

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



RESPINGIMENTI “SOMMARI” ALLA FRONTIERA E MIGRANTI “DISOBBEDIENTI”: DALLA CORTE DI STRASBURGO UN *OVERRULING* INASPETTATO NEL CASO *ND E NT C. SPAGNA*

Lorenzo Bernardini

Abstract

[“Hasty” push-backs at the border and “reluctant” migrants: an unpredicted overruling in the *ND and NT v. Spain* case from ECtHR] This paper aims to analyse whether a recent decision of the ECtHR concerning hasty push-backs at the border of Mellila against irregular migrants may breach the fundamental guarantees enshrined in the ECHR. In particular, the main ECHR legal framework *vis-à-vis* “collective expulsions” and “effective remedy” will be outlined, in order to understand how the Court might have overruled its well-established case-law on the matter. Whilst the Court sets forth some crucial statements regarding the intangibility of international obligations, this decision looks as if it nonetheless could allow dangerous practices to be implemented by borders authorities, namely the possibility to expel foreigners without providing them with an effective and individualised exam upon their status, due to their blameworthy conduct.

Key Words:

Collective expulsions, principle of non-refoulement, effective remedy

Vol. 7 (2020)





Respingimenti “sommari” alla frontiera e migranti “disobbedienti”: dalla Corte di Strasburgo un *overruling* inaspettato nel caso *ND e NT c. Spagna***

Lorenzo Bernardini *

1. È di poche settimane fa la notizia che, con la sentenza in epigrafe, la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo – operando un deciso *revirement* della decisione assunta in primo grado dalla terza sezione dello stesso tribunale¹ – ha ritenuto che le operazioni dei c.d. “respingimenti a caldo” (*bot returns* o *devoluciones en caliente*) poste in essere dal Regno di Spagna nei confronti dei migranti che tentino di accedere al territorio dell'*exclave* di Melilla² non violassero le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito «Convenzione»). In estrema sintesi, la Corte ha ritenuto che tali forme di respingimento non possano essere qualificate come «espulsioni collettive», ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione (di seguito «Art. 4 Prot. 4»); ha inoltre respinto le doglianze dei ricorrenti in merito alla mancanza di un rimedio effettivo da esperire contro il rimpatrio coattivo ai sensi dell'art. 13 della Convenzione.

** Nota a margine di Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, sent. 13 febbraio 2020, N.D. e N.T. c. Spagna, ricc. 8675/15 e 8697/15.

* Lorenzo Bernardini è Dottorando di ricerca in *Global Studies* presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. È attualmente *Visiting PhD Student/Chercheur invité* presso la *Faculté de Droit, d'Économie et de Finance* dell'Università di Lussemburgo.

Indirizzo mail: l.bernardini2@campus.uniurb.it

¹ Corte e.d.u., sez. III, sent. 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. 8675/15 e 8697/15.

² Melilla è una città autonoma spagnola situata sulla costa nord-occidentale dell'Africa, al confine con il Marocco che da sempre ne rivendica la sovranità. Ha una superficie di 12,3 km², e ad oggi rappresenta una delle due *exclaves* spagnole nell'Africa continentale (l'altra *exclave* è la città autonoma di Ceuta, situata di fronte allo Stretto di Gibilterra). L'insediamento costituisce, pertanto, parte integrante del territorio dell'Unione europea.

2. Questi i fatti oggetto di causa. I due ricorrenti, dopo essere stati detenuti nel campo di Gurungu (Marocco), avevano tentato di entrare illecitamente a Melilla scalando le recinzioni (*fences*) a protezione del territorio spagnolo³. Gli stessi, parte di un gruppo originario di circa seicento migranti subsahariani, erano riusciti ad eludere la sorveglianza della polizia marocchina, superare la recinzione esterna (*outer fence*) e raggiungere la cima della (terza) recinzione interna (*inner fence*). La *Guardia Civil* presente nei pressi delle barriere⁴, dopo averli aiutati a scendere dalla parte spagnola, e non appena i due ricorrenti «tocca[vano] il terreno» (§ 25), li aveva arrestati, provvedendo immediatamente a consegnarli alle autorità marocchine, senza alcuna procedura di identificazione o notifica di una decisione formale⁵.

Dopo alcuni mesi, in date diverse, i ricorrenti riuscivano a entrare nel territorio spagnolo scavalcando le recinzioni. Entrambi, al termine di un procedimento amministrativo, ricevevano un ordine di espulsione, contro il quale presentavano appello (*recurso de alzada*); pertanto venivano trasferiti in un *Centro de Internamiento de Extranjeros* (CEI) spagnolo⁶.

Contestualmente, uno dei due ricorrenti aveva presentato richiesta per il riconoscimento della protezione internazionale che veniva respinta, così come la richiesta di revisione della decisione e il successivo ricorso esperito innanzi la competente corte amministrativa. Di conseguenza, il ricorrente veniva rimpatriato e il suo appello contro l'ordine di espulsione, nel contempo, era stato dichiarato inammissibile (§§ 28-29).

L'altro ricorrente non presentava alcuna richiesta di protezione internazionale mentre il suo ricorso amministrativo contro l'espulsione subiva un rigetto. Lo stesso veniva rilasciato dopo sessanta giorni di detenzione – il periodo massimo previsto in Spagna per

³ Si tratta di «tre barriere successive lunghe 13 km e di forma leggermente concava, che si stagliano su due livelli diversi fino a raggiungere i 6 metri di altezza» circondate da un «s sofisticato sistema di videocamere di sorveglianza ad infrarossi e di sensori di movimento. Le barriere sono integrate da alcune porte di sicurezza che consentono il passaggio delle guardie di frontiera da un versante all'altro del valico» (L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2018, n. 1, p. 199). A proposito del carattere securitario – se non addirittura “paramilitare” – di tali forme di «difesa del territorio» dalla “minaccia migrante” v. G. CIMADOMO-P. MARTÍNEZ-PONCE, *Ceuta and Melilla Fences: A defensive System?*, in M. NARULA et alii (a cura di), *Sarai Reader 06: Turbulence*, Center for the Study of Development Societies, 2006, p. 336 ss.

⁴ Come è noto la *Guardia Civil* è una forza di polizia spagnola strutturata secondo una gerarchia di tipo militare, che si occupa, per ciò che qui interessa, del controllo dei confini nazionali, svolgendo compiti di polizia di frontiera. Sulla presenza ed il ruolo della *Guardia Civil* nei territori di Ceuta e Melilla v. N. DE GENOVA, *The Borders of “Europe”: Autonomy of Migration, Tactics of Bordering*, Duke University Press, 2017, p. 71 e, con riferimento all'approccio “misto” (securitario/umanitario) adottato da questo corpo di polizia nelle varie operazioni sponsorizzate dall'Unione europea, pp. 76-78.

⁵ Tale pratica di respingimento “immediato” è stata istituzionalizzata nell'ordinamento spagnolo solo a seguito della *Ley Organica* n. 4/2015, che ha introdotto il decimo emendamento alla precedente *Ley Organica* n. 4/2000 (Legge sui diritti e le libertà degli stranieri in Spagna e sulla loro integrazione sociale, c.d. “LOEX”), stabilendo un regime normativo speciale per il respingimento e successivo rimpatrio coattivo dei migranti a Ceuta e Melilla (§ 33). In particolare viene previsto che «gli stranieri che tentano di penetrare nelle strutture di contenimento della frontiera per attraversare il confine in modo non autorizzato, e la cui presenza è rilevata all'interno delle linee di demarcazione territoriale di Ceuta o Melilla, possono essere rimpatriati per impedire il loro ingresso illegale in Spagna» (X emendamento, primo comma), fermo restando che tali rimpatri debbano avvenire «nel rispetto delle norme internazionali in materia di diritti umani e di protezione internazionale riconosciute dalla Spagna» (X emendamento, secondo comma).

⁶ Per un'analisi del sistema spagnolo dei centri di detenzione per i migranti si v. il *report* di M. GONZÁLES-BEILFUSS, *Los Cie: una realidad controvertida y compleja*, in *Anuario CIDOB de la inmigración*, 2017, p. 300 ss.

il trattenimento degli stranieri espellendi⁷ – ed attualmente, secondo quanto risulta alla Corte, vive in Spagna (§ 30).

3. Dopo aver rigettato nel merito, all'unanimità, due questioni pregiudiziali (di cui una esaminata *ex officio*⁸ e l'altra proposta dal Governo spagnolo⁹), la *Grande Chambre* ha analizzato la questione preliminare – già affrontata nella fase processuale precedente – della sussistenza della giurisdizione in capo alla stessa, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione. Si tratta, come è immaginabile, di un passaggio fondamentale della decisione, tanto che ha indotto il Governo spagnolo a presentare nuovamente le censure già manifestate durante il giudizio di primo grado.

In particolare, l'esecutivo ha insistito nel negare che il giudice di Strasburgo potesse conoscere dei fatti oggetto di causa, in quanto i due ricorrenti non sarebbero mai entrati effettivamente nel territorio spagnolo: gli stessi, secondo il ragionamento del Governo, sono stati immediatamente respinti alla frontiera e non sono riusciti ad oltrepassare completamente né le barriere di protezione, né la “linea di polizia” presente a tutela dell'integrità dei confini. A ben vedere, i due stranieri sono riusciti a scendere dalla terza recinzione protettiva solamente con l'aiuto dei militari (e non con le loro forze) che li hanno subito scortati nel territorio del Marocco¹⁰. Pertanto, gli accadimenti del 2014 non ricadrebbero *ipso iure* sotto la giurisdizione del tribunale del Consiglio d'Europa (§§ 91-92).

Già in primo grado il giudice di Strasburgo aveva ritenuto pienamente sussistente la propria giurisdizione sul caso, non ritenendo rilevante stabilire se il confine tra Melilla e il Marocco fosse territorio spagnolo. Invero, sia pur ammettendo che i ricorrenti non avessero effettivamente superato il contingente militare presente al confine spagnolo, è assunto non contestato che gli stessi, una volta scesi dalla terza barriera, fossero *de facto* sotto il controllo esclusivo (*overall control*) delle autorità spagnole¹¹. Tale circostanza confermerebbe già di per sé la potestà giurisdizionale – e quindi la responsabilità ai sensi

⁷ Sulla normativa spagnola in tema di detenzione amministrativa degli stranieri si segnala il contributo, compendiato da un'analisi statistica, di M. GONZÁLES-BEILFUSS, *Detention for the purpose of removal in Spain. Empirical and socio-legal approach to its functioning*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2017, n. 2, p. 535 ss.

⁸ La prima delle due questioni concerneva la persistenza dell'interesse nel procedimento innanzi alla Corte in capo ai due ricorrenti, su cui il collegio si esprime favorevolmente (§§ 69-79), basando tale convincimento sulla circostanza che, anche qualora – in via del tutto ipotetica – essi avessero perso interesse nella definizione della causa (nonché i contatti con i propri procuratori legali), la stessa avrebbe comunque dovuto proseguire ai sensi dell'art. 37 della Convenzione, in quanto «vi sono importanti questioni rilevanti, con particolare riferimento all'interpretazione della disposizione di cui all'art. 4 del Protocollo n. 4 [della Convenzione]» (§ 78).

⁹ La seconda questione, ben più pregnante, riguardava l'accertamento della prova che i due ricorrenti fossero effettivamente presenti nel gruppo di migranti che prese parte agli eventi del 13 agosto 2014. La Corte ha buon gioco nel respingere tale eccezione, basandosi sulla documentazione fotografica e video prodotta dalle parti (§ 86) e sulla precisione e coerenza logica intrinseca delle dichiarazioni dei ricorrenti, peraltro confermate dai *report* delle organizzazioni umanitarie e internazionali presenti al confine tra Melilla e il Marocco in quella data (§§ 82-86).

¹⁰ Il governo sostiene, nello specifico, che «la Spagna ha limitato la sua “giurisdizione”, che inizia (...) nel punto in cui i migranti hanno attraversato *tutte e tre* le barriere comprendenti il sistema di controllo dei confini, e la *linea di polizia* (...) solo a questo punto la Spagna è tenuta agli obblighi statuiti dalla Convenzione ad identificare le persone interessate e alle garanzie processuali applicabili alle procedure di espulsione» (§ 91, corsivo aggiunto). Nel caso di specie, pertanto, la “linea di polizia” non sarebbe stata effettivamente superata dai ricorrenti, che infatti venivano subito accompagnati coattivamente al confine con il Marocco.

¹¹ Corte e.d.u., sez. III, sent. 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., § 54.

dell'art. 1 della Convenzione¹² – dello Stato coinvolto. Infatti, per giurisprudenza consolidata della Corte, il concetto di “giurisdizione” viene in rilievo *ex se* all'interno del territorio dello Stato, ove il potere coercitivo è esercitato *naturaliter*¹³, ma ben può sussistere in tutti quei casi in cui un singolo agisca in nome dello Stato ma al di fuori del suo territorio (ad es. per attuare respingimenti immediati nei pressi dei confini nazionali)¹⁴.

Muovendo da questi condivisibili presupposti, la *Grande Chambre* ha ampliato l'ambito della questione. È pur vero, come sostiene il Governo spagnolo, che i confini esterni dell'area Schengen – tra cui è annoverabile quello di Melilla – sono sottoposti, da tempo, a forti pressioni dovute al flusso eccezionale di migranti e richiedenti asilo¹⁵, ma tale circostanza non può (e non deve) comportare, a prescindere da un'analisi del caso concreto, una limitazione della giurisdizione-responsabilità dello Stato parte della Convenzione. Nella vicenda di specie non è dimostrato che tale situazione emergenziale abbia impedito al Governo spagnolo di esercitare il proprio potere coercitivo (*full authority*) sul territorio di confine (§ 107), né – in alcun caso – sarebbe consentita agli Stati la creazione di una «zona senza diritto» (*area outside the law*) alle loro frontiere a causa dell'afflusso massiccio di migranti (§ 110).

Così argomentando la Corte ha ribadito con forza la propria competenza a decidere sulle vicende rappresentate dai ricorrenti, escludendo in radice qualsiasi tentativo di sviamento “artificiale” della propria giurisdizione causato dalle ben note criticità presenti nei confini esterni dell'area Schengen, contestualmente riaffermando il consolidato criterio del controllo esclusivo¹⁶.

4. Pur con qualche inserto originale, la Corte ha confermato sostanzialmente le decisioni assunte in primo grado dalla terza sezione in merito alla “cornice” preliminare delle questioni sottoposte al suo giudizio. Ma è con riferimento alle doglianze dei ricorrenti che la *Grande Chambre* ha operato un vero e proprio *overruling*, non riconoscendo – come invece

¹² L'intima connessione tra “giurisdizione” e “responsabilità” è ormai un assunto pacifico nella giurisprudenza della Corte. Tra le varie decisioni sul tema v. Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 8 luglio 2004, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, ric. 48787/99, § 311.

¹³ Sulle nozioni di “territorio” e “giurisdizione” v. più diffusamente Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*, ric. 71503/01, § 139. È stato efficacemente scritto che «uno Stato si assume la responsabilità per una violazione della Convenzione solo se tale presunta violazione può essere [effettivamente] imputata ad esso» (così A. ORAKHELASHVILI, *Assanidze v. Georgia*, in *Am. J. Int. Law*, 2005, vol. 99, n. 1, p. 224).

¹⁴ Ovviamente, l'esercizio c.d. esterno della giurisdizione – che viene perciò a configurarsi al fuori del territorio nazionale – rappresenta pur sempre un'eccezione al principio (generale) di territorialità dell'esercizio del potere coercitivo statale. Sul punto v. *ex multis* Corte e.d.u., *Grande Chambre*, dec. 12 dicembre 2001, *Banković e altri c. Belgio e altri*, ric. 52207/99, § 67: «conformemente alla nozione essenzialmente territoriale di competenza giurisdizionale, la Corte ha accettato *solo in circostanze eccezionali* che gli atti degli Stati contraenti compiuti o aventi effetti *al di fuori del loro territorio* possano essere considerati come l'esercizio da parte loro della competenza giurisdizionale ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione» (corsivo aggiunto). Sulla notevole influenza di tale decisione nella giurisprudenza successiva v. *inter alia* il contributo di C. RYNGAERT, *Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *Utrecht J. Int. Eur. Law*, 2012, n. 74, p. 58 ss.

¹⁵ Si tratta, invero, di una contingenza già ben conosciuta dalla Corte di Strasburgo. V. *inter alia* Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ric. 30696/09, § 223; Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. 27765/09, §§ 122 e 176; Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 15 dicembre 2016, *Kblajfi e altri c. Italia*, ric. 16483/12, § 178.

¹⁶ Sul punto v. R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, in www.strasbourgobserver.com, 25 febbraio 2020.

era stato accertato in primo grado – né la violazione dell’art. 4 Prot. 4 sull’espulsione collettiva subita dai due migranti, né la violazione dell’art. 13 della Convenzione in combinato disposto con l’art. 4 appena citato con riferimento al *vulnus* di un rimedio effettivo contro il loro rimpatrio immediato in Marocco.

Sulla prima questione, i ricorrenti si limitano a censurare l’operato dello Stato spagnolo che ha realizzato il loro respingimento immediato senza esperire un esame individuale (*individual assessment*) del loro *status*, in mancanza di una procedura formalizzata e della necessaria assistenza legale nei loro confronti. Tale modalità operativa costituirebbe, secondo i due stranieri, una *policy* sistematica di respingimenti illegittimi, attuata dalle autorità spagnole; respingimenti che avvengono in assenza di qualsivoglia identificazione e dunque in violazione del divieto di espulsioni collettive (§ 123)¹⁷.

Confermando il rilievo per cui il termine “*expulsion*” è da intendersi in senso lato come qualsiasi atto o comportamento formale dello Stato che costringe uno straniero a lasciare il territorio (§ 191)¹⁸, e ribadendo che gli Stati hanno il diritto sovrano di gestire e controllare le loro frontiere (§ 167)¹⁹, la Corte statuisce perentoriamente che ciò non può rendere – in alcun caso – inoperanti e inefficaci i principi scolpiti all’interno della Convenzione, tra cui spicca, per ciò che qui rileva, l’art. 4 Prot. 4 sul divieto di espulsioni collettive che ricalca le disposizioni di cui all’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sul principio di *non-refoulement* (§ 171)²⁰.

Il punto centrale nell’analisi del merito della vicenda verte però, lo si è accennato, sul carattere “collettivo” del rimpatrio forzato subito dai ricorrenti, che sussiste al verificarsi di due presupposti: uno di tipo, per così dire, “oggettivo”, l’altro di tipo “sogettivo”.

¹⁷ È pur vero che si tratta di respingimenti, e non di espulsioni come vorrebbe la lettera dell’art. 4 Prot. 4 («Le *expulsioni* collettive sono proibite», corsivo aggiunto). È altrettanto vero, però, che la Corte di Strasburgo aveva in precedenza stabilito che l’allontanamento degli stranieri a seguito di operazioni marittime di difesa dei confini potesse ben ricadere nell’ambito dell’art. 4 Prot. 4 (ad es. v. Corte e.d.u., *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., § 180). Ciò che importa, si argomentava in primo grado, è l’azione di coercizione posta in essere sullo straniero per condurlo materialmente al di fuori del territorio nazionale, a nulla rilevando che lo stesso fosse già presente sul territorio (e poi successivamente espulso) o fosse stato respinto *de plano* alla frontiera. Si tratta senza dubbio di un’interpretazione estensiva della lettera dell’art. 4 Prot. 4 (v. Corte e.d.u., *Kblajfia e altri c. Italia*, cit., § 243), tuttavia coerente con gli scopi della Convenzione. Di «interpretazione “dinamica” (o “evolutiva”)» della C.e.d.u. sul tema parla D. RIETIKER, *Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times*, in *Suffolk Transnat’l L. Rev.*, 2016, vol. 39, n. 3, p. 673.

¹⁸ La Corte sostiene – in linea con la sua precedente giurisprudenza (cfr. nota 17) – che il termine “espulsione” ricomprende la totalità delle procedure nazionali di “non ammissione” dello straniero (*any forcible removal of an alien from a State’s territory*), senza considerare la legalità (*lawfulness*) del soggiorno del migrante, il luogo ove lo stesso è stato ristretto della propria libertà per essere allontanato dal territorio dello Stato o il tempo trascorso al suo interno (§ 185). Questi principi si applicano, indistintamente, ai rifugiati e ai richiedenti asilo, ma anche agli stranieri irregolari presenti sul territorio, come nel caso di specie (§§ 190-191). Ne deriva che ai sensi dell’art. 4 Prot. 4 devono intendersi tassativamente vietati nell’ordinamento convenzionale sia il *respingimento* (ossia l’impedimento che lo Stato oppone al migrante per ostacolare il suo ingresso) che l’*espulsione* (ossia la procedura di allontanamento dello straniero già presente sul territorio) di carattere “collettivo”, ossia che abbiano ad oggetto un gruppo di stranieri di cui non viene svolto un esame individuale in merito alla possibilità di richiedere la protezione internazionale.

¹⁹ Per tutti v. Corte e.d.u., *Grande Chambre*, sent. 27 maggio 2008, *N. c. Regno Unito*, ric. 26565/05, § 30: «secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, in base alle norme del diritto internazionale universalmente riconosciute e fatti salvi gli obblighi derivanti dalla Convenzione, gli Stati contraenti hanno il diritto di controllare l’ingresso, il soggiorno e l’allontanamento degli stranieri».

²⁰ Sul tema v. E. HAMDAN, *The Principle of Non-Refoulement under the ECHR and the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Brill–Nijhoff, 2016, p. 9 ss.

Il primo requisito concerne, com'è ovvio, la corrispondenza della condotta tenuta dallo Stato alla fattispecie prevista dalla norma convenzionale. Su tale giudizio di simmetria normativa non paiono esservi particolari criticità. L'art. 4 Prot. 4 – nell'interpretazione fatta propria dalla Corte nei (in verità non molti) casi in cui si è lamentata una violazione del divieto di espulsioni collettive – proibisce severamente qualsiasi misura che costringa gli stranieri, come gruppo (*as a group*), a lasciare un paese, salvo la stessa sia adottata sulla base di un esame ragionevole e obiettivo del caso specifico di ogni singolo straniero del gruppo²¹. Pertanto, qualora non si sia svolto un esame *ad hoc* delle circostanze personali dei ricorrenti e questi non siano stati posti nella condizione di poter rappresentare le proprie doglianze alle autorità competenti (in particolare, il rischio che il rimpatrio esponga gli stessi a trattamenti disumani e degradanti in violazione dell'art. 3 della Convenzione e del principio di *non-refoulement*), non vi è dubbio che l'espulsione disposta dallo Stato coinvolto violi il divieto previsto dalla Convenzione.

Ed è qui che viene in rilievo il secondo requisito, che si sostanzia nel comportamento tenuto dagli stranieri che siano soggetti a procedure di espulsione collettiva *ex art. 4 Prot. 4*: a tal proposito la Corte ha stabilito che non si potrà accordare la protezione convenzionale qualora la mancanza di una decisione di espulsione individuale a carico del singolo sia ascrivibile alla sua condotta negligente (§ 200). Questo principio può essere applicato al caso di un gruppo di stranieri che abbia attraversato il confine illegalmente, approfittando della situazione caotica (e persino pericolosa) creatasi nelle zone di frontiera (§ 201).

Venendo al *thema decidendum*, il sindacato della Corte – al fine di stabilire la correttezza o meno del comportamento dei ricorrenti – deve *in primis* (a) verificare la presenza di specifiche aree ove sarebbe stato possibile accedere a Melilla in maniera regolare; (b) solo in seguito, e qualora si accerti la presenza e il funzionamento effettivo di tali zone di accesso, si dovranno indagare le cause, verosimilmente attribuibili allo Stato spagnolo, per le quali gli stranieri hanno scelto di non usufruirne, così potendo escludere una loro “condotta colpevole” (*culpable conduct*) (§ 208).

Sul primo punto, la Corte è netta. Le autorità spagnole – secondo quanto risulta dai *report* ufficiali del commissariato di polizia di Melilla – hanno predisposto nella zona un sistema di procedure d'ingresso effettivamente disponibili ed accessibili: in particolare, la possibilità di presentare una domanda d'asilo dal lato marocchino del valico di frontiera di Melilla o presso le rappresentanze consolari spagnole in Marocco viene ritenuta indice rilevante per la sussistenza concreta di un insieme di “vie legali” per accedere al territorio spagnolo (§ 212-217)²².

Sulle effettive ragioni (*cogent reasons*) che avrebbero indotto i due ricorrenti a non avvalersi delle procedure legali a loro disposizione, la decisione del tribunale di Strasburgo manifesta la sua massima distanza con quanto statuito in primo grado. Infatti, dal

²¹ Il *leading case* in materia è Corte e.d.u., sez. I, dec. 23 febbraio 1999, *Andric c. Svezia*, ric. 45917/99, richiamata da Corte e.d.u., sez. III, sent. 5 febbraio 2002, *Čonka c. Belgio*, ric. 51564/99, § 59. Si v., in tempi più recenti, anche Corte e.d.u., sez. V, dec. 7 marzo 2009, *Gbulami c. Francia*, ric. 45302/05. Sulla necessità di un approccio *case-by-case* nella verifica del requisito oggettivo dell'espulsione collettiva, si v. Corte e.d.u., sent. 15 dicembre 2016, *Kblajija e altri c. Italia*, cit., § 238.

²² Sul punto v. *contra* l'opinione del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, esposta oralmente all'udienza del 26 settembre 2018, che – riportando le relazioni dettagliate del Garante dei diritti spagnolo (*Defensor del Pueblo*) – rappresenta alla Corte il contesto estremamente pericoloso della zona di frontiera, che rendeva (e rende tuttora) *de facto* impossibile l'accesso, per i migranti subsahariani, all'ufficio di Beni Enzar. L'intervento è disponibile, in lingua inglese, al seguente URL: www.bit.ly/2TFqZmb (PDF).

momento che l'art. 4 Prot. 4 non implica *ex se* un obbligo generale per gli Stati di portare sotto la propria giurisdizione le persone che chiedono protezione ai sensi della Convenzione (§ 221), la Corte ritiene che la circostanza per la quale le potenziali argomentazioni individuali dei ricorrenti non siano mai state presentate o esaminate dalle autorità competenti (e che, di conseguenza, non sia stata presa alcuna decisione individuale di allontanamento-espulsione), sia attribuibile direttamente alla condotta (dolosa) dei due stranieri²³. Gli stessi, invero, hanno approfittato dell'elevato numero di persone presenti al confine e dell'uso della forza da parte del gruppo di stranieri che tentava di superare le barriere di protezione, mettendo così in pericolo l'ordine pubblico e la sicurezza, scegliendo coscientemente – in altri termini – di non avvalersi delle procedure stabilite dalla legge spagnola, senza addurre alcuna giustificazione degna di essere valorizzata, secondo la Corte, nel “prisma” dei diritti garantiti dalla Convenzione. Ciò è sufficiente, in definitiva, perché lo Stato non sia obbligato ad «individualizzare ulteriormente»²⁴ le procedure di respingimento alla frontiera, senza che questo violi il divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 Prot. 4., fermi restando gli obblighi internazionali, in capo agli Stati, di proteggere i propri confini conformemente ai principi della Convenzione, ed in particolare il principio di *non-refoulement* (§ 232).

5. Al rigetto nel merito del primo motivo di doglianza si collega *ratione materiae* il successivo nucleo argomentativo svolto dalla Corte, laddove è chiamata a pronunciarsi sulla mancanza di un rimedio effettivo (*effective remedy*), a disposizione dei ricorrenti nel momento del respingimento alla frontiera, da esperire innanzi alle autorità nazionali, e che potesse – sia pur per un periodo di tempo limitato – sospendere la misura presa a loro carico (§§ 233-237)²⁵. Sul punto, la Corte ha buon gioco, riprendendo parte delle argomentazioni precedenti, nel negare una violazione dell'art. 13 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 4 Prot. 4: il presunto danno che i ricorrenti avrebbero subito dalla procedura di espulsione asseritamente “collettiva” è infatti stato provocato da loro stessi, che si sono «posti autonomamente in un contesto di illegalità» (§ 241). In altre

²³ Sulla “soglia” di dolo o colpa da superare per esimere le autorità nazionali dalla responsabilità per espulsioni collettive, la Corte non è riuscita (ancora) ad elaborare uno *standard* condiviso su cui incentrare la propria giurisprudenza, ritenendo di dover assolvere quegli Stati che dimostrino di aver quantomeno tentato di evitare il mancato accertamento delle situazioni dei migranti coinvolti. Per fare un solo esempio di tale incertezza, si può richiamare Corte e.d.u., sez. II, dec. 1° febbraio 2011, *Dritsas e altri c. Italia*, ric. 2344/02, con cui la Corte aveva dichiarato irricevibile il ricorso di alcuni cittadini greci (tra i quali figurava anche Alexis Tsipras, futuro primo ministro ellenico) che – facenti parte di un gruppo più ampio di stranieri – si erano imbarcati da Patrasso ed erano giunti al porto di Ancona, ma erano stati tutti immediatamente respinti dalla polizia, senza provvedimenti singolarmente riferibili a ciascuno. In quell'occasione, la Corte ha stabilito che «ammesso anche che i ricorrenti [avessero] esibito i loro documenti di identità alla polizia in un primo momento (...) i manifestanti del gruppo di cui facevano parte i ricorrenti, tuttavia, non hanno fatto lo stesso in seguito». In tale circostanza si era stabilito che «l'assenza di provvedimenti individuali di respingimento nei confronti dei ricorrenti non può in alcun caso essere imputata al governo convenuto».

²⁴ L'espressione è di R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, cit., che richiama nello specifico i §§ 201, 230 e 231 della decisione in commento.

²⁵ Sul concetto di «rimedio effettivo» delineato dalla giurisprudenza della C.e.d.u., v. *inter alia* H. RUSSELL, *The Use of Force and Article 2 of the ECHR in Light of European Conflict*, Bloomsbury Publishing, 2017, p. 155 ss., laddove l'A. lo definisce opportunamente un principio «contesto-dipendente», vista la varietà di applicazioni che lo stesso ha avuto negli anni con riferimento a diverse garanzie previste della Convenzione (ad es. diritto alla vita, diritto alla libertà di pensiero, divieto di espulsioni collettive, diritto alla libertà religiosa).

parole, il trattamento subito dagli stessi al confine è direttamente collegato alla loro condotta illecita; tale circostanza non permette agli stranieri di avere accesso ai ricorsi amministrativi previsti dalla legge spagnola per coloro i quali abbiano (invece) rispettato le procedure legali per accedere al territorio iberico (§§ 242-243)²⁶. Pertanto, non può essere censurata la mancanza di un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13 della Convenzione nel caso di respingimenti resisi necessari dalle condotte illegittime deliberatamente poste in essere dai migranti coinvolti.

6. Forse l'affermazione secondo cui la Corte di Strasburgo, a causa della decisione in commento, si trova «sotto attacco»²⁷ è eccessiva, ma si possono comprendere le forti perplessità manifestate da chi ha immediatamente rimarcato la incongruenza di questa sentenza con la giurisprudenza della stessa Corte in materia di asilo e diritti fondamentali²⁸.

Probabilmente, ciò che maggiormente “colpisce” di questo «pericoloso precedente»²⁹ è il ruolo che la Corte assegna alla condotta abusiva dei ricorrenti, tale da divenire *ex se* una sorta di “causa di giustificazione” atipica – in quanto non prevista esplicitamente dalla Convenzione, ma ricavata in via interpretativa dalla stessa C.e.d.u. – in favore delle autorità nazionali, che sembrerebbe rendere non censurabili (tutte) le condotte poste in essere dagli Stati, anche in violazione dei principi fondamentali protetti dal giudice di Strasburgo³⁰.

Nonostante vi sia chi ha tentato di “gettare acqua sul fuoco” sottolineando il particolare rigore con cui la Corte avrebbe delineato lo *standard* minimo per assolvere le autorità nazionali da eventuali violazioni della Convenzione³¹, la sensazione è di trovarsi di fronte ad una sentenza che mette in seria discussione quella «pietra angolare del regime giuridico internazionale per la protezione dei rifugiati»³²: il principio di *non-refoulement*. Non

²⁶ Sul punto la Corte è chiara nel sottolineare che il diritto spagnolo prevede delle impugnazioni per contestare i respingimenti al confine (§ 32 ss.), ma per esperirli è richiesto ai migranti di osservare le norme che regolano gli ingressi regolari in territorio iberico (tra le quali viene citato anche quanto previsto dal Regolamento UE 399/2016, c.d. Codice Frontiere Schengen). Ne consegue che in mancanza di questo *status* di legalità uno Stato non potrà essere ritenuto responsabile della violazione dell'art. 13 della Convenzione in combinato disposto con l'art. 4 Prot. 4.

²⁷ Così S. JONES, *European Court under fire for backing Spain's express deportations*, in *The Guardian*, 13 febbraio 2020.

²⁸ Questa è l'opinione di M. PICHL, “*Unlawful*” may not mean *rightless*, in www.verfassungblog.de, 14 febbraio 2020.

²⁹ V. il comunicato diffuso dal *Jesuit Refugee Service*, un'organizzazione internazionale di ispirazione cattolica che svolge attività di supporto, anche legale, per i rifugiati e i richiedenti asilo nel mondo. Il documento, del 14 febbraio 2020, è disponibile (in lingua inglese) al seguente URL: www.bit.ly/2VMcgZu.

³⁰ V. l'opinione critica di C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in www.verfassungblog.de, 14 febbraio 2020, secondo cui «l'argomentazione per la quale le persone che tentano di attraversare illegalmente la frontiera hanno altre opzioni per raggiungere la Spagna e accedere effettivamente a una procedura di protezione internazionale o di migrazione è un'affermazione tanto incoerente quanto falsa (perché altrimenti, per esempio, così tante persone rischierebbero la vita se una richiesta di asilo potesse essere presentata al valico ufficiale?)».

³¹ Questa è l'opinione di R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, cit., che sottolinea la difficoltà per gli Stati europei di riuscire a provare simultaneamente: (a) l'esistenza di una disposizione di legge che garantisca “vie legali” per l'ingresso nel territorio dello Stato; (b) l'assenza di giustificazioni da parte del migrante che non si è avvalso di tali modalità di ingresso; (c) una serie di circostanze aggravanti (quali l'uso della violenza, l'agire in gruppo) direttamente attribuibili allo straniero.

³² Così EU AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Scope of the principle of non-refoulement in contemporary border management: evolving areas of law*, in www.fra.europa.eu, 28 novembre 2016, p. 11.

appare peregrino, infatti, chiedersi come possa uno Stato membro del Consiglio d'Europa dimostrare di aver rispettato il divieto in parola senza aver preventivamente esperito un esame individuale, sia pur sommario, dello *status* di ciascuno straniero che tenti di entrare nel proprio territorio³³.

Né può sfuggire la circostanza che la giurisprudenza richiamata dalla *Grande Chambre* per rafforzare la propria argomentazione sulla (ir-)rilevanza della “condotta colpevole” degli stranieri (§ 200) risulti essere contraddittoria, riferendosi a vicende diverse fra loro ed in palese contrasto con le conclusioni raggiunte: (a) in un caso la Corte aveva escluso il carattere “collettivo” dell’espulsione subita da alcuni stranieri – previamente identificati, fotografati e trattenuti per un certo periodo di tempo in una struttura *ad hoc* – in ragione della mancata richiesta di protezione internazionale in tempo utile³⁴; (b) in un altro, la Corte aveva riconosciuto la violazione dell’art. 4 Prot. 4 ai danni di alcuni stranieri che, trovandosi a bordo di un gommone a trentacinque miglia marine da Lampedusa, avevano subito un respingimento in mare da parte della Guardia Costiera italiana, che li aveva caricati sulla propria imbarcazione e riportati a Tripoli, senza averli previamente identificati, né aver dato loro alcuna informazione sulla possibilità di chiedere asilo³⁵; (c) in altro ancora, l’espulsione di un gruppo di cittadini curdi (previamente identificati e collocati in una struttura di trattenimento), veniva ritenuta legittima dalla Corte ai sensi dell’art. 4 Prot. 4 poiché ciascun migrante aveva già in passato ricevuto il rigetto della propria domanda di protezione internazionale, e stava dunque soggiornando illegalmente sul territorio di Cipro³⁶. In tutte le decisioni richiamate il giudice convenzionale ha “assolto” gli Stati dall’accusa di aver posto in essere un’espulsione collettiva solo quando è stato possibile provare l’instaurarsi di un rapporto con gli stranieri coinvolti (ad es. per identificarli e prendere loro le impronte digitali). Nella vicenda che ci occupa, al contrario, ciò non è accaduto giacché i due ricorrenti – per il (solo) fatto di aver scavalcato le recinzioni protettive – sono stati accompagnati coattivamente alla frontiera, senza indugio, dai militari della *Guardia Civil*. Davvero arduo, dunque, sostenere che i ricorrenti abbiano avuto una possibilità «reale ed effettiva di invocare gli strumenti [per opporsi] alla

³³ Secondo M. PICHL, “*Unlawful*” may not mean *rightless*, cit., la decisione rappresenta una «enorme concessione [della C.e.d.u.] alle pressioni degli Stati nazionali» collocati ai confini esterni dello spazio Schengen, che, sin dal 2015, si trovano in una condizione emergenziale a causa dei massicci flussi migratori provenienti dall’Africa subsahariana.

³⁴ È la vicenda affrontata in Corte e.d.u., sent. 15 dicembre 2016, *Khlajfia e altri c. Italia*, cit.: in quella sede, infatti, una procedura di identificazione era già stata espletata, con contestuale catalogazione delle impronte digitali e fotografie degli stranieri. L’espulsione del gruppo di migranti, senza esame “individualizzante”, era avvenuta a seguito dell’incendio in un centro di detenzione per stranieri che aveva causato la perdita dei documenti degli stessi (§ 246). Inoltre, questi ultimi erano rimasti in Italia per circa dieci giorni, tempo più che sufficiente – secondo il giudice di Strasburgo – per presentare le proprie ragioni innanzi alle autorità competenti, data la presenza di personale qualificato (ad es. mediatori culturali) nella struttura di trattenimento. La Corte, dati questi presupposti, rigettava la presunta violazione del divieto di espulsioni collettive affermando: «(...) in sintesi, i richiedenti sono stati identificati in due occasioni, è stata accertata la loro nazionalità ed è stata loro offerta una reale ed effettiva possibilità di presentare argomentazioni contro la loro espulsione. Non vi è stata quindi alcuna violazione dell’articolo 4 del Protocollo n. 4» (§ 254, corsivo aggiunto).

³⁵ Il riferimento a Corte e.d.u., sent. 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit., § 185, laddove la Corte aveva sostenuto che «[fosse] indubbio che i ricorrenti [non fossero] stati oggetto di alcuna procedura di identificazione da parte delle autorità italiane, che si sono limitate a far salire tutti i migranti intercettati sulle navi militari e a sbarcarli sulle coste libiche» (corsivo aggiunto). Non sembra contestabile, considerando il tenore del testo, la piena congruenza tra i fatti qui descritti (e per cui la Corte ha rilevato una violazione dell’art. 4 Prot. 4) e quelli occorsi nella decisione che qui si commenta.

³⁶ Corte e.d.u., sez. IV, sent. 23 luglio 2013, *M.A. c. Cipro*, ric. 41872/10, §§ 252-255.

[propria] espulsione»³⁷, principio che non pare in assoluto derogabile, a meno di degradare l'intangibilità – riconosciuta a livello internazionale – del principio di *non-refoulement*.

Sebbene non sorretta da una solida base giurisprudenziale, l'idea che il comportamento illecito dei migranti possa “scriminare” la condotta negligente degli Stati³⁸ – concetto che sembra riecheggiare il risalente criterio del *versari in re illicita* – entra comunque a pieno titolo nella recente decisione della Corte di Strasburgo. Viene capovolto un canone consolidato che negava – in casi simili – un margine di discrezionalità sì elevato a favore delle autorità nazionali³⁹ nell'espulsione di gruppi di persone particolarmente vulnerabili, quali sono i migranti⁴⁰.

Forti dubbi permangono, inoltre, rispetto al vaglio che le autorità di frontiera dovrebbero operare sulla sussistenza delle valide ragioni (*cogent reasons*) che *a contrario* potrebbero, in astratto, giustificare il ricorso a “vie irregolari” di ingresso da parte dei migranti che tentino di attraversare la frontiera. L'interrogativo è di ordine pratico, ossia *come* riuscire ad accertare tale (in-)sussistenza senza avere, come è stato fatto nella vicenda in commento, alcun “contatto” con lo straniero diverso dalla forza fisica necessaria per respingerlo coattivamente alla frontiera⁴¹. Particolare preoccupazione ingenera la circostanza, avallata dalla Corte, per cui la valutazione sull'esistenza o meno delle *cogent reasons* – verosimilmente demandata *in toto* alla polizia di frontiera – sarà *de facto* insindacabile, con tutto ciò che consegue in termini di verifica effettiva e concreta del rispetto, da parte dei paesi membri del Consiglio d'Europa, dei diritti fondamentali degli stranieri⁴². Nondimeno, aderendo alle non condivisibili indicazioni fornite dalla Corte, non appare eccentrico immaginare che le autorità di frontiera di un dato Paese, nel futuro – dando per assodata l'esistenza di “vie legali” per l'ingresso nel proprio territorio –, possano porre in essere respingimenti sommari, sostenendo, senza timore di smentita, la sussistenza di una *culpable conduct* degli stranieri, magari bisognosi di protezione internazionale, che non abbiano rispettato pedissequamente le modalità previste dalla

³⁷ Ancora Corte e.d.u., sent. 15 dicembre 2016, *Kblajfia e altri c. Italia*, cit., § 248.

³⁸ Secondo M. PICHL, “*Unlawful*” may not mean *rightless*, cit., si tratta di una vera e propria «invenzione» della giurisprudenza C.e.d.u.

³⁹ V., ad es., la nota 33. Cfr. anche Corte e.d.u., sez. V, sent. 12 gennaio 2017, *Kebe e altri c. Ucraina*, ric. 12552/12, laddove si è accertata la violazione dell'art. 3 della Convenzione a seguito del comportamento negligente della polizia di frontiera ucraina che non ha fornito ai ricorrenti – un gruppo di cittadini etiopi ed eritrei – alcuna informazione sulle procedure di asilo in Ucraina, né hanno preso in considerazione il loro bisogno di protezione o assistenza internazionale (§§ 102-108). Pur non avendo ad oggetto l'art. 4 Prot. 4, è interessante notare che la prospettiva seguita dalla Corte sia quella di limitare il più possibile la discrezionalità degli Stati membri in ordine alle modalità con cui garantire la protezione internazionale agli stranieri, dovendosi sempre assicurare ai migranti una «*opportunità realistica ed effettiva* di chiedere il riconoscimento del diritto di asilo» (§ 104, corsivo aggiunto).

⁴⁰ Questo aspetto era già stato sottolineato, *inter alia*, da Corte e.d.u., sez. V, sent. 26 novembre 2015, *Mahamed Jama c. Malta*, ric. 10290/13, § 100.

⁴¹ Come fa notare R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, cit., si tratta di un punto rimasto «non chiaro» nell'argomentazione della sentenza.

⁴² Sembrerebbe trovarsi di fronte ad una *petitio principii*: quando lo straniero è colto nell'atto di attraversare illegalmente il confine (*unlawful situation*), la sola circostanza dell'esistenza di punti “ufficiali” di accesso al territorio dello Stato – che peraltro esistono *de iure* in tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa – varrebbe ad escludere *ex se* la rilevanza di qualsiasi ragione giustificativa, con buona pace del rispetto del principio di non respingimento. Non si comprende, infatti, *come e quando* tali *cogent reasons* potrebbero mai essere valutate dalla polizia di frontiera, se non durante un'analisi individuale ed effettiva dello *status* del migrante.

legislazione del Paese ospitante per l'ingresso nel territorio di quella nazione⁴³.

8. Pleonasticamente la Corte conclude, con una sorta di *excusatio non petita*, che «bisogna specificare che queste considerazioni non mettono in discussione il largo consenso all'interno della comunità internazionale sugli obblighi e la necessità degli Stati Contraenti di proteggere i loro confini (...) in modo da rispettare le garanzie della Convenzione, e in particolare il divieto di *non-refoulement*» (§ 232). Tale tentativo di bilanciare le naturali esigenze di protezione delle frontiere con l'imprescindibile necessità di rispettare i diritti fondamentali degli stranieri può ben essere preso come esempio dell'«approccio salomonico»⁴⁴ adottato dalla Corte europea di fronte alle questioni migratorie. Il risultato di tale contemperamento consiste in un *decisum* a tratti «paradossale»⁴⁵, vista la difficoltà (se non la oggettiva impossibilità) di tradurre tali esigenze – a livello astratto – in una serie di principi generali valevoli *pro futuro*, non ritenendo evidentemente più adeguata l'adozione di un più accorto *case-by-case approach*.

All'opposto, le conclusioni raggiunte in primo grado dalla terza sezione della Corte europea erano state considerate coerenti con il sistema di garanzie convenzionali, tanto che la dottrina aveva parlato di condivisibile «opposizione frontale [della Corte] a tale pratica [i respingimenti “a caldo”]»⁴⁶, salutando con favore una «posizione forte sul controllo dell'immigrazione»⁴⁷ da parte del tribunale del Consiglio d'Europa. Dichiarando la violazione sia dell'art. 4 Prot. 4 che dell'art. 13 della Convenzione, il giudice di Strasburgo aveva posto dei limiti precisi all'esercizio – da parte degli Stati sovrani – del diritto al controllo dei propri confini, tra cui la necessità di un esame effettivo delle condizioni degli stranieri da espellere al fine di evitare respingimenti sommari in Paesi ove i migranti potessero essere soggetti a trattamenti disumani e degradanti⁴⁸. Tali considerazioni apparivano così ortodosse con l'architettura delle garanzie convenzionali da far ritenere, improvvidamente, che fosse «difficile e poco plausibile che la Corte

⁴³ Rileva criticamente Vít NOVOTNÝ, *An EU migration policy revolution from the courts?*, in *EUobserver*, 4 marzo 2020, che «il principio di non respingimento non è stato concepito per facilitare le violazioni dei confini nazionali orchestrate dai trafficanti di migranti. Eppure, è così che la Corte di Strasburgo ha interpretato i trattati internazionali applicabili».

⁴⁴ L'espressione, di sicura efficacia, è di S. HRUSCHKA, *Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR*, in *www.eumigrationlawblog.eu*, 28 febbraio 2020. L'A. sostiene, però, che «le autorità spagnole devono comunque effettuare una procedura alla frontiera per determinare se una persona è un potenziale rifugiato o altrimenti bisognosa di protezione. I rimpatri a caldo sono consentiti solo nel caso di persone per le quali è chiaro che non hanno bisogno di protezione. Tuttavia, ciò può essere determinato solo in una valutazione individuale caso per caso, che deve essere effettuata *in loco*». Si tratta di auspici certamente condivisibili, ma come riconosciuto dall'A. stesso, assenti all'interno della sentenza della Corte.

⁴⁵ Così lo definisce il Giudice Koskelo nella sua *partly dissenting opinion* (p. 118 della sentenza in commento, § 36).

⁴⁶ J.A. GONZÁLES VEGA, *Non-refoulement at risk? Asylum's disconnection mechanisms in recent EU practice*, in S. CARRERA-J. SANTOS VARA-T. STRIK (a cura di), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 84.

⁴⁷ A. PIJNENBURG, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *Eur. J. Migr.*, 2018, n. 20, p. 407 s.

⁴⁸ Secondo L. IMBERT, *Refoulements sommaires: la CEDH trace la «frontière des droits» à Melilla*, in *Rev. Dr. Homme*, 2018, pp. 9-10, sarebbe auspicabile che «la Corte chiarisse il suo approccio alle espulsioni collettive e prendesse una posizione chiara non solo contro il respingimento sommario, ma anche contro il respingimento in seguito a una parvenza di procedura, indipendentemente dallo status dello straniero. In tal modo, la Convenzione garantirebbe la protezione di tutti gli stranieri, e non solo di quelli che hanno avuto l'effettiva possibilità di presentare una domanda d'asilo».

po[tesse] discostarsi da un siffatto orientamento»⁴⁹.

Malauguratamente, mutando completamente la propria prospettiva – e spostando il proprio *focus* dal giudizio sulla condotta dello Stato all’analisi del comportamento delle vittime⁵⁰ – la *Grande Chambre* lascia aperte molte domande sulla legittimità della disciplina dei respingimenti (sommari) dei migranti ai confini nazionali. Tenendo conto del «profondo impatto che questo verdetto potrà avere sul futuro delle politiche migratorie europee»⁵¹, ci si sarebbe aspettati un coraggioso passo avanti nella conferma della decisione di primo grado piuttosto che, come qualcuno ha scritto, assestare un «doloroso schiaffo»⁵² al sistema di diritti fondamentali di Strasburgo che avrebbe portato la Corte a «perdere la propria credibilità»⁵³ di fronte a sé stessa e al proprio giudicato.

9. In definitiva, pur riconoscendo la difficoltà di “creare diritto” in un campo così complesso come quello della *governance* dei confini sottoposti all’arrivo massiccio di migranti⁵⁴, non pare che la decisione chiarifichi «le implicazioni legali dei respingimenti sommari»⁵⁵.

Ferme restando le critiche sin qui mosse alla decisione, si deve dar conto, tuttavia che la *res indicanda* non concerneva il rispetto dell’art. 3 della Convenzione, principio inderogabile che, come è noto, sancisce il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Nella vicenda che si commenta il ricorso dei due migranti, originariamente, riguardava anche la norma sopracitata, ma veniva dichiarato inammissibile *in parte qua* per insufficienza probatoria⁵⁶, impedendo alla Corte «per motivi di procedura»⁵⁷ di occuparsi di questo fondamentale aspetto della vicenda. Probabilmente, se un tale caso di *hot returns* venisse portato innanzi la Corte di Strasburgo, avendo ad oggetto una pesante degradazione dei diritti fondamentali *ex art. 3* della Convenzione, gli epiloghi processuali potrebbero essere ragionevolmente diversi⁵⁸.

⁴⁹ G. CELLAMARE, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affaire N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, n. 1, p. 164. Sembrerebbe propendere per questo auspicio anche A. PIJNENBURG, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, cit., p. 408.

⁵⁰ L’acuta osservazione è di C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, cit.

⁵¹ S. ALYUSO-J.M. BRUNET, *European Court of Human Rights backs Spain in express deportation case*, in *El País*, 14 febbraio 2020.

⁵² Ancora C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, cit.

⁵³ Così M. PICHL, *“Unlawful” may not mean rightless*, cit.

⁵⁴ Parla di «stato di eccezione», con riferimento alla crisi europea dei migranti e la situazione dei confini esterni dell’UE, D. DAVITTI, *Biopolitical Borders and the State of Exception in the European Migration ‘Crisis’*, in *Eur. J. Int. Law*, 2019, vol. 29, n. 4, p. 1173 ss. Per un’analisi del concetto con specifico riferimento all’immigrazione irregolare v. N. OUDEJANS, *The Right not to Have Rights: A New Perspective on Irregular Immigration*, in *Political Theory*, 2019, vol. 4, n. 4, p. 447 ss.

⁵⁵ Secondo H. HAKIKI, *Summary land border expulsions in front of the ECtHR: ND and NT v Spain*, in www.grundundmenschrechtsblog.de, 13 novembre 2017, la decisione chiarificatrice era stata quella presa dalla terza sezione della Corte, durante il procedimento di primo grado.

⁵⁶ La decisione sull’ammissibilità del ricorso era stata presa da Corte e.d.u., sez. III, dec. 30 luglio 2015, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. 8675/15 e 8697/15. Sull’inammissibilità della doglianza *ex art. 3* della Convenzione v. § 15.

⁵⁷ S. HRUSCHKA, *Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR*, cit.

⁵⁸ Lo pensa, ad es., R. WISSING, *Push backs of “badly behaving” migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, cit.

È percorrendo questo «sentiero interrotto»⁵⁹ che in futuro si potrà avere, auspicabilmente, una pronuncia chiara sulla natura extra-convenzionale dei respingimenti sommari, certi che, per dirla con le parole di Hölderlin, «là dove c'è il pericolo, cresce / anche ciò che salva»⁶⁰.

⁵⁹ L'espressione è ripresa dall'opera di M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, tr. di Pietro Chiodi, La Nuova Italia, 1997.

⁶⁰ Citato in M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, tr. in *Saggi e discorsi*, a cura di Gianni Vattimo, Mursia, 1980, p. 12.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliara Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
