GIUSTIZIA INSIEME

Diritto Penale

La tutela delle frontiere fra diritti inviolabili e atti politici.

di Sandro Saba

13 novembre 2018

---

1. *Il respingimento alla frontiera tra disciplina interna e sovranazionale.*- 2. *Il respingimento in alto mare e la disciplina delle operazioni di salvataggio.* – 3. *Violazione dei diritti dello straniero e penale responsabilità: sulla nozione di "atto politico" e relativa sindacabilità da parte dell'Autorità giudiziaria.*

L'Autore analizza la disciplina nazionale e sovranazionale in materia di respingimento alla frontiera, con particolare attenzione alle operazioni di salvataggio in mare e alla rilevanza dell'atto governativo nel vaglio di responsabilità per delitti contro la persona.

1. Il respingimento alla frontiera tra disciplina interna e sovranazionale

L'ingresso e la permanenza dello straniero (non comunitario) nel territorio dello Stato trovano puntuale disciplina nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (nel prosieguo t.u.), da coordinarsi con le disposizioni dei d.lgs. 28 gennaio 2008 n. 25 e 18 agosto 2015 n. 142, di attuazione delle direttive

nn. 2005/85/CE, 2013/32/UE e 2013/33/UE, in tema di accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e armonizzazione delle procedure per il riconoscimento del particolare *status* in commento. La disamina della normativa interna prende, necessariamente, le mosse dalla lettura dell'art. 4, comma 1, t.u., a mente del quale l'ingresso nel territorio dello Stato è consentito allo straniero in possesso di passaporto valido o documento equipollente e del visto d'ingresso, salve le ipotesi di esenzione, e può avvenire, salvi i casi di forza maggiore, soltanto attraverso i valichi di frontiera appositamente istituiti. Al terzo comma è, poi, precisato che l'ingresso sarà consentito soltanto allo straniero che dimostri di essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata dello stesso e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza. Non è, comunque, ammesso in Italia lo straniero che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato (o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone) ovvero che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, per taluni reati puntualmente indicati (tra cui i delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in ipotesi di flagranza). Non possono, infine, fare ingresso nel territorio dello Stato e sono respinti alla frontiera gli stranieri espulsi, salvo che abbiano ottenuto la speciale autorizzazione o che sia trascorso il periodo di divieto d'ingresso, gli stranieri che debbono essere espulsi e quelli segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini del respingimento o della non ammissione per gravi motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale e di tutela delle relazioni internazionali (art. 4, comma 6).

In difetto delle condizioni legittimanti l'ingresso nel territorio dello Stato, è previsto il respingimento (*ex* art. 10 t.u.), direttamente eseguito dalla polizia di frontiera o, in alternativa, disposto con accompagnamento dal Questore (c.d. respingimento differito), nei casi in cui lo straniero sia stato temporaneamente ammesso nel territorio per necessità di pubblico soccorso o, entrato in Italia sottraendosi ai controlli di frontiera, sia fermato all'ingresso o subito dopo.

In nessun caso può, tuttavia, disporsi il respingimento verso uno Stato in cui il migrante possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali (ovvero possa rischiare di essere rinviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione) oppure qualora esistano fondati motivi di ritenere che questi rischi di essere sottoposto a tortura, tenuto anche conto dell'esistenza di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani (art. 19, commi 1 e 1.1., citato decreto). In nessun caso può, infine, disporsi il respingimento alla frontiera di minori

stranieri non accompagnati (art. 19, comma 1*bis*). Il sistema delle tutele è, poi, implementato dalla complementare disciplina in tema di asilo politico, riconoscimento dello *status* di rifugiato nonché adozione di misure di protezione temporanea per motivi umanitari, che inibisce la primaria reazione alla frontiera (così l'art. 10, comma 4). A tal proposito, all'art. 10*ter*, comma 1, t.u. (introdotto con d.l. 17 febbraio 2017 n. 13, conv. in l. 13 aprile 2017 n. 46), è riconosciuto allo straniero, rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, il diritto all'informazione sulla procedura di protezione internazionale (nonché sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito), assicurato presso appositi punti di crisi, allestiti nell'ambito dei centri governativi di prima accoglienza. Già prima dell'attuazione della direttiva comunitaria n. 2013/32/UE s'era affermato, nella giurisprudenza di legittimità, che «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 – nella specie fondato non già sull'espressa previsione contenuta nell'art. 8 della direttiva UE 26 giugno 2013, n. 32, non ancora recepita, quanto piuttosto sull'interpretazione conforme alle direttive europee in corso di recepimento e costituzionalmente orientata al rispetto delle norme interposte della CEDU, come a loro volta interpretate dalla Corte sovranazionale – di fornire loro informazioni sulla possibilità di farlo, garantendo altresì i servizi di interpretariato necessari per agevolare l'accesso alla procedura di asilo, a pena di nullità dei conseguenti decreti di respingimento e trattenimento, dovendo, altresì, il giudice statuire sulla dedotta illegittimità del primo cagionata da siffatta omessa informazione» (cfr. Cass., Sez. VI civ., ordinanza 25 marzo 2015, n. 5926). L'obbligo d'informazione sulle procedure di asilo è, poi, sancito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella motivazione della sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, ha ribadito l'importanza di garantire alle persone interessate da una misura di allontanamento, le cui conseguenze sono potenzialmente irreversibili, «il diritto di ottenere informazioni sufficienti a consentire loro di avere un accesso effettivo alle procedure e di sostenere i loro ricorsi».

Sull'impugnabilità del decreto di respingimento differito emesso dal Questore, si veda, infine, Cass., S.U., 17 giugno 2013, n. 15115, a mente della quale «spetta al giudice ordinario, in mancanza di norma derogatrice al criterio generale, la cognizione dell'impugnazione dei respingimenti, incidendo il relativo provvedimento su situazioni soggettive aventi consistenza di diritto soggettivo, in quanto rivolto, senza margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'Amministrazione, all'accertamento positivo di circostanze-presupposti di fatto

esaustivamente individuate dalla legge e a quello negativo della insussistenza dei presupposti per l'applicazione delle disposizioni vigenti che disciplinano la protezione internazionale». L'arresto, seppur in punto di riparto di giurisdizione, comprova l'esistenza – anche in difetto di positiva disciplina (diversamente da quanto previsto in materia di espulsione dall'art. 13, comma 8, t.u.) – di strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento persino nelle situazioni di marginale radicamento, quale diritto umano fondamentale, riconosciuto allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato (art. 2, comma 1, t.u.).

2. *Il respingimento in alto mare e la disciplina delle operazioni di salvataggio.*

Così ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale sui poteri statuali di controllo delle frontiere, occorre verificare in quali termini (ed eventualmente con quali limiti) la disciplina in rassegna trovi applicazione in caso d'interventi a presidio delle frontiere marittime, con particolare riferimento alle operazioni di salvataggio in mare.

Due le ipotesi: che al salvataggio segua direttamente il respingimento, senza ricovero dello straniero sulla terraferma o, in alternativa, che questi sia condotto nel territorio nazionale, per le esigenze di soccorso e prima assistenza.

Nella prima, supponendosi l'esecuzione dell'intervento in acque internazionali, l'interprete deve confrontarsi con il preliminare accertamento della giurisdizione dello Stato, che radica, poi, ogni valutazione in punto di violazione delle garanzie accordate allo straniero. Il tema ha formato oggetto della pronuncia C. edu, 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa ed altri*, cit. In conformità al carattere essenzialmente territoriale del concetto di giurisdizione, la Corte ha premesso come solo in circostanze eccezionali le azioni degli Stati contraenti compiute o produttive di effetti fuori del territorio di questi possano costituire esercizio di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU (cfr. C. edu, 26 giugno 1992, *Drozd e Janousek c. Francia e Spagna*). Tuttavia, il controllo continuo e ininterrotto su un individuo, seppur al di fuori del territorio nazionale, integra propriamente giurisdizione (quantomeno *de facto*), con conseguente applicabilità del complesso dei diritti enunciati dalla Convenzione, purché pertinenti al caso di specie. Osserva, inoltre, la Corte che, in virtù delle disposizioni pertinenti del diritto del mare, una nave che navighi in alto mare è soggetta alla giurisdizione esclusiva dello Stato di cui batte bandiera. Il principio di diritto internazionale ha portato la Corte a riconoscere, nelle cause riguardanti azioni compiute a bordo di navi battenti bandiera di uno Stato, come anche degli aeromobili registrati, casi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione. Detto principio è recepito, peraltro, dal diritto interno, atteso il chiaro tenore letterale dell'art. 4 c. nav. («le navi italiane in alto mare e gli aeromobili italiani in luogo o spazio non soggetto alla sovranità di alcuno Stato sono considerati come territorio

italiano»). In questi casi si tratta, dunque, di un controllo *de jure* (oltre che *de facto*) esercitato dallo Stato sugli individui interessati.

Quanto alle violazioni oggetto d'accertamento, la Corte ha ritenuto in contrasto con l'art. 4 del Protocollo n. 4 (che pone il divieto di espulsioni collettive di stranieri), il respingimento in alto mare (mediante trasporto, nel caso di specie, sino alle coste libiche), eseguito in difetto di congrua valutazione della posizione del singolo individuo attinto dal provvedimento (così già C. edu, 3 ottobre 1975, *Henning Becker c. Danimarca*, ove si è per la prima volta definita "l'espulsione collettiva di stranieri" come «qualsiasi misura dell'autorità competente che costringa degli stranieri, in quanto gruppo, a lasciare un Paese, salvi i casi in cui una tale misura venga adottata all'esito e sulla base di un esame ragionevole e oggettivo della situazione particolare di ciascuno degli stranieri che compongono il gruppo»). Si è, infatti, affermata la configurabilità di un'espulsione anche nell'ipotesi in cui si sia, a monte, impedito l'ingresso nel territorio nazionale, considerato lo scopo della norma, ossia evitare che gli Stati possano allontanare un certo numero di stranieri senza esaminarne la situazione personale e, di conseguenza, senza permettere loro di esporre le proprie argomentazioni per contestare il provvedimento adottato dall'autorità competente. «Se dunque – afferma la Corte – l'art. 4 del Protocollo n. 4 dovesse applicarsi soltanto alle espulsioni collettive eseguite a partire dal territorio nazionale degli Stati parte alla Convenzione, una parte importante dei fenomeni migratori contemporanei verrebbe sottratta a tale disposizione, sebbene le manovre che essa intende vietare possano avvenire fuori dal territorio nazionale e, in particolare, come nel caso di specie, in alto mare. L'articolo 4 verrebbe così privato di qualsiasi effetto utile rispetto a tali fenomeni, che tendono pertanto a moltiplicarsi. Da ciò deriverebbe che dei migranti che sono partiti via mare, spesso mettendo a rischio la loro vita, e che non sono riusciti a raggiungere le frontiere di uno Stato, non avrebbero diritto a un esame della loro situazione personale prima di essere espulsi, contrariamente a quelli che sono partiti via terra». S'è, inoltre, accertata la violazione dell'art. 13 CEDU, che garantisce l'esistenza nel diritto interno di un ricorso effettivo che permetta di far valere i diritti e le libertà della Convenzione, avendo constatato la Corte che i ricorrenti non avevano avuto accesso ad alcuna procedura volta alla loro identificazione e alla verifica delle loro situazioni personali prima dell'esecuzione dell'allontanamento verso la Libia (tali procedure non erano previste a bordo delle navi militari sulle quali erano stati imbarcati i ricorrenti né fra il personale vi erano interpreti o legali).

L'ulteriore ipotesi in rassegna (ossia il caso in cui al salvataggio in mare consegua il trasporto dei migranti nel territorio nazionale) ha formato oggetto delle più recenti sentenze C. edu, 1° settembre 2015 e 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia* (la seconda pronunciata dalla Grande

Camera in parziale riforma della prima), sulle condizioni di trattenimento presso il centro di soccorso e di prima accoglienza di Contrada Imbriacola (Lampedusa). Si è, innanzitutto, accertata la violazione dell'art. 5, par. 1, CEDU, che, sancendo il diritto alla libertà personale, ne consente la limitazione, per finalità di gestione del fenomeno migratorio, solo in presenza di base legale nel diritto interno (par. 1, lett. f). Invero, l'ordinamento italiano prevede, quale unica forma lecita di trattenimento dello straniero, la misura della detenzione amministrativa nei centri di permanenza per i rimpatri, di cui all'art. 14 t.u., soggetta, come noto, alla convalida dell'Autorità giudiziaria ordinaria (commi 3 ss.). Diversamente, in ipotesi di respingimento (evidentemente differito), non v'è norma che consenta di limitare la libertà personale degli stranieri temporaneamente collocati presso i centri di soccorso e di prima accoglienza, di cui all'art. 10*ter* t.u. È stata, infine, affermata la violazione dei parr. 2 e 4 dell'art. 5, concernenti gli obblighi d'informazione circa le ragioni del trattenimento nonché il diritto a un ricorso effettivo innanzi all'Autorità giudiziaria, per le doglianze sulla legittimità della limitazione della libertà personale patita.

3. *Violazione dei diritti dello straniero e penale responsabilità: sulla nozione di "atto politico" e relativa sindacabilità da parte dell'Autorità giudiziaria.*

Tanto premesso, ci si interroga sulle conseguenze giuridiche, nel diritto interno, della violazione della procedura delineata dagli artt. 10 e 10*ter* t.u., potenzialmente integrante, nell'interpretazione costituzionalmente orientata, indebita limitazione della libertà personale del migrante, penalmente rilevante. Risulta di particolare interesse il vaglio di legittimità di atti eventualmente emessi, in violazione della disciplina in rassegna, da figure apicali governative, imponendo lo stesso il preliminare confronto con la categoria giuridica dell'atto politico (come noto sottratto al sindacato, quantomeno, del Giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a.). Secondo consolidata giurisprudenza, la politicità dell'atto è data dalla convergente presenza di due requisiti, l'uno soggettivo, l'altro oggettivo. In ordine al primo (che attiene alla provenienza del provvedimento), deve trattarsi di «atto emanato dal governo, e cioè dall'autorità cui compete, altresì, la funzione d'indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica» (cfr. C. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2718 e C. Stato, sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094). Sotto il profilo oggettivo, invece, deve essersi al cospetto di un atto adottato «nell'esercizio di un potere politico, anziché nell'esercizio di un'attività meramente amministrativa», che «deve riguardare la costituzione, la salvaguardia o il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione» (si vedano C. Stato, sez. IV, 12 marzo

2001, n. 1397 nonché TAR Veneto, sez. III, 25 maggio 2002, n. 2393), talora specificandosi che «gli atti politici costituiscono espressione della libertà politica commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge» (cfr. C. Stato, sez. V, 27 luglio 2011, n. 4502 e C. Stato, sez. V, 23 gennaio 2007, n. 209; in dottrina, per una recente disamina dell'istituto, G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, III, p. 329 ss.). Preme, tuttavia, precisare come, *in subiecta materia*, si sia esclusa la caratura politica del decreto di espulsione emesso dal Ministro dell'Interno ai sensi dell'art. 13, comma 1, t.u. (così C. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88), diversamente reputato atto di alta amministrazione (dunque soggetto al giudizio di legittimità, sebbene limitato, in ragione della latitudine dell'apprezzamento discrezionale, al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà), argomento che si menziona per evidente specularità nonché contiguità logica.

Ora, così definita la nozione di atto politico (e chiaritone il regime d'impugnabilità nel processo amministrativo), occorre indagarne l'incidenza nell'ambito di un eventuale giudizio penale, ovverosia verificarne l'idoneità a escludere la rilevanza di condotte tipiche, in quanto sussumibili sotto puntuali fattispecie incriminatrici.

Non si ravvisano, in primo luogo, apprezzabili motivi per sostenere l'assoluta insindacabilità dell'atto politico (ove effettivamente configurabile) innanzi al Giudice ordinario. Innanzitutto, in ragione dell'assenza di disposizioni normative del medesimo tenore dell'art. 7 c.p.a., che, in quanto norma eccezionale, risulta insuscettibile di applicazione analogica (così già O. Ranelletti-A. Amorth, *Atti politici (o di Governo)*, in *NDI*, I, 2, Torino, 1958, p. 1515, in relazione all'art. 31 t.u. C. Stato). Va, inoltre, evidenziata la diversità strutturale del giudizio ordinario, avente principalmente a oggetto il vaglio di liceità di condotte (si veda, sulla distinzione fra illegittimità e illiceità, E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *ADP*, 1937, 504-505): in altri termini, il Giudice ordinario conosce della legittimità dell'atto soltanto in via incidentale, quale mero elemento della fattispecie fattuale dedotta, di cui verificare l'aderenza al paradigma normativo di riferimento, secondo operazioni logiche di sussunzione o distinzione (cfr. Cass. pen., S.U., 21 dicembre 1993, n. 11653 nonché, da ultimo, Cass., Sez. III pen., 10 ottobre 2017, n. 46477).

Né può sostenersi l'idoneità dell'atto, in sé considerato, a elidere l'antigiuridicità della condotta tipica, in particolare ai sensi dell'art. 51 c.p., nell'ipotesi in cui il provvedimento, lungi dal

rappresentare antecedente logico e cronologico della condotta, integri esso stesso il fatto di reato (per evidente circolarità logica del ragionamento).

In definitiva, non paiono riscontrabili nella disciplina dell'illecito penale argomenti a sostegno dell'imperscrutabilità *tout court* dell'atto politico (come fosse attributo suo proprio), dovendosi, di contro, analizzare il tema della punibilità puntualmente verificando la sussistenza di guarentigie eventualmente accordate dall'ordinamento a tutela della funzione pubblica. Si fa, evidentemente, riferimento alle immunità riconosciute dalla Costituzione, che costituiscono il corollario operativo dell'autonomia accordata ai poteri supremi dello Stato. Spetta, dunque, all'interprete coniugare le opposte istanze – legalità secondo il diritto comune e autonomia dei poteri – applicando istituti positivamente disciplinati.

In alcuni casi l'immunità compenetra intimamente l'apprezzamento sostanzialistico, talora integrando causa di giustificazione (Cass., Sez. V pen., 24 novembre 2006, n. 38944) o, comunque, di non punibilità (Cass., Sez. V pen., 11 aprile 2008, n. 15323 e Cass., Sez. V pen., 22 novembre 2007, n. 43090), talaltra concorrendo persino alla perimetrazione del fatto tipico. In merito alla possibile incidenza della prerogativa tutelata sulla tipicità della condotta, si veda la più recente giurisprudenza di legittimità (così Cass., Sez. VI pen., 11 settembre 2018, n. 40347), ove si è esclusa la configurabilità del delitto di corruzione propria nell'esercizio della funzione legislativa, ostandovi il combinato disposto degli artt. 64, 67 e 68 Cost. (che non consente l'individuazione di doveri specificamente e riconoscibilmente correlati al mandato parlamentare), così residuando la sola punibilità per il meno grave reato di corruzione impropria (per effetto del mero divieto di ricevere indebite remunerazioni per lo svolgimento del *munus publicum*).

In altri, derivando l'immunità dall'attivazione di particolari procedure, la distinzione tra penale rilevanza e concreta punibilità rimane netta: così in ipotesi di reati commessi da membri del Governo nell'esercizio delle funzioni (art. 96 Cost.), in relazione ai quali soltanto il rituale svolgimento dell'*iter* procedurale prescritto (con l'insindacabile valutazione di cui all'art. 9, comma 3, l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1) determina esenzione dalla reazione sanzionatoria. Tanto induce a ritenere che l'imperscrutabilità non sia attributo genetico dell'atto (quand'anche politico), il quale, diversamente, "diviene" immune da stigma penale solo all'esito della procedura a tutela della prerogativa statuale, nel vaglio diacronico che s'è descritto.