La “finzione di non ingresso”. Il diritto d’asilo al vaglio della Corte costituzionale

Silvia Bacci

1. Con ordinanza del 13 ottobre 2026 la Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell’Unione europea del Tribunale di Palermo ha sollevato d’ufficio una questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 5-*ter*, 5-*quater*, 5-*quinquies* del d.lgs. 142/2015, in riferimento agli articoli 2, 3 e 10 della Costituzione. Le disposizioni in esame disciplinano l’autorizzazione a risiedere in un luogo determinato rilasciata dal Prefetto competente al richiedente che sia sottoposto alla procedura di frontiera.

Il procedimento trae origine dal reclamo presentato da un cittadino egiziano richiedente protezione internazionale avverso il provvedimento con cui il Prefetto di Agrigento, preso atto della decisione del Presidente della Commissione territoriale di Palermo – Sezione Agrigento con cui era stato previsto l’esame della domanda di protezione internazionale con procedura accelerata di frontiera ai sensi degli artt. 43, 45 e 54 del regolamento (UE) 2024/1348, ha disposto l’autorizzazione a che il soggetto fosse autorizzato ai sensi dell’art. 5-*ter*, comma 2, del d.lgs. 142/2015, a risiedere esclusivamente presso un centro di accoglienza per la durata della procedura.

2. Con riguardo alla rilevanza della questione, il giudice del rinvio evidenzia che gli artt. 5-*ter*, 5-*quater*, 5-*quinquies* del d.lgs. 142/2015 rappresentano il fondamento normativo su cui si regge la posizione del richiedente, e pertanto l’eventuale declaratoria di incostituzionalità risulterebbe decisiva ai fini della definizione della controversia.

Quando alla non manifesta infondatezza, l’ordinanza sottolinea come le disposizioni del d.lgs. 142/2015, così come da ultimo modificate dal d.l. 100/2026, convertito nella legge 5 agosto 2026 n. 7, costituiscono il recepimento a livello interno dell’art. 9 della direttiva (UE) 2024/1346, dedicato alle restrizioni alla libertà di circolazione, il quale prevede al paragrafo 1 che, se necessario, gli Stati membri possono stabilire che un richiedente sia autorizzato a risiedere soltanto in un luogo specifico. Gli ordinamenti nazionali possono dunque scegliere se imporre tale obbligo e quali modalità adoperare nell’attuazione. L’art. 54 del Regolamento (UE) 2024/1348 prevede tuttavia che nei casi di esame della domanda con procedura di frontiera, lo Stato membro esige, ai sensi dell’art. 9 sopra menzionato,

come regola generale, l’obbligo di soggiornare in un luogo determinato, senza che ciò comporti un’autorizzazione all’ingresso o al soggiorno nel territorio di detto Stato membro. Questo ultimo passaggio dell’art. 54, par. 4, realizza il meccanismo della c.d. finzione di non ingresso che, secondo quanto ricordato dal giudice remittente, comporta che il richiedente asilo, pur fisicamente presente sul territorio italiano è, al tempo stesso, considerato come non entrato nello Stato membro «con conseguente separazione tra presenza materiale e ingresso giuridico» (sulla nozione in questione v., tra gli altri, F. Rondine, 2024; E. Olivito, 2026).

Il dubbio di costituzionalità nasce quindi dalla particolare condizione giuridica in cui si trova il richiedente che non sia formalmente considerato ammesso al territorio nazionale e che può soggiornare solo nei luoghi individuati dall’autorità amministrativa, eventualmente anche in zone lontane dal confine fisico dello Stato. Ciò, in virtù del D.M. 21 luglio 2026 che ha integrato il D.M. 5 agosto 2019 aggiungendo, tra le zone di frontiera o di transito deputate allo svolgimento delle procedure di frontiera, anche località dell’entroterra quali Bologna, Milano, Padova o Verona.

3. Al fine di motivare l’incompatibilità con l’art. 10, comma 3, Cost., l’ordinanza preliminarmente fornisce il quadro giurisprudenziale di riferimento, sottolineando l’evoluzione che ha caratterizzato il rapporto tra il diritto di asilo costituzionale e lo *status* di rifugiato disciplinato dalla Convenzione di Ginevra. Nelle sentenze delle Sezioni Unite n. 4674 del 1997 e n. 907 del 1999 si evidenziava una sostanziale differenza tra l’asilo costituzionale e il rifugio convenzionale derivante dalla maggior ampiezza della prima categoria rispetto alla seconda. Lo *status* di rifugiato presuppone l’esistenza di un fondato timore di persecuzione per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza a un determinato gruppo sociale o opinioni politiche, mentre l’art. 10, comma 3, Cost. riconosce il diritto di asilo a qualsiasi straniero al quale sia impedito nel proprio Paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione, senza richiedere una persecuzione o il fondato timore della stessa. Con la sentenza n. 25028 del 2005, la Cassazione ha ricostruito l’evoluzione normativa a partire dal D.L. 416/1989, considerando altresì il progressivo inserimento della disciplina nel quadro europeo d’asilo, arrivando ad

affermare un collegamento funzionale tra la categoria dell’asilo costituzionale e quella del rifugio convenzionale. Resta fermo, peraltro, il carattere precettivo dell’art. 10, comma 3, Cost., dal quale deriva un diritto soggettivo perfetto, direttamente azionabile e tutelabile dinanzi al giudice ordinario (in proposito v. B. Nascimbene, 2026). L’art. 10, comma 3, Cost., pertanto, istituisce il diritto dello straniero di accedere al territorio dello Stato, al fine di essere ammesso alle procedure di riconoscimento della protezione internazionale.

Il giudice del rinvio si è altresì avvalso di alcune ricostruzioni dottrinali – circostanza, questa, particolarmente significativa e del tutto inconsueta in un provvedimento giurisdizionale, anche per l’ampiezza dei passi riportati – per riaffermare che l’essenza dell’asilo costituzionale è rappresentata dalla pretesa di essere ammessi sul territorio (in tal senso, sebbene le fonti dottrinali – pur citate tra virgolette – non siano esplicitate nell’ordinanza, il riferimento sembra riconducibile a G. Silvestri, 2018). Si configura dunque un vero e proprio “diritto al territorio”, che può essere limitato solo ai sensi dell’art. 13, comma 3, Cost., e che implica il godimento delle garanzie costituzionali, delle libertà civili e dei diritti sociali. Inoltre, l’inciso «alle condizioni stabilite dalla legge» attribuisce al legislatore esclusivamente il potere di disciplinare le modalità di esercizio del diritto di asilo costituzionale, ma non di trasformarlo in una finzione di non ingresso, avendo i costituenti esplicitamente riconosciuto il diritto di asilo «nel territorio della Repubblica».

Nel caso di specie, il richiedente, autorizzato a risiedere solo in un luogo determinato ai sensi degli artt. 5-*ter*, 5-*quater* e 5-*quinquies* del d.lgs. 142/2015, è in una condizione di sospensione giuridica, tale per cui si trova fisicamente in Italia, ma non viene considerato come ammesso al territorio dello Stato, e risulta dunque privato di ogni garanzia connessa a tale accesso. Le disposizioni in esame realizzano la finzione di non ingresso e introducono dunque una disciplina che incide sulla dimensione del diritto di asilo ricostruito nei termini della pretesa di accesso al territorio dello Stato.

4. Il contrasto con l’art. 10, comma 3, Cost. rappresenta il presupposto per il dubbio di legittimità che il giudice del rinvio prospetta anche in riferimento all’art. 2 della Costituzione. La condizione del richiedente fisicamente assoggettato ai poteri dello Stato,

ma formalmente non ammesso al territorio, impedisce anche il godimento dei diritti inviolabili della persona. La norma costituzionale impone inoltre l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, dei quali il diritto di asilo costituisce una manifestazione primaria, come riconoscimento di una posizione soggettiva fondamentale della persona che nel proprio Paese non può esercitare le liberà democratiche che la Costituzione italiana garantisce. La finzione di non ingresso determina la prevalenza di una logica di controllo del richiedente sottoposto alla procedura di frontiera e obbligata a permanere in un luogo determinato, comportando la compressione della dignità della persona e l’attenuazione della dimensione solidaristica del diritto di asilo.

5. La disparità di trattamento tra i richiedenti sottoposti alla procedura di frontiera e quelli sottoposti alla procedura ordinaria o accelerata fonda poi il dubbio di legittimità rispetto all’art. 3 della Costituzione. Secondo il remittente, tali soggetti si trovano infatti nella medesima situazione sostanziale, ma ricevono un trattamento differenziato per il solo fatto di essere assoggettati a differenti procedure di esame della domanda di protezione internazionale. Questa distinzione non è soltanto formale e procedurale, ma comporta una compressione del complesso di garanzie che derivano dall’ammissione al territorio dello Stato, esclusa in questo caso dalla finzione di non ingresso, realizzando una irragionevole disparità di trattamento.

6. Nel complesso, l’ordinanza assume particolare rilievo anche perché sottopone per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale uno degli elementi caratterizzanti della nuova disciplina delle procedure di frontiera introdotta dal Patto europeo sulla migrazione e l’asilo: la finzione di non ingresso. La derivazione di tale meccanismo dalla normativa di diritto dell’Unione conduce, da ultimo, il giudice del rinvio a confrontarsi con il profilo dei controlimiti. Al riguardo, sottolinea come la finzione di non ingresso non rappresenti una scelta meramente interna del legislatore italiano, ma derivi direttamente dalla nuova disciplina introdotta dal Patto europeo sulla migrazione e l’asilo, e rappresenti un elemento centrale della procedura di frontiera (sull’attuazione del Patto e le implicazioni sul Sistema comune di asilo v. A. Di Pascale, 2026). Nella prospettiva dei controlimiti, viene quindi in dubbio la compatibilità della normativa dell’Unione europea, come recepita

nell’ordinamento nazionale, e il contenuto essenziale del diritto di asilo «nel territorio della Repubblica», garantito dall’art. 10, comma 3, della Costituzione. Questa disposizione può operare come limite rispetto a una disciplina che si serva della finzione di non ingresso per non ammettere formalmente il richiedente nel territorio dello Stato, comprimendo le garanzie e i diritti che deriverebbero dalla sua presenza nello stesso.

7. Pur apparendo complessivamente ben argomentati i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal giudice del rinvio, vi sono alcuni ulteriori profili che avrebbero potuto essere presi in considerazione. Occorre sottolineare che, accanto alle norme costituzionali individuate dal giudice del rinvio, le disposizioni del d.lgs. 142/2015 manifestano profili di incompatibilità anche rispetto ad alcuni diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, come il diritto alla libertà, il diritto di asilo e il diritto a un ricorso effettivo. Secondo la dottrina del c.d. “tono costituzionale” (sulla nozione di “tono costituzionale” e sul tema del concorso di rimedi v., tra gli altri, C. Amalfitano, 2025; R. Mastroianni, 2025; P. De Pasquale, 2026) il giudice avrebbe potuto interrogare la Corte anche sulla compatibilità della disciplina italiana con la Carta, prospettandone l’illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

Inoltre, proprio in considerazione del fatto che la finzione di non ingresso trova fondamento nella disciplina di diritto dell’Unione, il giudice avrebbe potuto sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull’interpretazione o sulla validità delle disposizioni che la prevedono. Ad ogni modo, rimane ferma la possibilità per la Corte costituzionale, laddove non ritenga la questione inammissibile, di sollevare di propria iniziativa il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Ciò consentirebbe di stabilire la portata – ed eventualmente la validità – delle nuove disposizioni del Patto relative alla finzione di non ingresso, garantendo una soluzione uniforme a livello dell’Unione