



Diritto Civile" class="voce">

Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro? Nota a Trib. Roma, 28.11.2019 n. 22917.

di [Rita Russo](#)

5 febbraio 2020

Respingimenti illeciti e diritto d'asilo: è sufficiente il risarcimento in denaro? Nota a Trib. Roma 28.11.2019 n. 22917.

di Rita Russo

1.- Il fatto.

Un gruppo di cittadini eritrei in fuga dal proprio paese raggiunge la Libia e da qui si imbarca verso l'Italia. Il 30 giugno del 2009, a poche miglia da Lampedusa, ma ancora in acque internazionali, il motore dell'imbarcazione entra in avaria e una nave della Marina italiana provvede a soccorrere i naufraghi che, una volta a bordo, manifestano l'intenzione di chiedere asilo. Nonostante ciò e malgrado le loro proteste, il comandante della nave li consegna ad una nave libica che nel frattempo ha affiancato la nave italiana. Dopo un periodo di detenzione in Libia, i profughi, una volta liberati, si mettono nuovamente in viaggio, via terra, e giungono in Israele. Qui subiscono altri periodi di detenzione, e, una volta ritornati in libertà, nel timore di un ulteriore respingimento verso l'Eritrea, inoltrano una citazione contro lo Stato italiano, il Ministero dell'interno, il Ministero della difesa e il Ministero degli affari esteri, chiedendo il risarcimento del danno per l'ingiusto respingimento ed anche di poter fare ingresso in Italia, al

fine di inoltrare domanda di protezione internazionale.

Le amministrazioni convenute si difendono deducendo che il salvataggio è avvenuto in acque internazionali e che nessuno tra le persone soccorse ha fatto richiesta di protezione internazionale. Deducono inoltre che la consegna è avvenuta in esecuzione del Trattato di amicizia firmato con la Libia nel 2008.

La vicenda non è un caso isolato: alcune agenzie internazionali e tra queste anche Human Rights Watch e UNHCR denunciano che, nel corso del 2009, l'Italia avrebbe effettuato nove operazioni in alto mare, rinviando in Libia 834 persone di nazionalità somala, eritrea e nigeriana. Una di queste operazioni, avvenuta il 6 maggio 2009, di poco precedente a quella esaminata dal Tribunale romano, riguardava undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei, che, raccolti in mare da navi italiane e consegnati alla autorità libiche senza alcuna preventiva identificazione, hanno presentato ricorso alla Corte EDU (primo ricorrente Hirsi Jamaa); la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per averli respinti collettivamente, senza neppure identificarli, verso un paese dove non erano protetti dai rimpatri arbitrari, poiché la Libia non ha aderito alla Convenzione di Ginevra [\[1\]](#).

Due diverse questioni sono quindi sul tappeto: la prima è la richiesta risarcitoria per la violazione del divieto di respingimento; la seconda è quella dell'accesso alle procedure per il riconoscimento del diritto di asilo.

2.- Il divieto di respingimento.

Il divieto di respingimento o *non refoulement* è enunciato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra, ma anche dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: “*Le espulsioni collettive sono vietate. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti*”.

La norma fonde ed armonizza i principi enunciati dalla Convenzione EDU rispettivamente nell'art. 4 prot. 4 (divieto di espulsioni collettive) e negli artt. 2 e 3 (diritto alla vita; divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti). Nella nostra Costituzione questo divieto è connesso al disposto dell'art. 10 (diritto di asilo) ma ancora prima agli artt. 2 e 3, trattandosi della protezione di un diritto fondamentale dell'uomo, e in ultima analisi della tutela della sua dignità, fondamento stesso di tutti i diritti fondamentali [\[2\]](#).

Di recente, anche la Corte di giustizia dell'UE si è soffermata sul concetto di dignità, con particolare riferimento ai diritti dei migranti ed ha affermato che il divieto imposto dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali (proibizione di tortura e trattamenti degradanti, corrispondente all'art 3 CEDU) ha carattere generale ed assoluto ed è strettamente legato al rispetto della dignità umana. La Corte UE rileva che anche nei paesi dell'Unione possono darsi in concreto specifiche carenze sistematiche, generalizzate o che colpiscono gruppi determinati di persone (nella specie i migranti) e che raggiungono livelli di gravità tali da integrare trattamento degradante[3].

Nel diritto nazionale, il principio è recepito dall'art. 19 del D.lgs. 286/1998 il quale prevede che “*in nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero 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 rinvia*to *verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione*”. La norma è stata di recente ampliata e rafforzata con l'inserimento del comma I bis, aggiunto dall'art. 3 della legge 110/2017: “*Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenerne che essa rischi di essere sottoposta a tortura. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani*”. Questa integrazione normativa allinea la legislazione nazionale ai principi della Carta di Nizza e alle sentenze rese dalla CGUE, e restringe il residuo margine di discrezionalità accordato in materia agli Stati membri; correlando infatti il divieto di respingimento alla tutela contro la tortura e i trattamenti inumani e degradanti lo si definisce in termini di ingeribilità[4]. Inoltre la norma contiene un interessante riferimento alla necessità di tenere conto delle “violazioni sistematiche e gravi dei diritti umani” richiamando in sostanza, in un testo di diritto positivo interno, quella equivalenza, più volte predicata dalle Corti internazionali, tra la tortura e i trattamenti gravemente lesivi della dignità umana.

Si comprende quindi perché il divieto di respingimento è applicabile non soltanto ai rifugiati o ai richiedenti asilo, ma anche a coloro che non hanno avuto ancora la possibilità di fare domanda per ottenere lo status, ovvero non hanno intenzione di presentarla[5].

La norma deve essere rispettata anche in alto mare, giacché in tale zona gli Stati non sono esenti dai propri obblighi giuridici, ivi compresi quelli derivanti dal diritto internazionale[6]. Il divieto è rigoroso, e non va incontro ad eccezioni[7]; tuttavia non comporta l'obbligo per lo Stato di accogliere nel proprio territorio la persona, dal momento che lo Stato interessato può optare per la soluzione dell'avvio verso un paese terzo sicuro, cioè un paese dove il soggetto non corre

il rischio di pena di morte, tortura o trattamenti degradanti o di un respingimento verso paesi ove è esposto a tale rischio.

In questo quadro normativo, rileva il giudice romano, gli obblighi derivanti da un eventuale accordo bilaterale sono recessivi: in ogni caso non pare potersi desumere dall'esame del "Trattato di amicizia" con la Libia, invocato dallo Stato a giustificazione della consegna, una espressa autorizzazione ad operare respingimenti verso questo paese. Del resto anche la Corte EDU, nella già citata sentenza Hirsi, sottolinea che le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso, da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti dalla Convenzione.

Ciò posto, la prima questione, anche in virtù della sostanziale assimilabilità con il caso Hirsi, non presenta particolari difficoltà in punto di diritto, trattandosi piuttosto di una questione di fatto: si deve accertare se le persone salvate in mare sono state respinte verso un paese dove vi è il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, e che lo Stato italiano fosse di ciò consapevole.

Dopo una articolata istruttoria, il Tribunale accerta che effettivamente il salvataggio è avvenuto in acque internazionali e che gli attori, una volta compreso che stavano per essere riconsegnati alle autorità libiche, hanno espresso la intenzione di chiedere la protezione internazionale, dichiarandosi rifugiati, esposti al rischio di persecuzioni e danni gravi nel loro paese di origine. In questa parte dell'istruttoria il giudice escute testimoni ed esamina documenti, seguendo le regole proprie del processo civile ordinario, quale è in effetti quello intentato dai cittadini eritrei. Si tratta infatti non già di una domanda di protezione internazionale, che segue il rito camerale speciale disegnato dal D.lgs. 25/2008 e dell'art. 737 c.p.c., ma di una ordinaria azione di risarcimento del danno. Anche la richiesta di ottenere l'ingresso in Italia per presentare la domanda di protezione interazionale segue il rito ordinario, in quanto presentata come domanda risarcitoria in forma specifica, e diretta, nella prospettazione degli attori, alla rimessione in pristino della situazione precedente alla condotta contestata. Il Tribunale la qualificherà come domanda di accertamento del diritto a chiedere la protezione internazionale, con il che, tuttavia, essa non perde la sua natura di azione di cognizione ordinaria.

L'istruttoria, dunque, inizia come di consueto, con la escusione dei testi e l'esame di documenti; ciò consente di accertare che gli attori sono effettivamente le persone salvate dalla nave italiana, che hanno manifestato a bordo la loro condizione di persone in fuga dalla persecuzione e la

intenzione di richiedere asilo, e che, nonostante ciò, sono stati consegnati alla nave libica. I testi escussi riferiscono inoltre che in Libia gli attori sono stati incarcerati subendo torture.

A questo punto, tuttavia, manca un tassello, e cioè la prova che lo Stato italiano fosse -o poteva diligentemente essere- consapevole del rischio di trattamenti inumani e di rimpatrio forzato. Qui si verifica uno *switch* dell'istruttoria verso le regole proprie dei procedimenti di protezione internazionale e cioè il ricorso alle *country of origin information* (COI). Nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale, infatti, vige la regola del dovere di cooperazione da parte del giudice e una specificazione di questa regola è la acquisizione d'ufficio delle COI, secondo quanto dispone l'art. 8 comma 3 del D.lgs. 25/2008[\[8\]](#). Si utilizza dunque una regola prevista per un procedimento speciale, derogatoria del principio previsto dall'art. 2697 c.c., all'interno di un procedimento ordinario. La ratio della deroga è però la medesima: la condizione degli attori è quella di persone in fuga dal paese di origine, che hanno manifestato l'intenzione di richiedere asilo, e a cui si può richiedere che facciano ogni sforzo per circostanziare e documentare la domanda, ma non anche che possano dare prova nella loro interezza dei fatti politici, sociali ed economici del loro paese d'origine, dei paesi di transito e di rinvio e delle relazioni tra l'Italia e questi paesi.

In siffatti casi la Corte EDU tiene conto della situazione reale di persone in fuga, temendo per la loro salute o addirittura per la loro vita: non si può pretendere che tali persone abbiano con loro tutti i documenti e tutti i rapporti ufficiali per provare ogni dettaglio della loro storia. Così la Corte EDU fa riferimento – e a sua volta lo pretende dalle autorità interne – a rapporti ufficiali internazionali facilmente reperibili[\[9\]](#).

Il giudice romano osserva che al momento dei fatti erano già stati diffusi dei rapporti, realizzati da accreditate organizzazioni internazionali, nei quali venivano denunciate e condannate le condizioni detentive e di vita dei migranti irregolari in Libia, peraltro richiamati anche nella sentenza Hirsi. Pertanto le autorità italiane erano nelle condizioni di sapere che la Libia, Stato che non ha ratificato la Convenzione di Ginevra e nel quale non è previsto un sistema nazionale di asilo, non potesse considerarsi, all'epoca dei fatti di causa, approdo sicuro, con concreto rischio che i migranti venissero arrestati, sottoposti a violenze, nonché respinti verso l'Eritrea.

Accertato l'illecito, il risarcimento del danno non patrimoniale subìto, per il respingimento collettivo e per essere stati avviati ad un paese non sicuro, è liquidato in via equitativa in euro 15.000,00 ciascuno, in linea con le liquidazioni operate dalla Corte EDU nel caso Hirsi.

2.- La richiesta di protezione internazionale.

La questione più spinosa è tuttavia quella relativa alla richiesta di protezione internazionale.

Gli attori, questo è il dato che emerge dalla istruttoria, sono stati salvati in acque internazionali e già sulla nave hanno dichiarato la loro qualità di rifugiati e hanno espresso l'intenzione di richiedere asilo, deducendo che in Eritrea sono esposti a gravi persecuzioni.

Con l'atto di citazione chiedono una “restituzione in pristino” e cioè l'ingresso nel territorio italiano per presentare la domanda di protezione internazionale; il Tribunale ritiene però che non si tratti di un risarcimento del danno in forma specifica, quanto di accertare se i richiedenti asilo abbiano diritto a presentare allo Stato italiano la domanda di protezione internazionale pur trovandosi all'estero.

L'ingresso in Italia è considerato necessario dalla difesa perché, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 del D.lgs. 25/2008, la domanda deve essere presentata personalmente presso l'ufficio di polizia di frontiera all'atto dell'ingresso nel territorio nazionale o presso l'ufficio della questura competente in base al luogo di dimora del richiedente. La norma non prevede altre modalità di presentazione della domanda, presupponendo che il soggetto sia presente sul territorio nazionale e prenda contatto diretto con l'autorità. In tal senso anche l'art. 3 della Direttiva 2013/33/UE (*La presente direttiva si applica a tutti i cittadini di paesi terzi e agli apolidi che manifestano la volontà di chiedere la protezione internazionale nel territorio di uno Stato membro*) e l'art. 20 della Regolamento UE n.604/2013 (*La procedura di determinazione dello Stato membro competente è avviata non appena una domanda di protezione internazionale è presentata per la prima volta in uno Stato membro*) considerano la presenza sul territorio come presupposto di fatto della presentazione della domanda.

Di contro, essere a bordo di una nave italiana, per effetto di un salvataggio in acque internazionali, non significa, quantomeno ai fini che qui ci interessano, essere entrati in Italia, né essere automaticamente avviati all'ingresso nel territorio.

Come si è detto, lo Stato non ha obbligo di accoglimento perché potrebbe, senza violare il divieto di respingimento, avviare le persone soccorse verso un paese terzo sicuro, anche non appartenente alla UE, purché non si tratti di un paese ove si rischia il rimpatrio forzato [10]. Le persone salvate in acque internazionali, nel momento in cui salgono su una nave italiana non maturano il diritto all'ingresso sul territorio italiano, ma allo sbarco in luogo sicuro [11]; hanno quindi diritto a non subire respingimento. Della tutela di questi diritti assume la responsabilità lo Stato che ha prestato i soccorsi, tanto che, come si è visto nel caso Hirsi, può essere condannato

se non rispetta queste regole.

Il divieto di respingimento, per quanto connesso con il diritto di asilo, copre un area parzialmente diversa di tutela dei diritti umani e in certo qual modo più vasta: ne possono fruire ad esempio anche coloro che non hanno diritto né al riconoscimento dello status di rifugiato, né alla protezione sussidiaria perché attinti da una delle cause di esclusione di cui agli artt. 10 e 16 del D.lgs. 251/2007[12]. L'art. 32 comma 3 del D.lgs. 25/2005, nel testo riformato dal D.L. 113/2018 dispone infatti che *“nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrono i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura “protezione speciale” salvo che possa disporsi l'allontanamento verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga”*. In precedenza, il DPR n. 394/1999 consentiva in questi casi un rilascio di soggiorno per motivi umanitari.

La Corte EDU, inoltre, ha più volte precisato che la **finalità del divieto di espulsioni collettive** è quella di prevenire la possibilità che si verifichino espulsioni di stranieri sulla base della loro mera appartenenza ad un gruppo e senza la necessaria attenzione per le peculiarità del caso concreto, e che ciò può avvenire anche nel caso di persone che non hanno interesse a presentare domanda di protezione internazionale, ma a cui deve essere data la **possibilità reale ed effettiva di far valere gli argomenti contrari all'espulsione, e che questi siano esaminati in modo adeguato dalle autorità**[13]. Analogamente, l'art. 4 comma 3 del Reg. UE 656/201 dispone che, durante una operazione di soccorso, prima che le persone siano sbarcate si deve informarle della loro destinazione in un modo per loro comprensibile e dar loro l'opportunità di esprimere le eventuali ragioni per cui ritengono che uno sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento.

Si è visto che la violazione del divieto di respingimento comporta delle conseguenze patrimoniali, ma da essa discende anche il diritto all'ingresso nel territorio dello Stato?

Prima di esaminare la risposta data dal Tribunale di Roma è bene rammentare una particolarità del caso di specie e cioè che gli attori prima di essere consegnati alle autorità libiche hanno dichiarato la loro qualità di rifugiati ed espresso la loro intenzione di presentare domanda di protezione internazionale, e ciò è stato impedito dal respingimento.

Se avessero reso questa dichiarazione in territorio nazionale, alla frontiera ovvero in acque territoriali, ciò avrebbe avviato le procedure per la verifica e il riconoscimento del diritto alla

protezione internazionale.

Il diritto alla protezione internazionale comprende, infatti, anche il diritto ad essere informato sulle relative procedure e ad essere agevolato nella presentazione delle domande di asilo (Direttiva 2013/32/UE) dalle persone che per prime entrano a contratto con lo straniero o con l'apolido presente sul territorio, alla frontiera o in acque nazionali. La stessa Direttiva prevede, al considerando 27, che *"i cittadini di paesi terzi e gli apolidi che hanno espresso l'intenzione di chiedere protezione internazionale sono richiedenti protezione internazionale"* e che *"gli Stati membri dovrebbero registrare il fatto che tali persone sono richiedenti protezione internazionale"* pur se l'art 6 par. 3 prevede che *"gli Stati membri possono esigere che le domande di protezione internazionale siano introdotte personalmente e/o in un luogo designato"*. Di conseguenza, l'art. 2 del D.lgs. 142/2015, sulle procedure di accoglienza, attuativo delle Direttive 2013/33/UE e 2013/32/UE, dichiara che richiedente asilo non è soltanto la persona che ha presentato la domanda, ma anche colui che ha manifestato questa intenzione. Ma ancor prima che queste Direttive fossero recepite dalla legislazione nazionale, la Corte di Cassazione ha ritenuto che sussistendo anche la semplice "indicazione" 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, e di agevolare l'accesso alla procedura di asilo[\[14\]](#). In questa sentenza è importante il riferimento, oltre che alle Direttive in parola anche a quanto osservato dalla Corte EDU nel caso Hirsi: *« la mancanza di informazioni costituisce uno dei principali ostacoli all'accesso alle procedure d'asilo. Ribadisce quindi 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 sostenerne i loro ricorsi».*

Si può quindi affermare che oggi si è raggiunto, tramite questi arresti giurisprudenziali e la correlativa apertura legislativa, un punto fermo: manifestare, in territorio nazionale o alla frontiera, l'intenzione di richiedere la protezione internazionale pone il soggetto nella stessa posizione di chi ha presentato formalmente la domanda; egli deve considerarsi un richiedente asilo e quindi ha diritto alla collaborazione dello Stato per l'accesso alle procedure di riconoscimento. Non a caso, la giurisprudenza di merito ha spesso tutelato in via d'urgenza il diritto alla ricezione della domanda di protezione, escludendo che le questure o altre autorità amministrative possano sottoporla a vaglio preliminare di ammissibilità ovvero subordinarla a condizioni[\[15\]](#).

Ponendo questi principi in relazione con il divieto di respingimento, e tenendo presenti le responsabilità che assume il soggetto soccorritore, ne consegue che se la richiesta di asilo è fatta, sia pure con una semplice dichiarazione, fuori dal territorio nazionale ma a un soccorritore tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, quest'ultimo dovrebbe assicurarsi che la richiesta informale possa trasformarsi in un ricorso effettivo, nel proprio territorio o avviando i profughi verso uno Stato che tutela il diritto di asilo.

Riproponiamo adesso la domanda di cui sopra, specificandola meglio: *quid iuris* se, manifestata l'intenzione di chiedere asilo ad una autorità che ha la scelta tra accogliere nel proprio territorio i profughi o avviarli in un paese sicuro, ove parimenti i profughi possono fare valere i diritti connessi alla loro condizione, l'autorità vanifica questo diritto operando un illecito respingimento?

Il Tribunale di Roma risolve la questione facendo diretta applicazione dell'art.10 comma 3 della Costituzione: riconosce ed accerta il diritto degli attori di accedere nel territorio italiano allo scopo di presentare domanda di riconoscimento della protezione internazionale ovvero di protezione speciale, ma rimette alla competente autorità amministrativa nell'ambito della propria discrezionalità il compito di individuare "le forme" per attuare questo diritto.

Il giudice richiama, nella motivazione della sentenza, la corrente interpretazione, data dalla Corte di Cassazione ma anche dalle Corti sovranazionali, per la quale il diritto alla protezione internazionale è un diritto " pieno e perfetto"; il procedimento non incide sull'insorgenza del diritto ma serve ad accertarlo e riconoscerlo come diritto fondamentale ad esso preesistente [\[16\]](#). Il riconoscimento dello status di rifugiato, come prevede il considerando 21 della Direttiva 2011/95/UE, è un atto ricognitivo e la qualità di persona avente diritto alla protezione e non dipende dal riconoscimento [\[17\]](#).

Rese queste premesse, il giudice romano osserva che qualora un richiedente protezione internazionale non possa presentare la relativa domanda, in quanto non presente sul territorio italiano per circostanze allo stesso non imputabili ed anzi riconducibili ad un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, sarebbe in contrasto con l'art. 10 comma 3 Cost. limitare il suo diritto a richiedere protezione. Si configurerebbe in questi casi un vuoto di tutela inammissibile, in un sistema che, a più livelli, riconosce e garantisce il diritto di asilo nelle diverse declinazioni volte a tutelare (anche) la posizione di chi, in conseguenza di un fatto illecito commesso dall'autorità italiana, si trovi nell'impossibilità di presentare la domanda di protezione internazionale in quanto non presente nel territorio dello Stato, avendo le autorità dello stesso

Stato inibito l'ingresso, all'esito di un respingimento collettivo, in violazione di principi costituzionali e della Carta dei Diritti dell'Unione Europea.

La diretta applicazione dell'art. 10 della Costituzione non è una novità nel panorama della giurisprudenza italiana. Prima ancora della piena attuazione delle direttive europee in materia di protezione internazionale, poiché l'attribuzione dello status di rifugiato si riteneva non esaustiva rispetto alle molteplici esigenze di tutela, era data attuazione diretta all'asilo costituzionale, configurato dalla giurisprudenza come un «*vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento*»[\[18\]](#). Le sezioni unite della Corte di Cassazione avevano così affermato il carattere precettivo e l'immediata operatività della norma costituzionale in quanto essa, seppure necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto medesimo e indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata[\[19\]](#).

Il successivo recepimento delle direttive europee, tuttavia, e la emanazione di una legislazione di dettaglio che ha previsto anche, quali misure complementari al riconoscimento dello status di rifugiato, la protezione sussidiaria e la protezione umanitaria, ha portato la giurisprudenza ad affermare che, una volta resa esaustiva la tutela normativa, non sussiste più alcun margine di residuale diretta applicazione del disposto di cui al citato art.10[\[20\]](#). Sembrava così raggiunto un punto fermo, con il definitivo abbandono della tesi della applicazione diretta del diritto di asilo, ma le recenti riforme legislative, ed in particolare il c.d. decreto sicurezza (D.L. 113/2018) con la abrogazione legislativa della misura della protezione umanitaria, atipica e di chiusura del sistema, hanno riaperto il dibattito e portato giurisprudenza e dottrina ad esplorare nuovamente questo territorio[\[21\]](#). L'operazione nasce per neutralizzare gli effetti della forzata tipizzazione del sistema di tutela, ed anche per evitare ingiustificate disparità di trattamento, dal momento che il fatto costitutivo del diritto del richiedente non è la domanda, né il provvedimento dell'autorità, bensì il verificarsi delle condizioni del diritto al permesso di soggiorno[\[22\]](#); la tesi però ruota su un concetto di carattere generale e cioè che l'incompletezza del quadro normativo lascia spazio alla tutela realizzata mediante una diretta applicazione della norma costituzionale.

In altre parole, il sistema patisce l'*horror vacui*, e se non si riesce a proteggere un diritto fondamentale a rilevanza costituzionale tramite una norma di diritto positivo, si ricorre alla

diretta applicazione della norma costituzionale che salvaguarda quel bene della vita.

Anche il caso odierno ci mette di fronte ad un vuoto di regolazione normativa, perché non è espressamente previsto quale sorte debba avere la richiesta di protezione internazionale non inoltrata a causa di un comportamento illecito dell'autorità, se il soggetto non è presente sul territorio nazionale per effetto di questa condotta illecita.

Da qui il richiamo al diritto costituzionale d'asilo inteso non come forma di protezione riconosciuta ed applicata direttamente alla persona, ma declinato nei termini di diritto di ingresso nello Stato italiano al fine di accedere alla procedura di riconoscimento, e quindi condizionato dal successivo riconoscimento del diritto, come peraltro affermato, in passato, dalla Corte di Cassazione, in una sentenza citata dallo stesso Tribunale: *“in assenza di una legge organica sull'asilo politico (che ne fissi le condizioni, i termini, i modi e gli organi competenti in materia di richiesta e concessione), attuativa del dettato costituzionale, può affermarsi che il diritto di asilo deve intendersi non tanto come un diritto all'ingresso nel territorio dello Stato, quanto piuttosto, e anzitutto, come il diritto dello straniero di accedervi al fine di essere annesso alla procedura di esame della domanda di riconoscimento dello status di rifugiato politico”*[\[23\]](#). Deve però notarsi che la sentenza della Cassazione richiamata ha la sua peculiare ragion d'essere in un contesto storico in cui la giurisprudenza si sforzava di adeguare il sistema alle regole sovranazionali non interamente recepite ed attuate e non sembra che possa utilizzarsi per predicare una generalizzato obbligo di accoglimento o di ingresso, né è in questi termini utilizzata dal Tribunale romano, che individua un rimedio alle conseguenze di un illecito, per neutralizzarne gli effetti demolitori del diritto di asilo, pur precisando che il diritto di ingresso non è un risarcimento in forma specifica e cioè una sorta di rimessione in pristino stato, come la difesa delle parti lo qualifica.

Si nota qui la cura di delimitare l'ambito di operatività del *decisum*, nei termini rigorosi delle conseguenze dell'accertamento di un atto illecito, impeditive dell'effettivo esercizio del diritto; sarebbe quindi erroneo interpretare la sentenza come riconoscimento di un illimitato diritto di accesso al territorio dello Stato italiano esteso a tutti coloro che, ovunque si trovano, versino in una condizione di fatto idonea a fondare la domanda di protezione internazionale.

Sono possibili ulteriori considerazioni.

Nella fattispecie è stato violato anche (forse in primo luogo) il diritto ad un ricorso effettivo (art. 6 e 13 CEDU), o, per dirla con le parole dell'art 24 della Costituzione, il diritto ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi e ciò a causa del comportamento di soggetti che

erano invece tenuti alla cooperazione, nella consapevolezza che i naufraghi avevano manifestato l'intenzione di chiedere la protezione[24]. Nella sentenza in esame è infatti sottesa la considerazione che, senza (l'illegittimo) respingimento, i cittadini eritrei, secondo l'*id quod plerumque accidit*, avrebbero varcato la frontiera dello Stato italiano o di un altro Stato ove avrebbero potuto presentare la domanda di asilo e non solo manifestare l'intenzione. Più probabilmente, la frontiera dello Stato italiano: non sembra infatti prospettata l'ipotesi che, in alternativa alla consegna alla Libia, gli attori avrebbero potuto essere indirizzati in un paese terzo sicuro.

Immaginiamo ora che lo straniero presente alla frontiera, o dopo avere varcato il confine, manifesti verbalmente la intenzione di chiedere asilo alla autorità competente e nonostante questo venga respinto: la sua istanza non dovrebbe essere considerata validamente formulata e quindi avviate le procedure per formalizzare la richiesta e portarla all'esame del giudicante? Ove si consideri ciò che oggi dispone il D.lgs. 142/2015 la risposta non può che essere positiva; nello stesso momento in cui ha manifestato l'intenzione, il cittadino straniero ha maturato il diritto all'esame individuale della sua domanda, che deve essere verbalizzata e inoltrata, e alle procedure di accoglienza (art 2,3,4, del D.lgs. 142/2015; art. 26 D.lgs. 25/2008). Ma, se illecitamente respinto dopo l'ingresso, come potrebbe il cittadino straniero far valere, oltre confine, il suo diritto al completamento delle procedure di accoglienza ingiustamente negate?

Potrebbe invero richiedere il risarcimento del danno con una ordinaria citazione, ma per insistere nella domanda di asilo, posto che la procedura non prevede un accesso diretto al giudice, non avrebbe altra scelta che rivolgersi alla autorità nazionali per via indiretta, e cioè inoltrando una istanza a mezzo posta o presentandosi alla rappresentanza diplomatica, non diversamente da quanto avviene avviene per il soggetto che, trovandosi all'estero, intende impugnare le decisioni della Commissione territoriale, ai sensi dell'art. 35 bis comma 2 del D.lgs. 25/2008.

Tornando quindi al caso che ci riguarda, è vero che in ipotesi del soccorso in alto mare lo straniero non ha ancora varcato la frontiera, ma è indubbio che l'illecito respingimento ha impedito di conseguire il risultato utile e cioè l'accesso ad un equo processo in un paese che riconosce il diritto di asilo.

Se così è, si potrebbe dire che il risultato utile e cioè la tutela del diritto violato potrebbe perseguirsi anche tramite una interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata, -non solo dall'art. 10 ma anche dagli artt. 2, 3 e 24 della Costituzione, nonché delle norme sovranazionali prima richiamate- degli artt. 6, 26 e 35 bis del D.lgs. 25/2008, ritenendo che la

domanda di protezione possa presentarsi anche per posta o tramite la rappresentanza diplomatica, se la sua regolare presentazione è stata impedita, dopo la chiara manifestazione della volontà di chiedere asilo, da un illecito respingimento.

Questo peraltro consentirebbe alla autorità amministrativa di non fare entrare lo straniero nel territorio dello Stato prima della presentazione della domanda. Non è da escludere infatti che, nonostante l'ampio il margine di discrezionalità che la sentenza romana accorda alla autorità amministrativa competente sulla attuazione della tutela, possano crearsi delle difficoltà per questo ingresso anticipato nello Stato italiano. Ritenendo regolare e accettando una domanda presentata tramite rappresentanza diplomatica, o per posta, sempre sul presupposto che sia prima accertato l'illecito respingimento, e che alle sue conseguenze non sia stato altrimenti posto rimedio (ad esempio con la successiva accoglienza in un paese sicuro), si posticiperebbe l'ingresso nello Stato italiano, subordinandolo alla effettiva presentazione della domanda, a seguito della quale può rilasciarsi il permesso di soggiorno per richiesta di asilo.

[1] Corte EDU, Grande Camera, Hirsi Jamaa e altri c. Italia (ricorso n. 27765/09) 23.2.2012

[2] RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in Rivista AIC 2011,1

[3] CGUE, sentt. del 19.3.2019, nelle cause C-163/17 e C-297/17 e altre.

[4] Si veda la storica sentenza della Corte EDU 10 gennaio 1978, Irlanda c. Regno Unito,

“il divieto è assoluto e, secondo il diritto internazionale, non può esserci alcuna giustificazione per azioni contrarie alle disposizioni che proibiscono la tortura o altri trattamenti inumani”. Si vedano anche, Corte EDU, 11 luglio 2000, Jabari c. Turchia, causa n. 40035/98; 5 maggio 2009, Sellem c. Italia, causa n. 12584/08; 24 marzo 2009, O. c. Italy, causa n. 37257/06; 24 febbraio 2009, Ben Khemais c. Italia, causa n. 246/07; 28 febbraio 2008, Saadi c. Italia, causa n. 37201/06.

[5] Corte EDU, 21 ottobre 2014, Sharifi and Others v. Italy and Greece.

[6] Si veda il Reg. (UE) n. 656/2014, e in particolare i considerando 8, 12, 13,

[7] CGUE grande sezione, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, 14 maggio 2019.

[8] Cass. Sez. un 27310/2008; Cass. Sez. VI 17929/2016; Cass. Sez. I 29056/2019

[9] V. A. De Gaetano *Immigrazione e la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: Breve panoramica della giurisprudenza della CEDU*, relazione al seminario Il diritto dell'immigrazione nella giurisprudenza delle Corti europee., Roma, Corte di Cassazione 14 aprile 2016,
http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RELAZIONE_DE_GAETANO_1.pdf

[10] Corte EDU, Hirsi c. Italia cit.

[11] Convenzione SAR di Amburgo, 27 aprile 1979 ratificata con legge 3 aprile 1989 1n. 47

[12] Cass. civ sez. I, n. 5358/2019

[13] Si veda Corte EDU Grande Camera, **15.12. 2016, Khlaifia e altri c. Italia**

[14] Cass. civ. sez. VI n. 5926/2015 e Cass. civ. sez. VI n. 10743/2017

[15] Trib. Trieste 22.6.2018, in Questione Giustizia 5.9.2018; Trib. Roma 25.11.2019, in www.meltingpot.org

[16] Cass. Sez.. Un. n. 29460/2019

[17] CGUE, Grande sezione, 14.5.2019, cause C- 391/16, C.77/17 e C-78/18

[18] Cass. civ. sez. un. n. 4674/1997; Cass. civ. n. 10686/2012.

[19] Cass. Sez. un. N. 907/1999

[20] Cass. civ. n. 10686/2012.

[21] BENVENUTI in *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri*, in Dir., Imm., Citt. 1/2019, parla di un possibile “grande ritorno” nelle aule giudiziarie del diritto di asilo costituzionale.

[22] C.M. BIANCA *La legge non dispone che per l'avvenire, cit.*

[23] Cass. civ. n. 25028/2005

[24] Il diritto di agire in giudizio implica che i tribunali devono essere accessibili e le persone non devono essere ostacolate nelle loro richieste; v. Corte EDU, Golder c. Regno Unito, n. 4451/70, 21 febbraio 1975, ove la Corte ha precisato che il diritto ad un equo processo implica il diritto di accesso alla giustizia. Nella specie si trattava di un detenuto cui era stato negato un colloquio con un avvocato dopo avere manifestato l'intenzione di intentare causa nei confronti di un funzionario dei servizi penitenziari.