessa Convenzione, inoltre, pone in capo agli Stati parte il dovere di «promuovere l'istituzione, l'attivazione ed il mantenimento di un adeguato ed effettivo servizio di ricerca e soccorso relativo alla sicurezza in mare e, ove le circostanze lo richiedano, di cooperare a questo scopo attraverso accordi regionali con gli Stati limitrofi»<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> *Amplius*, in dottrina N. Ronzitti, *Diritto internazionale*, VI ed., Torino, 2019, pp. 109 ss.

<sup>24</sup> Così l'art. 98, p. 1, della Convenzione ONU sul diritto del mare (c.d. *Uniclos*), firmata a Montegobay il 10 dicembre 1982 e ratificata dall'Italia con la L. 2 dicembre 1994 n. 689.

<sup>25</sup> In questi termini l'art. 98, p. 2, della Convenzione in parola.



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Del pari, assume altresì rilevanza ai nostri fini la Convenzione Salvage<sup>26</sup> del 1989, nonché le più risalenti Convenzioni Solas<sup>27</sup> e Sar<sup>28</sup>. In particolare, con riguardo a questi ultimi due documenti, si deve ricordare come, nonostante entrambi fossero stati elaborati dalla Organizzazione marittima internazionale allo scopo di garantire la sicurezza della navigazione mercantile, le rispettive disposizioni pongano obblighi di tenore sostanzialmente analogo a quelli fissati dalla poc'anzi ricordata Convenzione di Montegobay. Ciò specialmente dopo gli emendamenti alle stesse apportati nel 2004 ed entrati in vigore il 1 luglio 2006 il cui obiettivo precipuo è stato quello di favorire un obbligo di cooperazione da parte degli Stati alle operazioni di soccorso sì da

---

<sup>26</sup> Convenzione sul soccorso in mare e nelle acque adottata nell'aprile 1989 e ratificata dall'Italia con la L. 12 aprile 1995 n. 129.

<sup>27</sup> La Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare Solas – acronimo di *Safety of life at sea* – è un accordo internazionale elaborato dalla Organizzazione marittima internazionale (IMO) con lo scopo di tutelare la sicurezza della navigazione mercantile. Nella sua attuale versione, firmata a Londra nel 1974 e ratificata dall'Italia con la L. 23 maggio 1980 n. 313 (la prima versione della Convenzione in parola risale, infatti, al 1914).

Questa, al capitolo V, Reg. 33 (1) sancisce il dovere per il «comandante di una nave che si trovi nella posizione di essere in grado di prestare assistenza, avendo ricevuto informazione da qualsiasi fonte circa la presenza di persone in pericolo in mare, a procedere con tutta rapidità alla loro assistenza, se possibile informando gli interessati o il servizio di ricerca e soccorso del fatto che la nave sta effettuando tale operazione».

La medesima Convenzione al capitolo V, Reg. 7, impone inoltre agli Stati aderenti di «garantire che vengano presi gli accordi necessari per le comunicazioni di pericolo e per il coordinamento nella propria area di responsabilità e per il soccorso di persone in pericolo in mare lungo le loro coste. Tali accordi dovranno comprendere l'istituzione, l'attivazione ed il mantenimento di tali strutture di ricerca e soccorso, quando esse vengano ritenute praticabili e necessarie».

<sup>28</sup> La Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, c.d. *Search and Rescue* (Sar) è stata elaborata dalla Organizzazione marittima internazionale (IMO) e adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979, per poi essere ratificata dall'Italia con la L. 3 aprile 1989 n. 47.

Detta Convenzione, tra le altre, cose pone in capo agli Stati aderenti l'obbligo di «garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare (...) senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata» (Cap. 2.1.10) ed a «(...) fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro» (Cap. 1.3.2).

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

assicurare, tra le altre cose, il pronto trasferimento in un luogo sicuro delle persone soccorse in mare.

Il quadro delle fonti sul piano internazionale del mare risulta poi ulteriormente arricchito da una serie di documenti di *soft law*, quali sono – ad esempio – le Linee guida rese note dall’Organizzazione marittima internazionale nel 2004<sup>29</sup> e la Guida per il soccorso in mare elaborata sempre dalla Organizzazione marittima internazionale ma, in questo caso, di concerto con la Agenzia ONU per i rifugiati<sup>30</sup>.

Più in generale, rilevano poi le norme internazionali in materia di diritti umani<sup>31</sup>. Il dovere di non respingimento, infatti, si ricava – ad

---

<sup>29</sup> Risoluzione MSC.167(78), adottata dal Comitato Marittimo per la Sicurezza insieme agli emendamenti alle Convenzioni Solas e Sar (<http://www.imo.org/en/Pages/Default.aspx>).

Qui, in particolare, si rinviene una definizione del concetto di “luogo sicuro” dove condurre le persone soccorse in mare. A mente del par. 6.12 della citata Convenzione può dirsi tale quel luogo in cui «la sicurezza dei sopravvissuti o la loro vita non è più minacciata; le necessità umane primarie (i.e. cibo, alloggio e cure mediche) possono essere soddisfatte; e può essere organizzato il trasporto dei sopravvissuti nella destinazione vicina o finale».

<sup>30</sup> Guida a principi e pratiche da applicarsi a migranti e rifugiati. La guida è liberamente consultabile al seguente indirizzo: [http://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/5copy\\_0\\_rescueatsea.pdf](http://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/5copy_0_rescueatsea.pdf).

<sup>31</sup> Con riguardo alla tutela internazionale dei diritti umani la letteratura è a dir poco sterminata. Per una visione d’insieme di alcune tra le questioni più attuali si v. A. Di Stefano – R. Sapienza (a cura di), *La tutela dei diritti umani ed il diritto internazionale*, Napoli, 2012.

Per un inquadramento in termini più ampi della questione, sia qui inoltre consentito fare riferimento a delle letture in tema di diritti umani tratte da altri ambiti del sapere. Tra queste, ad esempio, il noto contributo di N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, nonché M. Flores, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, Torino, 2009; C. Sarthea, *Diritti umani. Un’introduzione critica*, Torino, 2018 e – non ultimo – G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017. Quest’ultimo, in particolare, scrive: «chi oserebbe negare che nella “età dei diritti”, che diamo essere la nostra e che ha proclamato la felicità non come compito morale dell’uomo virtuoso (...), ma niente di meno che come diritto universale: chi oserebbe negare che la povertà, l’analfabetismo, la schiavitù, la violenza, le persecuzioni, la tortura (...) le migrazioni forzate (...) siano oggi diffusi su larga scala e, sommandosi, colpiscono innocenti in misura che forse mai si è conosciuta in passato?». Ebbene, a fronte di ciò, l’A. si interroga sul ruolo del diritto e osserva che «la distanza tra il diritto e il fatto, tra ciò che deve essere e ciò che è, tra le aspettative e la realtà, è un dato

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

esempio – dal Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>32</sup>, così come dalla Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti<sup>33</sup>. Nonché, e specialmente, dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, il cui caposaldo è costituito proprio dal principio di *non – refoulement*<sup>34</sup>. La Convenzione in parola, infatti, nega

---

fisiologico dell'esperienza giuridica. Se una distanza non fosse preventivabile già fin dall'inizio, essendo chiaro che se ciò che *deve* essere *non può* essere, il diritto sarebbe perfettamente impotente. Sarebbe, invece, perfettamente inutile se ciò che *deve* essere corrispondesse a ciò che *non può non* essere. In breve: il diritto ha la sua ragion d'essere quando prescrive ciò che può essere, ma che può anche non essere. Esso opera con i suoi mezzi in un campo di tensione, presupponendo che di fatto ciò che deve essere possa essere contraddetto da ciò che è, ma che non sia irragionevole che il diritto agisca per evitare la contraddizione, avvicinando ciò che è a ciò che deve essere».

<sup>32</sup> Il Patto, o Convenzione, internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato il 16 dicembre 1966 dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite (Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966) ed è entrato in vigore sul piano internazionale il 23 marzo del 1976. Alla data del 1 gennaio 2018 gli Stati aderenti erano 171. Per quel che concerne l'Italia, la Convenzione è stata ratificata il 15 settembre 1978 ed è entrata in vigore il 15 dicembre 1978. Ai fini del discorso in parola si v. specialmente gli art. 6, p 1., e 7 della Convenzione medesima i quali stabiliscono rispettivamente che «il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve esser protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita» e che «nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, in particolare, nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico».

<sup>33</sup> La Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984 ed è entrata in vigore sul piano internazionale il 27 giugno 1987. Per quel che concerne l'Italia, la ratifica è avvenuta con la L. 3 novembre 1988 n. 489. Ai nostri fini rileva in particolare l'art. 3 di tale Convenzione, il quale stabilisce che «nessuno Stato Parte espelle, respinge né estrada una persona verso un altro Stato qualora vi siano serie ragioni di credere che in tale Stato essa rischia di essere sottoposta a tortura. 2. Per determinare se tali ragioni esistono, le autorità competenti tengono conto di tutte le considerazioni pertinenti, compresa, se del caso, l'esistenza, nello Stato interessato, di un insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo».

<sup>34</sup> La Convenzione sui rifugiati è stata adottata a Ginevra il 28 luglio 1951 dalla Conferenza dei plenipotenziari sullo status dei rifugiati e degli apolidi convocata dalle Nazioni Unite. La Convenzione è entrata in vigore sul piano internazionale il 22 aprile

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

espressamente che uno degli Stati contraenti possa espellere o respingere, «in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini dei territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza ad un determinato gruppo sociale o delle sue opinioni politiche»<sup>35</sup>.

Se poi dal contesto “globale” si passa ad uno “regionale”, è possibile avvedersi di come il divieto di respingimento trovi un ancoraggio anche nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>36</sup>. Nonostante infatti in detta Convenzione non sia presente una norma che espressamente ponga l’obbligo di *non – refoulement*, i giudici di Strasburgo hanno ricavato il divieto in parola dall’art. 3 Cedu che sancisce il divieto di tortura<sup>37</sup>.

Sul punto si avrà modo di tornare più diffusamente nel prosieguo dello scritto quando si darà conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di respingimenti in mare e specialmente di quegli arresti che hanno interessato più da vicino l’ordinamento italiano. Al momento basti solamente osservare che, attraverso lo strumento della

---

1954. Alla data del 1 gennaio 2018 gli Stati parti erano 145. Per quel che riguarda il nostro Paese, l’autorizzazione alla ratifica e l’ordine di esecuzione si sono avuti con la L. 24 luglio 1954 n. 722. La Convenzione è poi entrata in vigore il 13 febbraio 1955. L’UNHCR è l’agenzia delle Nazioni Unite che ha il compito precipuo di vigilare sul rispetto della Convenzione e dell’annesso Protocollo adottato nel 1967.

<sup>35</sup> In questi termini l’art. 33, p. 1, della Convenzione di Ginevra. Il medesimo articolo, al p. 2, precisa tuttavia che «la presente disposizione non può (...) essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese».

<sup>36</sup> In generale, in ordine alla Convenzione Edu si v. – *inter alia* – S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

<sup>37</sup> Per un commento all’art. 3 Cedu si v. S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, cit.*, pp. 63 ss. Inoltre, con riferimento specifico al tema della presente trattazione v. A. Lanciotti – D. Vitiello, *L’art. 3 Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement, cit.*, pp. 223 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

interpretazione evolutiva<sup>38</sup>, la Corte Edu – sin dalla pronuncia resa in relazione al noto caso *Soering c. Regno Unito*<sup>39</sup> – ha potuto affermare come l’articolo in argomento dovesse trovare applicazione anche con riguardo ad «ipotesi di estradizione, espulsione o allontanamento di individui qualora sussistano ragioni sostanziali ed effettive tali da far temere che, una volta estradato o espulso da uno Stato parte, l’individuo in esame sia sottoposto, dallo Stato di destinazione o da privati, a tortura o a pene o trattamenti inumani e degradanti»<sup>40</sup>.

## 2.2. La dimensione europea

Restando sul continente europeo, si deve altresì osservare come negli anni anche le istituzioni dell’Unione europea abbiano dato vita ad una propria politica migratoria<sup>41</sup> e come quest’ultima abbia recepito – o, se si preferisce, condiviso – il principio di *non-refoulement* nei termini in cui – si è visto – esso è stato elaborato a livello internazionale.

Dapprima occasionata dall’intento di disciplinare il diritto al ricongiungimento familiare e lo *status* dei cittadini di Paesi terzi

---

<sup>38</sup> In argomento si ricordano, senza pretesa alcuna di esaustività, E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2018, pp. 184 ss.; C. Djeflal, *Static and Evolutive Treaty Interpretation. A Functional Reconstruction*, Cambridge, 2016, pp. 18 ss. e pp. 272 ss.; F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, III ed., Torino, 2017, pp. 669 ss.

Più in generale, sul tema della interpretazione della legge si v. – tra gli altri – il recente lavoro di M. Brunello – G. Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, pp. 37 ss.

<sup>39</sup> C. Edu, 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88.

<sup>40</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 71.

<sup>41</sup> Per una panoramica dell’evoluzione della politica europea nella materia de qua si v., ad es., M. F. Massò Garrote, *Il quadro giuridico politico comune in materia di immigrazione nell’Unione europea*, in S. Gambino – G. D’Ignazio (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra Costituzioni nazionali, Unione europea e Diritto internazionale*, Milano, 2010, pp. 141 ss.

Inoltre, tra i lavori più recente, si v. A. Adinolfi, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell’immigrazione*, in G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell’Unione europea. Parte speciale*, V ed., Torino, 2017, pp. 64 ss.; F. Cherubini (a cura di), *Le migrazioni in Europa: UE, Stati terzi e migration outsourcing*, Bordaux, 2015; R. Schutze, *European Union Law*, Cambridge, II ed., 2018, pp. 589 ss.



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

soggiornanti di lungo periodo nel territorio dell'Unione europea<sup>42</sup>, detta politica ha poi assunto a proprio oggetto anche il contrasto all'immigrazione irregolare quale obiettivo da perseguire nel rispetto in ogni caso di quelli che sono generalmente considerati essere i diritti fondamentali della persona.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della perdita della distinzione tra primo e secondo pilastro<sup>43</sup>, la base giuridica in forza della quale oggi l'Unione europea opera nella materia *de qua* è rappresentata innanzitutto dal Titolo V del TUE, artt. 21 – 46<sup>44</sup> e dal Titolo V, Capo II, del TFUE, artt. da 77 ad 80<sup>45</sup>. Quest'ultimo articolo, in particolare, ha cura di precisare che il principio di solidarietà e quello di equa ripartizione della responsabilità, anche finanziaria, tra gli Stati membri costituiscono i perni dell'azione europea in ambito migratorio<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Si v. in proposito la direttiva 2003/86/Ce del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare e la direttiva 2003/109/Ce del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

<sup>43</sup> Il che significa che la politica inerente alla libera circolazione delle persone può dirsi oggi quanto mai contigua a quella relativa alla gestione delle frontiere esterne (G. Tesaro, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Padova, 2012, pp. 458 ss.).

*Amplius* sui mutamenti prodottisi nella materia *de qua* a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si v. A. Adinolfi, *La politica dell'immigrazione dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, 1, pp. 11 ss.; G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in P. Benvenuti (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa di Fagnano Alto, 2008, pp. 101 ss.; C. Favilli, *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 2, pp. 13 ss.; B. Nascimbene, *La politica europea in materia di immigrazione e la lotta al traffico di persone*, in L. F. Pace (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012.

<sup>44</sup> Il Titolo V del TUE è rubricato *Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione europea e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune*.

<sup>45</sup> Il Titolo V del TFUE è rubricato *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, mentre il suo Capo II reca *Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione*.

<sup>46</sup> Precisamente, l'art. 80 TFUE stabilisce che: «le politiche dell'Unione di cui al presente capo e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Non di meno, grande rilievo rivestono altresì l'art. 2 e l'art. 3, n. 2, del TUE, laddove nel primo si legge che «l'Unione si fonda sui valori del *rispetto della dignità umana*, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del *rispetto dei diritti umani*, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. (...)»; mentre nel secondo è stabilito che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a *misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*»<sup>47</sup>.

La materia dell'immigrazione a livello europeo è poi interessata da una molteplicità di atti di diritto derivato. Tra i più recenti interventi normativi sul punto si ricordano la Comunicazione del 2014 recante *Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla*<sup>48</sup> e l'*Agenda europea sulla migrazione* adottata nel 2015<sup>49</sup>. Nonché una serie di misure volte in maniera specifica a contrastare l'immigrazione irregolare, quali sono il

---

ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. Ogniqualevolta necessario, gli atti dell'Unione adottati in virtù del presente capo contengono misure appropriate ai fini dell'applicazione di tale principio»

<sup>47</sup> Sul punto, autorevole dottrina – G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., cit., pp. 459 ss. – ha osservato che «da tali principi dell'ordinamento dell'Unione si ricava che la tutela dei diritti umani nell'Unione europea non dipende dal possesso della cittadinanza dell'Unione, ma va riconosciuta anche ai cittadini di Paesi terzi. Sotto questo profilo, si è avviato il passaggio da una fase improntata alla salvaguardia dei diritti dei cittadini dell'Unione ad una nuova fase caratterizzata anche dalla tutela della persona in quanto tale».

Restando in tema di principi vale tuttavia la pena di ricordare come secondo altra parte della dottrina (B. Tonoletti, *Confini diritti migrazioni. Catastrofe e redenzione del diritto pubblico europeo*, in F. Cortese – G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, 2017, pp. 55 ss.) nella materia dell'immigrazione il principio di solidarietà di cui all'art. 3, parr. 3 e 5, del TUE trovi scarso riscontro nella realtà dei fatti.

<sup>48</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, recante *Un'Europa aperta e sicura: come realizzarla*, COM (2014) 154 final.

<sup>49</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, recante *Agenda europea sulla migrazione*, COM (2015) 240 final, di cui nel 2018 è stata pubblicata una relazione sullo stato di attuazione.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

*Piano di azione dell'Unione europea contro il traffico dei migranti (2015 – 2020)*<sup>50</sup> e il *Piano d'azione dell'Unione europea sul rimpatrio (come integrato nel 2017)*<sup>51</sup>, oltre ovviamente alla ben nota direttiva rimpatri del 2008<sup>52</sup>.

In specie, con l'atto normativo da ultimo ricordato le istituzioni europee hanno sostanzialmente «inteso fornire agli Stati membri norme e procedure comuni per il rimpatrio di cittadini “clandestini”, ivi compreso l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo e, a tal fine, di riservargli un trattamento ed un livello di protezione non meno favorevoli di quelli previsti da alcune disposizioni nazionali in materia di misure coercitive, allontanamento, prestazioni sanitarie e trattenimento»<sup>53</sup>. Ne deriva che – come osservato da parte della dottrina – anche nell'ambito dell'Unione europea vige in capo agli Stati membri il dovere di rispettare l'obbligo di non respingimento e le regole di diritto internazionale in materia di rifugiati<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, recante *Piano di azione dell'Unione europea contro il traffico dei migranti (2015 – 2020)*, COM (2015) 285 final.

<sup>51</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, recante *Piano di azione dell'Unione europea sul rimpatrio*, COM (2015) 453 final. Nel 2017 tale piano è stato integrato attraverso la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, recante *Per una politica dei rimpatri più efficace nell'Unione europea – Un piano d'azione rinnovato*, COM (2017) 200 final e la Raccomandazione della Commissione del 7 marzo 2017, COM (2017) 1600 final.

<sup>52</sup> Direttiva 2008/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante *Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*.

<sup>53</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., cit., pp. 458. In giurisprudenza, per tutti, CGUE 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11, specialmente i par. 52 e 60.

<sup>54</sup> G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., cit., pp. 463, il quale sottolinea che «le misure per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio devono rispondere al principio di proporzionalità e rispettare i diritti fondamentali dei cittadini di Stati terzi. Osservando questi limiti e condizioni, gli Stati membri sono comunque legittimati ad applicare disposizioni penali, ma soltanto come *extrema ratio*, e cioè quando l'adozione delle misure previste dalla direttiva 2008/115/Ce non abbia consentito di realizzare il rimpatrio per cause imputabili all'immigrato irregolare».

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Sul punto occorre peraltro sottolineare che, a seguito del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, la Commissione ha avanzato la proposta di adottare un insieme di misure volte a rivedere la direttiva rimpatri<sup>55</sup> e, più in generale, gli strumenti della politica europea in materia di immigrazione da Paesi terzi, di cui effettivamente – anche a fronte di recenti vicende – da più parti sono state messe in luce le lacune e le inefficienze<sup>56</sup>.

In particolare, nella proposta di direttiva elaborata dal Parlamento e dal Consiglio, si sottolinea «l'esigenza di intensificare notevolmente l'effettivo rimpatrio dei migranti irregolari e [trova accogliamento] l'intenzione della Commissione di presentare proposte legislative per una politica europea di rimpatrio efficace e coerente»<sup>57</sup>. Una politica, cioè, che si vuole ispirata ai «principi fondamentali concordati nelle conclusioni del Consiglio europeo», dove è stata messa «in evidenza la necessità di rafforzare gli strumenti della solidarietà europea, in

---

<sup>55</sup> Si v. la 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*.

<sup>56</sup> Osservazioni critiche sotto vari aspetti sono state mosse, ad esempio, da F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in G. Nesi (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?*, Napoli, 2018, pp. 205 ss.; C. Favilli, *L'Unione europea e la difficile attuazione del principio di solidarietà nella gestione della emergenza "immigrazione"*, in *Quad. cost.*, 2915, 3, pp. 785 ss. e più di recente Id., *La politica dell'Unione in materia di immigrazione e asilo. Carenze strutturali e antagonismo tra gli Stati membri*, in *Quad. cost.*, 2018, 2, pp. 361 ss.

<sup>57</sup> Così testualmente nel contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19 – 20 settembre 2018, COM (2018) 643 final. Più nel dettaglio, la Commissione ha osservato che «nonostante questi sforzi, si sono registrati scarsi progressi nell'aumento dell'efficacia dei rimpatri. Si è notata, al contrario, una diminuzione del tasso di rimpatrio in tutta l'UE, che dal 45,8% del 2016 è passato ad appena il 36,6% nel 2017. Per affrontare le difficoltà principali che si oppongono all'esecuzione dei rimpatri è necessaria una revisione mirata della direttiva rimpatri, soprattutto allo scopo di ridurre la durata delle procedure di rimpatrio, migliorare il collegamento tra le procedure di asilo e quelle di rimpatrio e permettere un uso più efficace delle misure volte a prevenire la fuga. Per rendere la politica europea di rimpatrio più efficace e coerente, in linea con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occorre che sia adottata urgentemente una rifusione mirata della direttiva rimpatri».

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

particolare potenziando la guardia di frontiera e costiera europea, di assicurare una gestione efficace delle frontiere esterne e della migrazione (...)»<sup>58</sup>.

A tale ultimo riguardo, due sono state indicate come le sfide principali rispetto alle quali le istituzioni europee si sentono chiamate ad individuare delle soluzioni concrete. Innanzitutto, emendare le difficoltà e gli ostacoli che gli Stati membri incontrano nell'ambito delle procedure di esecuzione delle decisioni di rimpatrio<sup>59</sup>. E, in secondo luogo, migliorare gli strumenti di cooperazione tra gli Stati membri e i Paesi di origine dei migranti, giacché da ciò dipende strettamente l'efficacia della politica di rimpatrio<sup>60</sup>.

Quel che in ogni caso, almeno a livello di principio, non sembra posto in discussione – né potrebbe ragionevolmente essere altrimenti – è l'obbligo di *non-refoulement* e, più in generale, la necessità di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei migranti.

---

<sup>58</sup> Così, ancora, nel contributo della Commissione europea alla riunione dei leader di Salisburgo del 19 – 20 settembre 2018, COM (2018) 643 final.

<sup>59</sup> In COM (2018) 643 final, *cit.*, si legge infatti che «Le pratiche nazionali che attuano il quadro dell'UE variano da uno Stato membro all'altro e non sono efficaci quanto dovrebbero. Fra l'altro, l'incoerenza per quanto riguarda le definizioni e le interpretazioni relative al rischio di fuga e all'uso del trattenimento causa la fuga dei migranti irregolari e i movimenti secondari».

<sup>60</sup> In COM (2018) 643 final, *cit.*, si sottolinea che «negli ultimi tre anni l'impegno costante dell'UE per coinvolgere i principali paesi di origine nella cooperazione al fine della gestione della migrazione ha permesso di conseguire buoni progressi e sono stati conclusi diversi accordi di rimpatrio e di riammissione non vincolanti. Ora che è cominciata l'attuazione di questi accordi, è importante che tutti gli Stati membri facciano fruttare i risultati ottenuti e usino al meglio gli accordi per aumentare i rimpatri nei paesi in questione», arginando così l'immigrazione irregolare.

Sul tema, tuttavia, osservazioni critiche si leggono in F. Cortese, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, *cit.*, pp. 441, laddove l'A. sottolinea che «esiste una certa lontananza tra l'individuazione di quelli che risultano essere gli Stati d'origine dei richiedenti asilo e l'individuazione degli interlocutori su cui l'Italia, gli altri Stati membri e l'Unione europea stessa concentrano le loro politiche *proxy*, che come è noto hanno ad oggetto procedure localizzabili nell'immediatezza esterna del confine dell'Unione (Libia, Tunisia, Turchia). Anche questo fattore – prosegue l'A. – concorre ad aumentare i *costi di transazione* di queste politiche, diminuendone l'efficienza e ribaltando su soggetti terzi tutti i relativi oneri, anche in termini di rispetto di diritti e libertà fondamentali».

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

### 2.3. La dimensione nazionale

Per quel che concerne infine il nostro ordinamento – al di là della vigenza degli obblighi internazionali ed europei di cui sopra e oltre a talune norme della Carta costituzionale che sanciscono principi generali fondamentali, come quello di solidarietà – un riferimento imprescindibile è rappresentato dal Testo Unico dell’Immigrazione (T.U.I.)<sup>61</sup>, specialmente agli artt. 10 e seguenti.

In particolare, il citato art. 10 T.U.I. è rubricato *Respingimento* e – in disparte le modifiche introdotte nel 2018<sup>62</sup> – stabilisce innanzitutto che è compito della polizia di frontiera «respinge[re] gli stranieri che si presentano ai valichi di frontiera senza avere i requisiti richiesti» dalla legge<sup>63</sup>. Allo stesso compito – si legge sempre nell’articolo in parola – adempie invece il Questore qualora i soggetti in questione siano «fermati all’ingresso o subito dopo» sprovvisti di documenti oppure siano stati «temporaneamente ammessi nel territorio per necessità di pubblico soccorso»<sup>64</sup>.

Fissata la regola, l’articolo in discorso individua poi delle eccezioni. Al comma 4 si legge infatti che «le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 (...) non si applicano nei casi previsti dalle disposizioni vigenti che disciplinano l’asilo politico, il riconoscimento dello *status* di rifugiato

---

<sup>61</sup> D. lgs. 27 luglio 1998 n. 286, *Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norma sulla condizione dello straniero*. L’art. 10 è rubricato *Respingimento*. Per un commento, si v. il contributo di M. Malafatti, in D. Manzione (a cura di), *Codice dell’asilo e dell’immigrazione*, Milano, 2018, pp. 101 ss.

<sup>62</sup> Novità che sono state introdotte dall’art. 5 bis, c. 1, lett. a) del d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, conv. in L. 1 dicembre 2018 n. 132. Tra le modifiche più significative si segnala l’introduzione dei commi 2 *ter* e 2 *quater*, a mente dei quali – rispettivamente – «lo straniero destinatario del provvedimento di respingimento di cui al comma 2 non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministero dell’Interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è espulso con accompagnamento immediato alla frontiera» e «allo straniero che, già denunciato per il reato di cui al comma 2 *ter* ed espulso, abbia fatto reingresso nel territorio dello Stato si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni».

<sup>63</sup> Art. 10 T.U.I., c. 1

<sup>64</sup> Art. 10, c. 2 lett. a) e b) T.U.I.



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

ovvero l'adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari».

Il successivo art. 10 *ter* T.U.I. regola inoltre il caso specifico di cittadini stranieri soccorsi nel corso di operazioni di salvataggio in mare<sup>65</sup>. A tale riguardo, il legislatore ha previsto che «lo straniero (...) giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi (...)». Qui devono essere svolte anche le operazioni volte alla identificazione delle persone soccorse ed inoltre deve essere loro «assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di [ricolloca]mento] in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito»<sup>66</sup>.

Orbene, con riguardo alle disposizioni appena menzionate va detto che, già anteriormente ai più recenti interventi normativi<sup>67</sup>, si erano profilati alcuni problemi di carattere interpretativo oltre che applicativo. Ci si è interrogati ad esempio sulla diversa natura del provvedimento di respingimento emesso dalla polizia e dal questore<sup>68</sup>, nonché sulla necessità e sul tipo di motivazione che deve accompagnare detto provvedimento<sup>69</sup>. Ancora – e venendo a questioni ai nostri fini più dirimenti – sulla procedura da seguire nell'eventualità in cui si rendesse

---

<sup>65</sup> Tale articolo è stato introdotto per mano dell'art. 17, c. 1, d. l. 17 febbraio 2017 n. 13, conv. in L. 13 aprile 2017 n. 46.

<sup>66</sup> Art. 10 *ter*, c. 1, T.U.I.

<sup>67</sup> Il riferimento è qui ai decreti sicurezza (d.l. n. 113/2018) e sicurezza *bis* (d.l. n. 53/2019), *cit.*

<sup>68</sup> Un tempo si riteneva infatti che mentre il respingimento ordinato dal questore fosse un vero e proprio provvedimento, quello operato dalla polizia fosse una mera attività materiale (i.e. la polizia di frontiera "respinge"). Ad oggi invece, grazie all'art. 3, c. 3, del Regolamento attuativo al T.U.I. che parla in entrambi i casi di «provvedimento di respingimento», la questione può ritenersi risolta nel senso della identica natura delle fattispecie in parola.

<sup>69</sup> Come ricordato da M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 104 «la motivazione può anche tradursi nella mera constatazione dell'ingresso irregolare e della mancanza di cause ostative al respingimento. Se lo straniero non comprende la lingua italiana, al provvedimento va allegata una sintesi del suo contenuto nella lingua a lui comprensibile (...). Il documento di sintesi può essere sostituito da appositi formulari purché sufficientemente dettagliati».



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

necessario il contestuale respingimento di più persone (i.e. respingimenti collettivi) e sul diverso trattamento riservato ai soggetti richiedenti la protezione internazionale ed umanitaria, oltre che sui contorni assunti dalla tutela giurisdizionale nei casi di specie.

Limitando l'attenzione alle questioni da ultimo menzionate si deve per prima cosa osservare come molta parte nella definizione delle stesse sia dipesa dalla influenza esercitata dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, dalla giurisprudenza della sua Corte.

Ciò si evince già solo ponendo mente alla definizione di respingimenti collettivi offerta dai giudici di Strasburgo e fatta propria dal nostro ordinamento. Vi è concordia infatti nel ritenere che tale fattispecie ricorra quando le autorità adottino una misura che «costringa degli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un Paese»<sup>70</sup>. Viceversa, si ritiene non possa parlarsi di respingimento collettivo qualora «ciascun interessato abbia potuto esporre individualmente davanti alle competenti autorità gli argomenti impeditivi al suo allontanamento»<sup>71</sup>.

Stante il divieto di misure di allontanamento di tal fatta<sup>72</sup>, si ha dunque che, a fronte della necessità di procedere al contestuale respingimento di più soggetti, il provvedimento con cui si dispone detta misura deve essere – di principio – individuale e la sua adozione deve essere subordinata all'esame della situazione personale del destinatario<sup>73</sup>.

Significativa l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo anche rispetto alla questione della disciplina applicabile ai soggetti richiedenti la protezione internazionale ed umanitaria. Qui – come si è già avuto modo di osservare – il nostro legislatore ha previsto il divieto *tout court* di respingimento. E tanto tuttavia sul presupposto che lo straniero sia stato posto nella condizione di presentare domanda di protezione e,

---

<sup>70</sup> C. Edu, *Hirsi, cit.*, par. 184 e C. Edu, *Khlaifia, cit.*, par. 240.

<sup>71</sup> M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 104. Qui si legge altresì: «i respingimenti collettivi (...) non sono ammessi in quanto il divieto sancito per le espulsioni dall'art. 19 Cedu e dall'art. 4 Prot. 4 alla Convenzione si estende ad ogni provvedimento di allontanamento rientrando nella nozione di espulsione ogni atto giuridico o comportamento con il quale lo straniero è costretto a lasciare il territorio dello Stato».

<sup>72</sup> V. i riferimenti di cui alla nota 66, *retro*.

<sup>73</sup> Lo ricorda, tra gli altri, M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 104.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

dunque, che sia stato debitamente informato di tale possibilità dalle autorità.

In passato ci si è interrogati circa il regime giuridico del provvedimento di respingimento emesso in violazione del descritto dovere di informazione da parte delle autorità precedenti. La giurisprudenza nazionale ha risolto la questione ritenendo che tale provvedimento dovesse essere qualificato come nullo poiché – ancor prima dell’entrata in vigore dell’art. 10 *ter* del T.U.I. – l’obbligo di informazione in parola poteva essere fatto derivare in via interpretativa proprio dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>74</sup>.

Ancora non pacificamente risolta è, invece, la questione relativa alla tutela giurisdizionale offerta dal nostro ordinamento nei riguardi degli stranieri destinatari di procedure di respingimento, specialmente sotto il profilo dell’*an*. Anche in questo caso tuttavia l’ordinamento europeo convenzionale costituisce – come si vedrà tra breve – un imprescindibile punto di riferimento.

A tale proposito, nel prosieguo del lavoro si intende dare conto, come prima cosa, di alcune pronunce della Corte di Strasburgo in tema di respingimenti in mare che hanno visto il nostro Paese condannato per violazione dell’obbligo di *non-refoulement* – come desunto dall’art. 3 Cedu – (anche) in combinato con l’art. 13 della medesima Convenzione il quale, invece, sancisce il diritto ad un ricorso effettivo<sup>75</sup>. Dopo di che si proverà a mettere in evidenza l’influenza che tali pronunce sono state in grado di esercitare sulla giurisprudenza nazionale, anche in relazione ad alcune recenti vicende che hanno visto protagonista il nostro giudice amministrativo.

*3. La giurisprudenza della Corte Edu in tema di violazione da parte dell’Italia dell’obbligo di non-refoulement e del diritto ad un ricorso effettivo*

---

<sup>74</sup> Lo ricorda M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 104.

<sup>75</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, cit.*, pp. 474 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Per quel che concerne la giurisprudenza di Strasburgo in tema di respingimenti, occorre innanzitutto mettere in luce il fatto che - al netto di talune battute di arresto, anche recenti<sup>76</sup> - la Corte Edu ha «progressivamente adottato un approccio più garantista a favore dell'individuo oggetto della misura di allontanamento»<sup>77</sup>. Pertanto, dalla giurisprudenza in parola è possibile «desumer[e] che la responsabilità dello Stato parte sussist[e] per il solo fatto di avere esposto un individuo al rischio di violazioni ex art. 3», senza dunque che vi sia la necessità di dimostrare che il soggetto in questione abbia poi effettivamente subito tortura o trattamenti affini<sup>78</sup>. Inoltre, sempre stando alla medesima giurisprudenza, uno Stato parte risulta di prassi ritenuto responsabile della violazione dell'art. 3 Cedu anche nel caso in cui «l'individuo venga dapprima deportato in un Paese di transito e successivamente condotto in un altro Paese dove rischi di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti»<sup>79</sup>.

Quanto appena osservato emerge chiaramente anche dall'analisi di quelle pronunce che hanno direttamente interessato il nostro Paese. Come anticipato, infatti, l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte

---

<sup>76</sup> Il riferimento è, qui, chiaramente alla sentenza C. Edu, Grande Camera, 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15 che, tuttavia, ha ad oggetto un caso di respingimenti alle frontiere terrestri. Non di meno, e per quanto qui di interesse, tale pronuncia ha sovvertito la decisione della C. Edu, III, 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15 (su cui, ad es., L. Savadego, *Immigrazione e asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 1, 199 ss.) e ha concluso nel senso che la Spagna non violato il divieto di espulsioni collettive, «poiché i ricorrenti si sono volontariamente posti in una situazione di illegalità nel momento in cui hanno superato il confine [terrestre] di Melilla senza autorizzazione». A commento di tale pronuncia è stato sottolineato come la stessa «pur non rappresentando. In linea di principio, una legittimazione dei respingimenti collettivi di stranieri alle frontiere terrestri (...), di fatto finisce per prevedere una tanto ampia quanto inspiegabile eccezione al divieto di cui all'art. 4 del IV Protocollo Cedu» (F. Mussi, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *sidiblog.org*, 2020).

<sup>77</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 71.

<sup>78</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 71.

<sup>79</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 71 e 72.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'obbligo di *non – refoulement*, nonché – per quel che qui specialmente interessa – per l'assenza di una autorità giurisdizionale di fronte alla quale i migranti potessero far valere le proprie istanze. Ciò in quanto – come si avrà modo di mettere meglio in evidenza tra breve – secondo costante orientamento dei giudici di Strasburgo il fatto che nel nostro Paese i respingimenti in mare costituiscano una attività materiale della pubblica amministrazione sottratta a qualsiasi forma di sindacato giurisdizionale (e non) importa *ipso facto* la violazione del diritto ad un ricorso effettivo, come stabilito dall'art. 13 Cedu<sup>80</sup>.

Questo è quanto si evince ad esempio dalla nota pronuncia resa dalla Grande Camera nel 2012 in relazione al caso *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*<sup>81</sup>, dove i ricorrenti erano alcuni cittadini somali ed eritrei che, nel maggio del 2009, erano stati intercettati dalle autorità italiane al largo di Lampedusa e trasferiti sulle imbarcazioni della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana per poi essere riportati al porto di Tripoli.

Di fronte alla Corte di Strasburgo essi hanno lamentato innanzitutto il fatto che il respingimento operato dalle autorità italiane fosse avvenuto in violazione dell'art. 3 Cedu, poiché sostenevano di essere stati esposti al rischio sia di subire torture in Libia sia di essere respinti verso i rispettivi Paesi di provenienza, dove con ogni probabilità sarebbero stati vittime di maltrattamenti. Inoltre, nel ricorso gli stessi evidenziavano anche come fosse stata «loro impedita *de facto* la presentazione della domanda di asilo in Italia, in quanto le autorità italiane non avevano proceduto né alla loro identificazione, né alla

---

<sup>80</sup> E, dunque, ad una procedura in senso lato che possa dirsi accessibile «in pratica e in diritto» e «adeguata» al caso concreto. In giurisprudenza, si v. – ad es. – C. Edu 24 gennaio 2003, *Yoyler c. Turchia*, ric. 26973/95; C. Edu 18 giugno 2002, *Orhan c. Turchia*, ric. 25656/94; C. Edu 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, ric. 51564/99.

<sup>81</sup> C. Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, ric. n. 27765/09, per un commento alla quale si v. – tra gli altri – P. Bonetti, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi violano i diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2012, 2, pp. 447 ss.; A. Giannelli, *Respingimenti di stranieri indesiderati verso la Libia e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2012, 3, pp. 2385 ss. e A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Riv. dir. int.*, 2012, 2, pp. 415 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

consegna di un formale provvedimento individuale di espulsione»<sup>82</sup>. Di qui, dunque, l'asserita violazione dell'art. 13 Cedu e dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione.

Escluso che l'operazione in parola potesse qualificarsi come salvataggio in mare ed escluso altresì il difetto di giurisdizione dello Stato italiano<sup>83</sup>, la Corte Edu ha innanzitutto ribadito «l'importanza di garantire alle persone interessate da una procedura di allontanamento (...) il diritto di ottenere informazioni sufficienti per permettere loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi»<sup>84</sup>. Dunque, avendo appurato che nel caso di specie i ricorrenti erano «stati privati di ogni via di ricorso che avrebbe consentito loro di sottoporre ad una autorità competente le [proprie] doglianze (...) e di ottenere un controllo attento e rigoroso delle loro richieste prima di dare esecuzione alla misura di allontanamento»<sup>85</sup>, i giudici hanno concluso nel senso della violazione da parte dello Stato italiano dell'art. 13 Cedu.

Di tenore sostanzialmente analogo la pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo nel 2014 con riguardo al caso *Sharifi*.<sup>86</sup> Qui il ricorso era stato presentato da trentadue cittadini afgani, due cittadini sudanesi ed un cittadino eritreo i quali, tra il 2008 e il 2009, erano giunti clandestinamente in Italia passando dalla Grecia. Una volta nel nostro territorio, essi erano stati respinti verso il Paese di transito e avevano rischiato di essere ricondotti nei luoghi di origine, dove verosimilmente sarebbero stati sottoposti a tortura. Pertanto, essi lamentavano la violazione – da parte dell'Italia e della Grecia – sia degli artt. 2 e 3 Cedu

---

<sup>82</sup> A. Lanciotti – D. Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, cit., 240.

<sup>83</sup> Si v. par. 81 della sentenza in parola. Inoltre, in dottrina sul punto v. R. Palladino, *La tutela dei migranti irregolari e dei richiedenti protezione internazionale*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cedu e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010 – 2015)*, Padova, 2016, pp. 178 ss.

<sup>84</sup> Così al par. 204 della pronuncia in parola.

<sup>85</sup> Par. 205 della sentenza in commento.

<sup>86</sup> C. Edu 21 ottobre 2014, *Shairifi e a. c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, per un commento alla quale si v. ad es. P. Bonetti, *Shairifi c. Italia e Grecia e Thakel c. Svizzera: sui ricorsi del richiedente asilo alla protezione e a un'assistenza dignitosa*, in *Quad. cost.*, 2015, 1, pp. 219 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

sia dell'art. 13 Cedu, giacché sostenevano di non aver avuto accesso alle autorità giudiziarie nazionali per far valere le proprie ragioni<sup>87</sup>.

Anche in questo caso i giudici hanno concluso nel senso che Italia e Grecia avevano violato l'art. 13 Cedu in combinato con l'art. 3 Cedu e l'art. 4 del Protocollo n. 4, poiché – si legge nella sentenza – «le doglianze dei ricorrenti (...) avrebbero meritato un esame sul merito dinanzi a un giudice nazionale nell'ambito di un procedimento conforme alle esigenze derivanti dall'art. 13» della Convenzione europea<sup>88</sup>.

Da ultimo, merita di essere ricordato il caso *Khlaifia*<sup>89</sup> originato dal ricorso di alcuni cittadini tunisini intercettati a largo delle acque di Lampedusa nel 2011. In particolare, essi asserivano la violazione da parte dello Stato italiano degli artt. 3 e 5 Cedu poiché affermavano che, durante la loro permanenza in un centro di accoglienza, erano stati «accolti in spazi sovraffollati e sporchi e (...) costretti a dormire sul pavimento»<sup>90</sup>. Inoltre, allegavano la violazione dell'art. 13 della Convenzione affermando di essere stati sottoposti ad una espulsione collettiva senza che fosse concessa loro la concreta possibilità di proporre un ricorso dinanzi ad una autorità nazionale<sup>91</sup>.

A differenza delle pronunce poc'anzi esaminate, tuttavia, questo caso si caratterizza per un interessante distinguo operato dai giudici di Strasburgo. Qui infatti la Corte europea con riguardo alla prima doglianza ha riscontrato la violazione da parte dell'Italia degli art. 13 e 3 Cedu, atteso che – si legge nella sentenza – le autorità nazionali avevano omesso di indicare ai ricorrenti una via di ricorso utile a denunciare le cattive condizioni in cui versavano durante il trattenimento nel centro

---

<sup>87</sup> Si v. specialmente par. 10 della sentenza in parola.

<sup>88</sup> Così al par. 173 della pronuncia in esame.

<sup>89</sup> C. Edu 1 settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, ric. n. 1483/12.

<sup>90</sup> Par. 13 della sentenza in discorso.

<sup>91</sup> Al par. 260 della sentenza in parola si legge infatti che «i ricorrenti lamentano di non avere avuto la possibilità di esporre a un'autorità italiana le condizioni degradanti alle quali erano stati sottoposti durante la loro privazione della libertà. Aggiungono che nei decreti di respingimento era indicata la possibilità di impugnarli entro un termine di sessanta giorni, dinanzi al giudice di pace di Agrigento. Tuttavia, fanno notare che il ricorso non avrebbe sospeso l'esecuzione del rimpatrio». Viceversa, si ritiene che «il carattere sospensivo di un ricorso è in questa materia una condizione per la sua effettività».



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

di accoglienza. Diversamente, con riguardo alla procedura di rimpatrio, la Corte ha negato la violazione dell'art. 13 Cedu in ragione della condotta processuale dei ricorrenti, i quali nella specie avevano omesso di «lamenta[re] un rischio reale di violazione dei diritti garantiti dagli artt. 2 e 3 nei Paesi di destinazione»<sup>92</sup>.

#### 4. La giurisprudenza nazionale

Come in parte già anticipato, la giurisprudenza di Strasburgo in tema di *non-refoulement* e diritto ad un ricorso effettivo è riuscita ad avere una qualche eco nell'ordinamento italiano.

Occorre tuttavia dare conto del fatto che la questione dell'*an* della tutela giurisdizionale si intreccia in questo caso a doppio filo con quella, non meno complessa, del riparto di giurisdizione<sup>93</sup>. Il che in gran parte dipende dalla circostanza che nel nostro ordinamento «manca una norma che individui i mezzi di tutela esperibili avverso i provvedimenti di respingimento»<sup>94</sup> e, soprattutto, che indichi chiaramente il giudice – amministrativo o ordinario – deputato a conoscere di simili vicende.

I plurimi tentativi di risolvere la questione in via interpretativa hanno dato luogo a tesi diverse, riassumibili sostanzialmente in due opposti orientamenti.

Da un lato, muovendo dal constatare il carattere autoritativo del provvedimento con cui viene ordinato il respingimento, si è ritenuto di

---

<sup>92</sup> Par. 281 della sentenza in esame.

Per completezza, si ricorda come il significato di trattamenti inumani e degradanti e di tortura si possa desumere dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo. Si v., tra le molte, la recente C. Edu 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, ric. n. 6884. Più diffusamente sul punto, F. V. Virzi, *Il riconoscimento della protezione internazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5, pp. 663 ss.

<sup>93</sup> Con riferimento al tema del riparto di giurisdizione in materia di immigrazione si v. S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, pp. 534 ss.; M. Nocelli, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it.*, 2018, 5, pp. 1 ss. e spec. p. 4, infine – se si vuole – C. Feliziani, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti*, cit., pp. 272 ss.

<sup>94</sup> M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 105.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

dovere individuare la competenza a conoscere dello stesso in capo al giudice amministrativo<sup>95</sup>.

Dall'altro lato invece, prendendo le mosse da una pretesa analogia con la fattispecie di cui all'art. 13, c. 8, T.U.I.<sup>96</sup>, è stata ritenuta sussistere la competenza del giudice ordinario (e segnatamente del giudice di pace<sup>97</sup>).

Soluzione, quest'ultima, fatta propria anche dalla Corte di cassazione a partire dal 2013, seppure sulla base di differenti argomenti<sup>98</sup>. In specie, gli ermellini hanno sostenuto che la giurisdizione del giudice ordinario deve farsi derivare dalla «natura di diritto soggettivo della situazione giuridica su cui va ad incidere il provvedimento di respingimento»<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> A titolo esemplificativo, si v. TAR Lombardia 16 febbraio 2009 n. 1312; Tribunale di Agrigento, 26 marzo 2009; Tribunale di Palermo, 13 maggio 2005.

<sup>96</sup> L'art. 13 del T.U.I. è rubricato *Espulsione amministrativa* e al c. 8 prevede che «avverso il decreto di espulsione può essere presentato ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria. (...)».

*Contra*, il parere del Cons. Stato, I sez., 4 febbraio 2011 n. 571, dove si sottolineava la natura eccezionale della disposizione in questione della quale dunque si riteneva di non poter offrire una interpretazione né, tanto meno, una applicazione analogica.

Peraltro, vale la pena evidenziare come prima dell'entrata in vigore del T.U.I. anche le espulsioni prefettizie fossero attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ad opposta soluzione si è giunti valorizzando la natura vincolata dei provvedimenti in parola (C. cass., S.U., 16 ottobre 2006 n. 22217) e qualificando come diritti soggettivi le posizioni giuridiche su cui tali provvedimenti vanno ad incidere (C. cass., I sez., ord., 7 febbraio 2008 n. 2973). Benché tale ricostruzione abbia ricevuto l'avallo della Consulta (C. Cost. n. 414/2011), la stessa non ha mancato di sollevare dubbi a cominciare da quello concernente la possibilità per il giudice ordinario di conoscere dei provvedimenti squisitamente amministrativi.

<sup>97</sup> G. di Pace Agrigento n. 478/ 2011; TAR Sicilia Palermo, III, 17 marzo 2010 n. 478; TAR Sicilia, Palermo, III, 17 marzo 2009 n. 510.

<sup>98</sup> C. cass., S.U., 17 giugno 2013 n. 15115; C. cass., S.U., 10 giugno 2013 n. 14502. Conforme, Cons. Stato, III, 13 settembre 2013 n. 4543.

<sup>99</sup> M. Malfatti, *op. ult. cit.*, p. 106, la quale ricorda anche che «le Sezioni Unite hanno altresì precisato che in questi casi in base all'art. 9 c.p.c. competente a giudicare le impugnazioni avverso il provvedimento di respingimento è il tribunale e non il GdP, non potendo trovare applicazione analogica l'art. 13, c.8, t.u.imm. trattandosi di una norma speciale che ha abrogato l'art. 5, c.3, d.l. n. 416/1989, conv. in L. n. 39/1990,

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

Benché tale ricostruzione sia riuscita ad imporsi in giurisprudenza, la stessa non ha mancato di dare adito a ben più di qualche perplessità<sup>100</sup>. Non fosse altro rispetto alle indicazioni offerte dalla Consulta con le note pronunce del 2004 e del 2006, laddove si sottolineava il nesso stringente che lega (o, meglio, che dovrebbe legare) l'esercizio del potere e la giurisdizione amministrativa<sup>101</sup>.

In ogni caso, e in disparte tale ultima questione, con riguardo alla giurisprudenza successiva al 2013 merita innanzitutto di essere menzionata una interessante sentenza adottata dalla Corte di cassazione nel 2015<sup>102</sup>.

Brevemente i fatti da cui ha originato la pronuncia in parola. Nel febbraio del 2014 un cittadino nigeriano veniva soccorso in mare al largo di Siracusa e fatto sbarcare sul territorio italiano. In quanto privo di documenti, quello stesso giorno il Questore di Siracusa adottava nei suoi confronti un decreto di respingimento con cui era disposto anche il

---

che attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione sulle impugnazioni dei provvedimenti prefettizi di espulsione». In giurisprudenza, più di recente, C. cass., S.U., ord., 28 febbraio 2017 n. 5059.

In dottrina, in tema di situazioni giuridiche soggettive e della rilevanza processuale delle stesse, imprescindibile il richiamo a F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria, cit., passim*.

<sup>100</sup> In senso critico rispetto alla soluzione proposta dalla Corte di cassazione si v., tra gli altri, R. Chieppa, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e di competenza*, in Aa. Vv., *Frontiere dell'immigrazione o migrazione delle frontiere?*, Atti del convegno di Trento, 25-26 novembre 2011 pp. 171 ss.

<sup>101</sup> Il riferimento è ovviamente a C. cost. 6 luglio 2004 n. 204 e alla successiva C. cost. 11 maggio 2006 n. 191.

Per un commento alle quali si v., rispettivamente, M. A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di C. cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 4, pp. 1230 ss.; R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 3, pp. 832 e G. Greco, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, pp. 1945 ss.; S. Lariccia, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giurisdizione amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, pp. 1935 ss.

<sup>102</sup> C. Cass., VI sez., 25 marzo 2015 n. 5926.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

temporaneo trattenimento del soggetto presso un centro di identificazione ed espulsione a Roma.

Detto provvedimento del Questione veniva poi convalidato dal Giudice di Pace di Roma con un decreto avverso il quale è stato proposto ricorso in Cassazione.

Dinanzi alla Suprema Corte, il ricorrente ha lamentato innanzitutto la violazione del «suo diritto ad essere informato tempestivamente sulla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, dato che era stato immediatamente respinto senza ricevere tali informazioni, con conseguente preclusione, di fatto, del diritto di accedere alla procedura»<sup>103</sup>. E, di riflesso, lo stesso ha altresì contestato il fatto che non avrebbe potuto «essere convalidata la misura del trattenimento in un centro di identificazione ed espulsione (C.I.E.) avendo egli diritto ad essere ospitato, invece, in un centro di accoglienza per richiedenti asilo (C.A.R.A.)»<sup>104</sup>, in quanto richiedente protezione internazionale.

Inoltre – per quanto qui più rileva – egli ha lamentato la «violazione degli artt. 5, 6, par. 1, e 13 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 7 alla medesima Convenzione, in relazione all'[art. 117 Cost.](#), per essersi il Giudice di pace limitato all'esame del provvedimento di trattenimento, trascurando l'esame del sottostante provvedimento di respingimento, la cui illegittimità, per i motivi di cui sopra, si riverbera sul primo, che ne costituisce esecuzione»<sup>105</sup>.

Tali motivi di ricorso sono stati ritenuti fondati da parte degli ermellini, i quali dunque hanno dato corso all'esame nel merito degli stessi. Nel fare ciò, è stata come prima cosa richiamata quella giurisprudenza di Strasburgo di cui si è dato conto nelle pagine che precedono, ossia quell'insieme di pronunce in cui i giudici hanno affermato l'obbligo di informazione circa le procedure di asilo<sup>106</sup>. Parallelamente, è stata altresì evidenziata l'assenza nel nostro

---

<sup>103</sup> *Amplius* par. 2 della ordinanza in esame.

<sup>104</sup> *Amplius* par. 2 della ordinanza in esame.

<sup>105</sup> Così al par. 2 della ordinanza in esame.

<sup>106</sup> Si v. C. Edu, *Hirsi Jamaa e a. c. Italia*, cit.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

ordinamento giuridico di norme che puntualmente prevedano un tale obbligo in capo alle autorità. Non di meno, la Suprema Corte ha sottolineato come non possa «tuttavia continuare ad escludersi che il medesimo dovere sia necessariamente enucleabile in via interpretativa facendo applicazione di regole ermeneutiche pacificamente riconosciute, quali quelle dell'interpretazione conforme alle direttive europee (...) e dell'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della CEDU, come a loro volta interpretate dalla giurisprudenza dell'apposita corte sovranazionale»<sup>107</sup>.

Così argomentando, dunque, la Corte ha inteso colmare in via interpretativa quello che la stessa ha riconosciuto essere un vuoto normativo. In tal modo, infatti, gli ermellini sono giunti ad affermare il principio di diritto in base al quale «qualora vi siano indicazioni che cittadini stranieri o apolidi, presenti ai valichi di frontiera in ingresso nel territorio nazionale, desiderino presentare una domanda di protezione internazionale, le autorità competenti hanno il *dovere* di fornire loro informazioni sulla possibilità di farlo, garantendo altresì servizi di interpretariato nella misura necessaria per *agevolare l'accesso alla procedura di asilo, a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento*»<sup>108</sup>.

Più di recente, nei limiti imposti dalle soluzioni con cui – si è visto – si tende a disciplinare il riparto di giurisdizione nella materia *de qua*<sup>109</sup>, anche il giudice amministrativo ha offerto un importante contributo in

---

<sup>107</sup> Par. 3.2 della ordinanza in esame, dove si legge altresì che «nessun ostacolo testuale alla configurazione di un dovere d'informazione sulle procedure da seguire per ottenere il riconoscimento della protezione internazionale, come delineato dal richiamato art. 8 della direttiva 2013/32/UE, conforme alle indicazioni della giurisprudenza CEDU, è dato scorgere nella normativa nazionale, e in particolare nel D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 3, comma 2, art. 6, comma 1, e art. 26, comma 1, o nel D.P.R. n. 303 del 2004, art. 2, comma 1, che specificamente fanno riferimento alla presentazione delle domande di protezione internazionale all'ingresso nel territorio nazionale».

<sup>108</sup> Così sempre al par. 3.2 della ordinanza in esame (il corsivo è nostro).

<sup>109</sup> In argomento si v. i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali di cui alle note nn. 93 e ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

tema di *non-refoulement* e conseguente esercizio del diritto di accesso alla giustizia.

Il riferimento è qui alla nota vicenda Open Arms. Segnatamente, si ricorda come il 1 agosto del 2019 il Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministero della Difesa e il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, aveva adottato un provvedimento con cui si faceva divieto alla nave Open Arms di ingresso, transito e sosta nelle acque territoriali nazionali.

A fronte di tale divieto, la Fondazione Pro Activa Open Arms ha presentato ricorso dinanzi al Tar del Lazio per chiedere l'annullamento del provvedimento in questione. Inoltre, attesa la situazione di grave emergenza in cui versavano i migranti ospitati nell'imbarcazione, la ricorrente chiedeva altresì al giudice la concessione di un provvedimento cautelare monocratico.

Il tribunale adito si è pronunciato sulla questione il 14 agosto con un decreto presidenziale *ex art. 56 c.p.a.*<sup>110</sup> con il quale ha deciso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato e ha autorizzato l'ingresso della nave nelle acque territoriali italiane, ordinando contestualmente che fossero prestati i soccorsi alle persone maggiormente bisognevoli.

In proposito, quel che più interessa mettere in evidenza è il percorso motivazionale che ha sorretto tale decisione. In specie, nel valutare l'esistenza del *fumus boni iuris*, il giudice ha osservato come il ricorso in parola potesse dirsi fondato quanto alla pretesa illegittimità del provvedimento impugnato per eccesso di potere e violazione di legge. A tale ultimo riguardo, ad essere ravvisato è stato il contrasto con le «norme del diritto internazionale del mare in materia di soccorso, nella misura in cui la stessa amministrazione intimata riconosce (...) che il natante soccorso da Open Arms in area SAR libica – quanto meno per l'ingente numero di persone a bordo – era in “distress”, cioè in situazione di evidente difficoltà».

Non solo. Relativamente alla verifica del *periculum in mora*, il TAR ha evidenziato come dalla documentazione prodotta dal ricorrente fosse chiaramente evincibile una «situazione di eccezionale gravità ed urgenza tale da giustificare la concessione (...) della richiesta tutela

---

<sup>110</sup> Il riferimento è a TAR Lazio, I ter, 14 agosto 2019 n. 5479.



*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

cautelare monocratica, al fine di consentire l'ingresso della nave Open Arms in acque territoriali italiane».

Peraltro, in linea con quella «logica personalistica» che – come ricordato in apertura – da qualche tempo sembra permeare la giurisprudenza amministrativa in materia di immigrazione<sup>111</sup>, il giudice – forte della oramai riconosciuta atipicità della tutela cautelare<sup>112</sup> – non si è limitato a sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato ma ha sottolineato, seppure in un inciso, come la sospensione in questione fosse strettamente connessa alla necessità di «prestare l'immediata assistenza alle persone soccorse maggiormente bisognevoli (...)».

##### *5. Considerazioni di sintesi*

Lo scritto ha preso le mosse dall'osservare come la materia dell'immigrazione non faccia eccezione rispetto a quella che è stata descritta come una generale tendenza del nostro ordinamento ad immaginare la giurisdizione capace di soddisfare quelle pretese dei singoli che altrimenti rimarrebbero frustrate a causa - tra le altre cose - dei molti vuoti normativi e delle mancate risposte offerte dall'amministrazione<sup>113</sup>.

Di qui la riflessione si è incentrata su un profilo della materia, i respingimenti in mare, dove proprio in ragione di evidenti lacune sul piano legislativo lo spazio riservato al giudice mostra dei contorni vieppiù incerti<sup>114</sup>.

Obiettivo del lavoro, pertanto, è stato quello di approfondire il tema dell'accesso alla giustizia da parte dei migranti destinatari di

---

<sup>111</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, cit., pp. 491 ss.

<sup>112</sup> Sul punto, per tutti, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII, Torino, 2016, pp. 287 ss.

<sup>113</sup> L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., p. 239 nonché, per quel che concerne nello specifico il giudice amministrativo, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. XXIII.

<sup>114</sup> Si v., tra gli altri, A. Lanciotti – D. Vitiello, *L'art. 3 della Cedu come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, cit., pp. 240 ss.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

provvedimenti di allontanamento in mare, interrogandosi specialmente sul ruolo del giudice amministrativo.

Come si è avuto modo di osservare, la questione reca notevole interesse – oltre che per ovvie ragioni di stringente attualità – perché sul punto sono intervenute numerose pronunce della Corte di Strasburgo le quali hanno condannato il nostro Paese, non solo per violazione dell’obbligo di *non-refoulement*, ma anche per la mancata garanzia del diritto ad un ricorso effettivo ex art. 13 Cedu<sup>115</sup>. Vale a dire per la omessa previsione di un mezzo di ricorso o, più latamente, di una procedura che possa dirsi accessibile «in pratica e in diritto» e «adeguata» al caso di specie<sup>116</sup>.

Il problema di fondo, dunque, è quello dell’*an* della tutela giurisdizionale nei riguardi di coloro che si trovino ad essere soggetti a misure di respingimento in mare. Tema, questo, che peraltro vede la propria complessità acuita dal fatto di presentarsi come inestricabilmente connesso alla diversa, eppure contigua, questione del riparto di giurisdizione.

Allo stato, proprio a fronte della assenza di specifiche previsioni normative, la questione sembra essere risolta per lo più in via interpretativa dal giudice.

Come si è avuto modo di rilevare nelle pagine che precedono, imprescindibile punto di riferimento in tal senso è risultata essere la giurisprudenza di Strasburgo la quale, a sua volta, ha «adottato [nel tempo (e salvo talune eccezioni <sup>117</sup>)] un approccio [sempre] più garantista a favore dell’immigrato oggetto della misura di allontanamento»<sup>118</sup>.

E così, proprio lasciandosi guidare dai principi di diritto elaborati dalla Corte Edu, la Corte di cassazione – si è visto – ha ammesso tanto la

---

<sup>115</sup> C. Edu 1 settembre 2015, *Khlaifia e a c. Italia*, cit.; C. Edu 21 ottobre 2014, *Sharifi e a c. Italia e Grecia*, cit.; C. Edu, grande camera, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e a c. Italia*, cit. *Amplius* in proposito quanto ricordato nel par. 3, *retro*.

<sup>116</sup> V. ad es. C. Edu 24 gennaio 2003, *Yoyler c. Turchia*, cit.; C. Edu 5 febbraio 2002, *Conka c. Belgio*, cit.

<sup>117</sup> Il riferimento è, da ultimo, a C. Edu, Grande Camera, *N.T. e N.D. c. Spagna*, cit.

<sup>118</sup> S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 71.

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

presenza di un grave vuoto nell'ordinamento quanto l'esigenza di colmarlo. Per l'effetto, la stessa è giunta ad affermare l'esistenza di un obbligo in capo alle autorità di informare i migranti circa la procedura di asilo sì da permettere agli stessi di inibire l'allontanamento<sup>119</sup>.

Al contempo la Suprema Corte, qualificando come diritto soggettivo la posizione giuridica del soggetto destinatario di siffatta misura ha ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario<sup>120</sup>. Soluzione, questa, che sembra porsi in linea con la tendenza ad un generale ampliamento della sfera di competenza riservata al g.o. nella materia in esame<sup>121</sup> ma che, non di meno, ha sollevato ben più di una qualche perplessità<sup>122</sup>.

Infatti, anche a tacere della ben nota questione dei limiti che la cognizione del giudice ordinario incontra di fronte a provvedimenti amministrativi<sup>123</sup> e, più in generale, di quella necessaria corresponsione che deve (*rectius*, dovrebbe) sussistere tra esercizio del potere e giudice deputato a conoscere di quel potere<sup>124</sup>, resta il fatto che – allo stato – in materia di immigrazione l'*actio finium regundorum* tra giudice ordinario e giudice amministrativo risulta davvero poco lineare. Con evidente pregiudizio per il grado di tutela offerta al migrante dal nostro ordinamento<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> C. Cass., VI sez., ord. 25 marzo 2015 n. 5926, *cit.*

<sup>120</sup> C. Cass., S.U., 10 giugno 2013 n. 14502; C. Cass., S.U., 17 giugno 2013 n. 15115. In dottrina, sulla qualificazione di una situazione giuridica soggettiva e sulla sua rilevanza processuale, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria, cit. passim.*

<sup>121</sup> Si pensi alla creazione di sezioni specializzate nell'ambito della giurisdizione ordinaria disposta dal d.l. n. 13/2017 conv. in L. n. 46/2017.

<sup>122</sup> Si v., tra gli altri, R. Chieppa, *Quale giudice per gli immigrati? Questioni di giurisdizione e di competenza, cit.*

<sup>123</sup> Per tutti, A. Romano, *Introduzione alla prima edizione*, in Id. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa, cit.* In giurisprudenza, si v. ad es. C. cass., VI sez., 13 luglio 2015 n. 14610; C. cass., VI sez., 4 settembre 2013 n. 20331 e, prima ancora, C. cass., S.U., 16 ottobre 2006 n. 22217.

<sup>124</sup> Ancora, A. Romano, *op. ult. cit.* nonché F.G. Scoca, *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in Id (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VII, Torino, 2014, pp. 4 ss.

<sup>125</sup> In tal senso, A. Chietini, *Effettività della tutela giurisdizionale del migrante dal punto di vista del giudice amministrativo, cit.*, pp. 469 ss.; S. D'Antonio, *Il riparto di*

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

La parcellizzazione delle sedi in cui chiedere tutela, di fatti, fa sì che sovente a «provvedimenti amministrativi, la cui cognizione è attribuita a una giurisdizione, seguano altri provvedimenti che vanno invece contestati davanti ad una diversa giurisdizione»<sup>126</sup>. Si pensi, ad esempio, ad un caso tutt'altro che infrequente, qual è quello del provvedimento di revoca o di diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro al quale fa seguito il provvedimento di espulsione<sup>127</sup>.

In ogni caso, e nonostante la riscontrata tendenza del nostro ordinamento ad attribuire molta parte della materia al giudice ordinario, negli spazi lasciati alla sua cognizione il giudice amministrativo mostra di esercitare la propria giurisdizione ponendo attenzione alle indicazioni provenienti dagli ordinamenti sovranazionali e secondo una logica che è stata definita «personalistica»<sup>128</sup>. Ossia una logica che facendo leva specialmente sul principio di ragionevolezza sembra orientata a preferire quella decisione che, pur senza tradire le esigenze di sicurezza e di ordine pubblico, risulta rispondere meglio alle istanze di tutela del migrante<sup>129</sup>.

In tale filone giurisprudenziale sembra potersi collocare anche il decreto cautelare adottato dal Tar Lazio nell'agosto scorso<sup>130</sup> e del quale si è detto nelle pagine che precedono. Qui, infatti, il giudice amministrativo ha sospeso il provvedimento con cui era stato vietato l'ingresso nelle acque territoriali nazionali di una imbarcazione a bordo della quale si trovavano numerosi migranti in evidente stato di difficoltà

---

*giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano, cit.*, pp. 534 ss., nonché – se si vuole – C. Feliziani, *Giustizia amministrativa ed immigrazione. A proposito di alcuni nodi irrisolti, cit.*, pp. 272 ss.

<sup>126</sup> A. Chietini, *Effettività della tutela giurisdizionale del migrante dal punto di vista del giudice amministrativo, cit.*, p. 476.

<sup>127</sup> Tra le molte, C. cass., VI sez., 13 luglio 2015 n. 14610.

<sup>128</sup> A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria, cit.*, pp. 491 ss.

<sup>129</sup> Più in generale, sulla capacità del giudice amministrativo di offrire la soluzione che meglio si attaglia al caso concreto, v. R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2014, pp. 653 ss.

<sup>130</sup> TAR Lazio, I ter, 14 agosto 2019 n. 5479, *cit.*

Chiara Feliziani

*Divieto di respingimenti in mare ed accesso alla giustizia da parte del migrante.  
Quale ruolo per il giudice amministrativo?*

e in precarie condizioni di salute, attesi – tra le altre cose – i molti giorni da cui stazionavano in mare aperto.

Nel disporre in tal senso il giudice amministrativo, non solo ha richiamato le «norme di diritto internazionale del mare in materia di soccorso», ma ha anche offerto una ulteriore conferma di quanto si diceva all’inizio di questo lavoro, inverando dunque l’idea che sempre più spesso è proprio la giurisdizione – anche quella amministrativa – il luogo in cui riescono a trovare riconoscimento ed attuazione i diritti della persona<sup>131</sup>.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The article is about the jurisdictional protection of migrants in Italy. Taking account of the ECHR case law, the study is focused especially on both the prohibition of refoulements and the issue of access to justice by rejected migrants. In so doing, the paper aims to answer to the question about the role of the administrative judge in this matter.

**KEYWORDS:** immigration – administrative courts – principle of non-refoulement at sea – right to an effective remedy – ECHR

**Chiara Feliziani** – Ricercatrice di Diritto amministrativo nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Macerata ([c.feliziani@unimc.it](mailto:c.feliziani@unimc.it))

---

<sup>131</sup> In proposito, oltre ai già citati lavori di L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, cit., pp. 239 ss. e F.G. Scoca, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. XXIII, si v. anche P. Grossi, *Giudici e legislatori*, in Id., *L’invenzione del diritto*, Bari, 2017, pp. 112 ss.