
ADiM BLOG
Gennaio 2022
ANALISI & OPINIONI

*La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla migrazione e
l'asilo: detenzione sistematica ai confini dell'Europa?*

Francesca Rondine

Dottoranda in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Università di Roma la Sapienza

Parole Chiave

*Frontiere esterne – Finzione di non ingresso – Trattenimento
– Non-entrée – Procedura di frontiera*

Abstract

Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo introduce nel diritto dell'Unione nuove procedure da svolgersi presso le frontiere esterne degli Stati membri. In particolare, attraverso lo screening di frontiera, il Patto prevede l'obbligo di effettuare una verifica preliminare che comprende l'identificazione, i controlli sanitari e di sicurezza, nonché il rilevamento delle impronte digitali e il loro inserimento nella banca dati Eurodac. Il Patto chiarisce che le domande di asilo presentate alle frontiere non conferiscono un diritto automatico di entrare nell'Unione. Di seguito, si procede a esaminare la portata e le implicazioni di tali previsioni.

1. Introduzione

Questo contributo si focalizza sulla recente [proposta di regolamento](#) che introduce il sistema degli “accertamenti” pre-ingresso alla frontiera esterna dell’UE e le disposizioni in esso contenute, in particolare quelle relative al trattenimento dei migranti alle frontiere esterne dell’UE, nell’ambito della neoistituita [procedura di screening alla frontiera](#), con l’obiettivo di proporre alcuni spunti di riflessione circa il suo contenuto e gli obiettivi.

La proposta di regolamento, come noto, si inserisce nel quadro del nuovo [Patto europeo sulla migrazione e l’asilo](#), che comprende un insieme di riforme che ambiscono a una più generale risistemazione del sistema europeo comune di asilo, riforme di cui il [regolamento](#) in oggetto è solo un tassello.

In questo contesto, la proposta introduce la c.d. “finzione di non ingresso” che implica la disarticolazione tra l’ingresso fisico e quello “legale” sul territorio. Lo straniero, pur fisicamente presente, non è ritenuto autorizzato a fare ingresso sul territorio sino ad una decisione in merito da parte delle autorità.

Il contributo si articola come segue. Una prima parte analizzerà la proposta di regolamento e in particolare la questione della finzione di non ingresso e della detenzione dei migranti in frontiera. Lo si farà mettendo le diverse misure in relazione col diritto derivato UE. Una seconda sezione del contributo si focalizzerà su alcune prassi già in atto presso le frontiere di alcuni Stati membri, in particolare analizzando il caso francese e l’evoluzione normativa attorno alle sue frontiere aeree, partendo dal celebre caso *Amuur c. Francia*.

Infine, la terza sezione esaminerà l’approccio della Corte Europea dei Diritti Umani alla questione, nel quadro dell’articolo 5(1)(f), e della detenzione per prevenire che lo straniero faccia ingresso irregolarmente nel territorio dello Stato.

2. Le nuove disposizioni e la procedura di frontiera

Il nuovo [Patto sulla migrazione e l’asilo](#) si costituisce espressamente sulle ceneri della precedente [agenda europea sull’asilo e l’immigrazione del 2015](#), con l’intenzione di superare i nodi emersi nella gestione della c.d. “crisi migratoria”¹, ed individua proprio nella frontiera esterna il punto focale, nonché il principio, della nuova strategia.

¹ Sul concetto di crisi nell’ambito delle politiche migratorie, si veda, *ex multis*, A. LINDLEY, *Crisis and migration: critical perspectives*, Londra, Routledge, 2014.

Uno dei suoi perni fondamentali risiede nell'istituzione di meccanismi capaci di «garantire una gestione solida ed equa delle frontiere esterne, che comprenda accertamenti dell'identità, sanitari e di sicurezza, nonché norme efficaci in materia di asilo, snellimento delle procedure in materia di asilo e di rimpatrio» (Un nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, p. 2).

Il primo tassello delle riforme proposte risiede proprio nella previsione di “accertamenti preliminari di ingresso”, che si realizzerrebbero attraverso uno screening che comprenderebbe l'identificazione, i controlli sanitari e di sicurezza, nonché il rilevamento delle impronte digitali e il loro inserimento nella banca dati Eurodac.

Quest'ultimo si applica a tutti i soggetti che (a) sono fermati in relazione all'attraversamento non autorizzato via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro, [...]; oppure (b) sono sbarcati sul territorio di uno Stato membro a seguito di un'operazione di ricerca e soccorso.

Il Patto chiarisce che «pur dovendo essere valutate nell'ambito delle procedure unionali di asilo, le domande di asilo presentate alle frontiere non conferiscono un diritto automatico di entrare nell'Unione Europea» (p. 5). Tale elemento è ribadito nella [Relazione alla proposta di Regolamento](#), che precisa che «i cittadini di paesi terzi non sono autorizzati all'ingresso a meno che non abbiano ricevuto un'autorizzazione esplicita previa valutazione delle condizioni d'ingresso o lo Stato membro decida di applicare in casi individuali le disposizioni particolari di cui all'articolo 6, paragrafo 5, del codice frontiere Schengen» (p. 2).

Il sistema così istituito assume significato se letto congiuntamente alla [Proposta di Regolamento sulle procedure](#). Lo screening di frontiera consentirebbe un esame più rapido della situazione individuale del richiedente, che sarebbe in questo modo orientato verso il percorso più adeguato alla sua situazione.

La proposta di Regolamento accertamenti non menziona mai esplicitamente il ricorso al trattenimento, sebbene paia evidente che tali procedure, unite alla necessità di impedire che la persona faccia ingresso sul territorio dell'Unione sino a una eventuale autorizzazione in merito, implicino necessariamente che il richiedente sia “trattenuto” o gli sia richiesto di permanere in un determinato luogo per il tempo dei controlli².

² Così, E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2/2021; G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of 'Anomalous Zones' For Migration Management*, in S. CARRERA, A. GEDDES, (a cura di), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights*, European University Institute, 2021; G. CORNELISSE, [The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions'](#), in *EU MigrationBlog*, 6 gennaio 2021.

Nella relazione esplicativa, la proposta prevede che «Il divieto d'ingresso durante gli accertamenti presuppone l'obbligo per le guardie di frontiera di provvedere affinché nessun cittadino di paese terzo che non soddisfa le condizioni d'ingresso sia autorizzato a entrare. Le situazioni nelle quali gli accertamenti implicano il trattenimento e le relative modalità dovranno essere definite nel diritto nazionale» (p. 5), ampliando la discrezionalità degli Stati membri nell'applicazione di tali procedure, col rischio di accentuare la frammentarietà e la mancanza di uniformità delle prassi nazionali, già invero evidenziata dal Parlamento Europeo nella sua [Risoluzione sull'utilizzo della procedura di frontiera](#) prevista dall'articolo 43 della Direttiva 2013/32. Ancora, il considerando 12 specifica che lo screening può includere il trattenimento, “nel rispetto della normativa nazionale in materia”, lasciando dunque l'onere di stabilire se e in quali casi prevedere il trattenimento alla legislazione nazionale.

L'articolo 7, che istituisce un meccanismo di monitoraggio dei diritti fondamentali, impone agli Stati l'istituzione di meccanismi di controllo anche «per garantire il rispetto delle norme nazionali che disciplinano il trattenimento della persona interessata, segnatamente i motivi e la durata del trattenimento».

A ben vedere, le misure ivi proposte non sono una novità nel diritto dell'Unione e nemmeno ne integrano le lacune esistenti: paiono invece confermarle³.

Per ciò che concerne lo screening alle frontiere, esso è in parte già previsto dal [Codice frontiere Schengen](#), al suo articolo 8, che non prevede tuttavia il controllo medico invece introdotto nella proposta di regolamento. Qui, il regolamento prevede che i cittadini di paesi terzi siano sottoposti all'arrivo sul territorio a verifiche approfondite circa il rispetto delle condizioni di ingresso ai sensi del regolamento stesso, anche circa la presunta vulnerabilità della persona (artt. 6-8 e 14 del CFS). Il regolamento è silente circa il destino di chi è sottoposto ai controlli in frontiera e risulti sprovvisto della necessaria autorizzazione ad entrare sul territorio. Lo strumento prevede una importante deroga nel caso di ragioni di carattere umanitario o di obblighi internazionali (cfr. infra), tacendo, anche in questo caso, circa la fase che separa l'intercettazione alla frontiera e lo svolgimento dei controlli dall'eventuale presentazione dell'istanza di protezione internazionale⁴.

La [direttiva procedure](#), inoltre, contempla già una procedura di frontiera al suo articolo 43, che tuttavia si applica solo in alcuni casi e in via eventuale, valendo

³ Così L. JAKULEVIČIENĖ, [Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders](#), in *Odysseus network blog*, 27 ottobre 2020.

⁴ Cfr. L. JAKULEVIČIENĖ, *Op. cit.*; E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione*, cit.

soprattutto la regola generale di cui all'articolo 9 della stessa direttiva del diritto del richiedente asilo di rimanere sul territorio per tutta la durata del procedimento, senza che esso sia considerato "irregolare" sino ad una decisione di prima istanza sulla sua domanda di protezione ([CGUE, sentenza del 19 giugno 2018, Gnandi, C-181/16](#)). Inoltre, in [Ministerio Fiscal](#) la Corte ha chiarito che le norme sui richiedenti protezione internazionale debbano trovare applicazione dal momento della *presentazione* della domanda di protezione, ovvero dalla *manifestazione di volontà* dinanzi alle autorità dello Stato membro.

Riguardo la questione del trattenimento, in [FMS](#) la Corte di giustizia ha inoltre affermato che il trattenimento nelle more di una procedura di frontiera debba durare non più di quattro settimane e che ad esso si applicano tutte le garanzie previste dall'articolo 8 della direttiva stessa.

Tuttavia, stante la proposta così come formulata, non è chiaro se e da quale momento tali norme trovino applicazione⁵. Invero, la proposta chiarisce al suo articolo 3 che i controlli si applicano «a prescindere dal fatto che (i cittadini di paesi terzi) abbiano presentato domanda di protezione internazionale» e che anzi sono pienamente in vigore nel caso di richiedenti protezione internazionale che non soddisfano i requisiti di ingresso ai sensi dell'articolo 6 del citato codice frontiere Schengen. Tale formulazione solleva diversi profili di dubbia compatibilità di tale normativa con i criteri delineati dalla Corte di giustizia sopra menzionati.

3. La finzione di non ingresso come fictio juris funzionale alla gestione dei flussi migratori

La finzione di non ingresso, unita al trattenimento presso le c.d. zone di transito, è una delle costruzioni giuridiche più diffuse nei c.d. "*non-entrée mechanisms*"⁶. Tale strumento ha tra i suoi effetti, ma anche tra le sue ragioni di esistenza quello di aumentare la "detenibilità" dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari e di rendere il trattenimento uno strumento ordinario di gestione dei flussi migratori⁷.

È stato osservato in dottrina che questo tipo di politiche di dissuasione si basano su due manipolazioni principali: la prima consiste nel considerare alcune zone di transito e di frontiera come extraterritoriali; la seconda, ora maggioritaria, corrisponde invece all'oggetto di questa analisi, e dunque alla c.d. "finzione di non ingresso", che si basa,

⁵ Cfr. E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione*, cit.

⁶ J. C. HATHAWAY, *The Emerging Politics of non-entrée*, in *Refugees*, vol. 91, 1992, pp. 40.

⁷ C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35, 47-73.

come spiegato, su una disarticolazione tra la presenza fisica e quella legale dei soggetti⁸.

Il primo paradigma era alla base, ad esempio, delle vicende nel celebre caso [Amuur c. Francia](#) portato all'attenzione della Corte Edu. Il caso riguardava alcuni richiedenti asilo arrivati in Francia dalla Siria per via aerea i quali, a seguito di un rifiuto di ingresso nel paese, erano stati trattenuti presso alcuni locali dell'aeroporto prima e presso un hotel nelle vicinanze poi. All'epoca dei fatti, il regime applicabile si componeva di una serie di strumenti di natura prevalentemente amministrativa e si fondava sulla presunzione che le zone di transito degli aeroporti godessero di uno status di extraterritorialità⁹, in virtù della quale i soggetti fermati presso le zone di transito non potevano dunque considerarsi presenti sul territorio francese.

La presunzione di extraterritorialità di tali zone è stata lentamente sostituita da un altro paradigma. Infatti, come osservato da Basaran¹⁰, l'applicazione di un regime giuridico differenziale presso le zone di transito dipende in larga misura dallo status giuridico di chi le attraversa, che permette l'esclusione di alcune categorie di individui dal godimento di alcuni diritti: «*the concept of legal space makes it possible for individuals sharing the same geographical space to have entirely different sets of rights stemming from their different legal statuses*»¹¹. Il caso francese è ancora una volta esemplificativo: infatti, la [Legge sulle zone di transito](#), adottata successivamente alle vicende del caso *Amuur*, prevede che i migranti irregolari presenti nelle zone di transito non sono autorizzati a fare accesso sul territorio: in caso di presentazione di istanza di protezione internazionale, il soggetto dovrà essere sottoposto ad accertamenti preliminari circa la fondatezza della sua istanza, che, se valutata positivamente, gli conferirà un diritto di permanenza sul territorio per tutta la durata della procedura ordinaria di asilo. Al contrario, una decisione di non ammissibilità comporta la permanenza in frontiera e il "respingimento immediato" del soggetto¹². Tutta la fase che riguarda la decisione di ammissibilità prevede che il soggetto sia automaticamente trattenuto presso tali

⁸ T. BASARAN, *Security, Law and Borders: At the Limits of Liberties*, London and New York, 2011; P. MAILLET, A. MOUNTZ, K. WILLIAMS, *Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Search and Rescue Region*, in *Social and Legal Studies*, 27 (2), 2018, pp. 142-163.

⁹ Cfr, P. MAILLET, *Op. cit.*

¹⁰ T. BASARAN, *Legal borders: the Waiting zones*, in J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (a cura di), *A Threat against Europe? Security, Migration, Integration*, Brussels, ASP 2011.

¹¹ *Ivi*, p. 50.

¹² Per una ricostruzione delle vicende francesi in merito, si veda P. MAILLET, *cit.*; M. ISERTE, *Enquête en «zone d'attente réservée» de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle: vers une gestion sécuritaire des «flux migratoires»*, in *Cultures et Conflits*, Vol. 71, Confinement des étrangers: Entre circulation et enfermement, 2008.

zone¹³, istituzionalizzando a livello legislativo un trattamento deteriore e differenziale per i migranti in frontiera, rispetto a quelli che si trovano invece sul territorio.

4. Il ricorso alla detenzione come strumento ordinario di gestione dei flussi migratori: l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo

Nel diritto dell'Unione, il trattenimento è ammesso in due casi: nelle more della procedura di richiesta della protezione internazionale e nell'ambito del procedimento di determinazione dello stato membro competente ai sensi dell'art. 28 del [Regolamento Dublino](#), insieme alle norme della direttiva rimpatri che però si applica quando vi sia una procedura di rimpatrio in atto, e dunque esula dall'oggetto di questo contributo. In via generale, come già esaminato, il diritto dell'Unione (art. 8 [Direttiva 2013/32/UE](#)) prevede il trattenimento come strumento marginale e di ultima istanza, nel rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e di ricorso alla misura solo ove non sia possibile ricorrere a strumenti meno coercitivi ([CGUE, sentenza del 15 marzo 2017, Al Chodor, C-528/15](#)).

Nell'ambito europeo, diverso è l'approccio della Corte Edu. Sebbene infatti la Corte applichi criteri simili sia circa la definizione del concetto di detenzione che nella determinazione della sua legalità e delle garanzie procedurali, notoriamente essa non ritiene applicabile il test di necessità nel caso in cui la misura rientri nell'ambito del paragrafo 5(1)f, e sia dunque finalizzata ad impedire l'ingresso irregolare di un soggetto sul territorio o all'organizzazione di una misura di espulsione¹⁴.

Nel quadro dell'articolo 5 CEDU, inoltre, la Corte ammette che la presenza fisica sul territorio non equivalga a quella legale: in [Saadi](#), la Corte ha infatti affermato che «*until a State has 'authorised' entry to the country, any entry is 'unauthorised' and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so, can be, without any distortion of language, to 'prevent his effecting an unauthorised entry'*». Tale distorsione si lega indirettamente alla questione del regime giuridico applicabile alle diverse categorie di individui: se infatti la Corte non ha mai mancato di affermare che la frontiera è parte della giurisdizione statale e ad essa si applica la legislazione dello Stato (si veda, [Corte Edu, sentenza del 13 febbraio 2020, N.D. e N.T. c. Spagna, ric.](#)

¹³ Prima della legge il trattenimento avveniva de facto. Con l'adozione della legge sulle zone di attesa, il trattenimento viene invece previsto ed applicato automaticamente a chiunque transiti in maniera irregolare attraverso le cd. zone di attesa francesi, Cfr. M. ISERTE, *Op. cit.*

¹⁴ Cfr, *ex multis*, V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi v UK: Why the "Unnecessary" Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 5, 2011.

[n. 8675/15 e 8697/15](#)), nonché le norme della CEDU, un trattamento deteriore dello straniero è pur sempre ammesso non già in virtù di una presunta giurisdizione graduata su alcune zone ma in ragione della irregolarità dello status dell'individuo all'atto dell'attraversamento della frontiera¹⁵. Tale trattamento differenziale è evidente proprio nell'applicazione dell'articolo 5 alle zone di transito¹⁶: come già accennato, infatti, il trattenimento non deve rispettare il criterio di necessità e, più nello specifico, è sufficiente, ai fini dell'applicazione della misura, che essa sia finalizzata a impedire l'ingresso irregolare dello straniero sul territorio.

5. Conclusioni

Questo breve contributo, relativo alla procedura di screening alla frontiera nel quadro del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo, problematizza la previsione della c.d. finzione di non ingresso unita al trattenimento dei migranti irregolari nelle more della procedura in questione. La procedura di screening si inserisce nel solco di diverse ambiguità del diritto dell'Unione, connaturate alla formulazione del codice frontiere Schengen e ai controlli alle frontiere esterne. La finzione di non ingresso e la correlata "detenibilità" dei migranti in frontiera rappresentano una declinazione delle strategie di "esternalizzazione" - dall'interno - dei flussi migratori già adottata da alcuni stati, di cui il caso francese rappresenta un compiuto esempio.

In buona sostanza, la logica della proposta di regolamento per uno screening alle frontiere sembra dunque quella di abbassare gli standard di protezione dei diritti fondamentali dei migranti alla frontiera, introducendo nel diritto dell'Unione la *fictio juris* di non ingresso e normalizzando il trattenimento dei migranti irregolari e richiedenti asilo alla frontiera.

APPROFONDIMENTI

Dottrina:

P. BAYENES, J. D. OTT, [Asylum Procedures at the border](#), European Implementation Assessment, Ex-Post Evaluation Unit, Study, PE 654.201, Novembre 2020.

¹⁵ Cfr. C. COSTELLO, M. M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, cit.

¹⁶ M. STARITA, *Recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *il foro italiano*, gli speciali, n. 3/2021.

T. BASARAN, *Security, Law, Borders: Spaces of Exclusion*, in *International Political Sociology*, 2/2008.

T. BASARAN, *Legal borders: the Waiting zones*, in J.P. BURGESS, S. GUTWIRTH (a cura di) *A Threat against Europe? Security, Migration, Integration*, Brussels, ASP 2011.

G. CAMPESI, *The EU Pact on Migration and Asylum and the Dangerous Multiplication of 'Anomalous Zones' For Migration Management*, in S. CARRERA, A. GEDDES (a cura di), *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights*, European University Institute, 2021.

E. CELORIA, *La normalizzazione della detenzione alle frontiere esterne dell'Unione nel nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2/2021.

G. CORNELISSE, [The Pact and Detention: An Empty Promise of 'certainty, clarity and decent conditions'](#), in *EU MigrationBlog*, 6 gennaio 2021.

C. CORNELISSE, M. MOUZOURAKIS, *EU Law and the Detainability of Asylum Seekers*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 35.

J. C. HATHAWAY, *The Emerging Politics of non-entrée*, in *Refugees*, vol. 91, 1992.

M. ISERTE, *Enquête en «zone d'attente réservée» de l'aéroport de Paris-Charles de Gaulle: vers une gestion sécuritaire des « flux migratoires »*, in *Cultures et Conflits, Confinement des étrangers: Entre circulation et enfermement*, Vol. 71, 2008.

L. JAKULEVIČIENĖ, [Re-decoration of existing practices? Proposed screening procedures at the EU external borders](#), in *Odysseus network blog*, 27 ottobre 2020.

A. LINDLEY, *Crisis and migration: critical perspectives*, London, 2014.

P. MAILLET, A. MOUNTZ, K. WILLIAMS, *Exclusion Through Imperio: Entanglements of Law and Geography in the Waiting Zone, Excised Territory and Search and Rescue Region*, in *Social and Legal Studies*, 27/2, 2018.

V. MORENO-LAX, *Beyond Saadi v UK: Why the "Unnecessary" Detention of Asylum Seekers is Inadmissible under EU Law*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 5, 2011.

M. STARITA, *Recenti orientamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritto e immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, in G. DE MARZO, F. PARISI (a cura di), *il foro italiano, gli speciali*, n. 3/2021.

Per citare questo contributo: F. RONDINE, *La finzione di non ingresso nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: detenzione sistematica ai confini dell'Europa?*, ADiM Blog, *Analisi & Opinioni*, gennaio 2022.