
ADiM BLOG
Maggio 2022
ANALISI & OPINIONI

*La gestione dei confini nazionali ed europei nella più recente
giurisprudenza della Corte EDU: costanti e variabili di un
approccio ondivago*

Simone Penasa

Ricercatore di Diritto pubblico comparato
Università di Trento

Parole Chiave

*Corte EDU – non refoulement – divieto di espulsioni collettive (art. 4, Prot. 4, CEDU) –
confini – garanzie*

Abstract

Il contributo propone una rivisitazione della giurisprudenza della Corte EDU in materia di divieto di espulsioni collettive, a partire dal caso N.D. e N.T. c. Spagna, analizzando in particolare gli effetti sui destini dei migranti dell'intreccio tra la costante di un riconoscimento ampio della giurisdizione statale e del concetto di "espulsione", da un lato, e le variabili relative alle concrete caratteristiche dei movimenti migratori e delle condotte individuali degli stranieri, dall'altro lato.

1. Il divieto di espulsioni collettive tra difesa “dei” confini e protezione “attraverso” i confini

Uno spazio fisico e giuridico all’interno del quale è possibile misurare in modo decisivo il livello di effettività delle politiche migratorie nazionali ed europee, così come delle garanzie giuridiche che le autorità statali sono chiamate ad assicurare nei confronti delle persone migranti, è rappresentato indiscutibilmente dai confini statali.

Tale dinamica può essere efficacemente analizzata attraverso la lente del territorio e dei suoi confini, intesi quale limite invalicabile di esercizio della sovranità nazionale in funzione difensiva (concezione securitaria-comunitarista: protezione “dei” confini), ma anche quale spazio di accesso potenziale a forme di rifugio (concezione umanitaria-cosmopolita: protezione “attraverso” i confini; cfr. [Gärditz](#), 2016). In una prospettiva costituzionalmente orientata, tali due dimensioni non devono porsi in un rapporto di esclusività, ma piuttosto di integrazione: se il paradigma, quindi, non può non essere quello della coesistenza di tali funzioni, il parametro di valutazione è rappresentato dalla sostenibilità costituzionale delle scelte politiche operate.

Di fronte a una effettiva o solo proclamata “emergenza” immigrazione, gli Stati tendono a privilegiare la funzione difensiva dei confini, secondo un’ottica statalista per cui il confine risulta funzionale a minimizzare i propri obblighi relativi alla protezione dei diritti umani. Tale obiettivo, come dimostrano paradigmaticamente alcuni ordinamenti (si pensi all’idea di confine “mobile” che caratterizza il confine spagnolo-marocchino a Ceuta e Melilla, su cui [Ciervo](#), 2016; o di confine “fortificato”, come nel caso ungherese, mediante l’edificazione di zone di transito chiuse in cui i richiedenti asilo vengono trattenuti durante l’espletamento della procedura asilo), può essere praticato attraverso politiche incentrate sulla disponibilità o malleabilità dei confini, sui quali si interviene al fine di ridurre la funzione “umanitaria” ([Paz](#), 2017).

2. Lo “schema” N.D. e N.T.: una razionalizzazione possibile?

A fronte di tali politiche statali, le quali pongono sotto stress principi fondamentali quali quello di *non refoulement* e divieti quali quello di trattamenti inumani e degradanti, così come il diritto

di manifestare la volontà di richiedere protezione internazionale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) è ormai sistematicamente chiamata a valutarne la compatibilità con gli standard convenzionali. Le brevi note che seguono hanno il limitato obiettivo di tentare di “mettere ordine” nelle argomentazioni che la Corte EDU ha utilizzato in alcune tra le decisioni più recenti, selezionando l'ambito di indagine all'attivazione dell'articolo 4, Protocollo 4, che, come noto, sancisce il divieto di espulsioni collettive di stranieri.

A partire dal noto *leading case* [N.D. e N.T. c. Spagna](#) (su cui [Santomauro](#), 2020, e [Bufalini](#), 2020, in questo Blog), la Corte EDU ha identificato una serie di ipotesi, essenzialmente connesse alla condotta della persona sottoposta a espulsione, nelle quali si configura un'eccezione alla regola generale per la quale è “collettiva” un'espulsione che sia stata eseguita in assenza di «*a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group*» (§ 195). Nella sentenza citata, la Corte ha sviluppato una griglia di valutazione, all'interno della quale la condotta del migrante assume un rilievo maggiore – e decisivo, al fine di determinare l'assenza di una responsabilità in capo allo Stato convenuto – rispetto alle prassi concretamente adottate da quest'ultimo nei casi aventi ad oggetto il divieto di espulsioni collettive. Pur se qualificato come eccezione al divieto ex art. 4, Prot. 4, CEDU, l'approccio della Corte sembra rivelarsi punitivo rispetto alle persone migranti che: a) abbiano attraversato una frontiera statale in modo illegale; b) si siano deliberatamente avvantaggiate dell'ampio numero di persone assieme alle quali hanno approcciato tale confine; c) abbiano agito, alla luce delle ipotesi precedenti, in modo da provocare «*a clearly disruptive situation which was difficult to control and endangered public safety*»; d) alla luce delle circostanze concrete del caso, abbiano avuto a disposizione un «*genuine and effective access to means of legal entry, in particular border procedures*» e non ne abbiano usufruito; e) non siano state spinte a tale condotta dall'esistenza di «*cogent reasons*», che risultino causate da «*objective facts for which the respondent State was responsible*», che abbiano impedito al migrante di accedere alle misure legali di ingresso garantite dal diritto e dalle autorità nazionali (ritiene che tali condizioni debbano sussistere contestualmente [Schmalz](#), 2022).

A fronte di tale quadro, si avverte l'esigenza – senza alcuna pretesa di originalità – di operare una razionalizzazione delle costanti e delle variabili che emergono dalla più recente giurisprudenza della Corte EDU in materia.

3. Le dinamiche attuative del divieto di espulsioni collettive: alla ricerca di un equilibrio “sostenibile” tra costanti e variabili

Ciò che rappresenta una costante all’interno di tale giurisprudenza (ci si riferisce in particolare a [M.K. e altri c. Polonia](#), [D.A. e altri c. Polonia](#), [M.H. e altri c. Croazia](#) e [A.A. e altri c. Macedonia del Nord](#)) è la determinazione della giurisdizione degli Stati ai fini dell’applicazione delle garanzie convenzionali, da un lato, e del concetto di espulsione, ai sensi dell’art. 4, Prot. 4, CEDU, dall’altro. A tale livello, la Corte conferma l’adozione di criteri sostanziali di determinazione dei due ambiti richiamati, al fine di evitare una “fuga” dalle responsabilità da parte degli Stati, i quali tendono sempre più – come sottolineato in apertura – a ritagliare ambiti territoriali prossimi ai propri confini, al fine di creare la *fictio* giuridica dell’esistenza di «*area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention*» (da ultimo, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 63) o di etichettare diversamente condotte espulsive al fine di evitare l’applicazione delle garanzie previste in materia (*ex plurimis*, *M.K. e altri c. Polonia*, § 198).

L’indisponibilità di concetti quali “giurisdizione” ed “espulsione”, la cui estensione non è rimessa alla interpretazione degli Stati, assicura secondo la Corte EDU che la nozione di “protezione effettiva dei diritti umani” non venga resa «*meaningless*». Tuttavia, l’applicazione dei criteri ai quali l’effettiva operatività di tali garanzie in materia di espulsione e respingimento viene subordinata a partire da *N.D. e N.T.*, rischia di depotenziarne la carica garantistica nei confronti dei singoli migranti. Ci si riferisce a quelle variabili tipizzate in *N.D. e N.T.* che fanno riferimento alla configurabilità di «*genuine and effective tools of securing the right to request protection*» (da ultimo, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 116); e, nella prospettiva dei migranti, alle variabili ulteriori che la Corte EDU ha sviluppato partendo da parametri consolidati (cfr. [Hirsi Jamaa e altri c. Italia](#), GC, § 183), quali la specifica situazione di questi ultimi valutata alla luce della loro condotta alla frontiera, alle particolari circostanze dell’espulsione e al contesto generale concretamente prodottosi nei singoli casi (*ex plurimis*, *M.K. e altri c. Polonia*, § 201; [Faggiani](#), 2020).

Se analizzata alla luce della giurisprudenza successiva a *N.D. e N. T.*, l’applicazione di tali criteri appare condizionata dalla valutazione che la Corte EDU di volta in volta effettua sul loro concreto configurarsi, sulla base di considerazioni di natura prevalentemente presuntiva,

tanto rispetto alla natura “genuina ed effettiva” del criterio oggettivo rappresentato dalla esistenza di strumenti che garantiscano il diritto di chiedere protezione, quanto rispetto al criterio “soggettivo” relativo alla condotta del migrante.

Rispetto alla prima dimensione, la presenza di una base giuridica rappresenta senz’altro una condizione necessaria, ma non sufficiente. Infatti, al fine di verificarne la natura effettiva e genuina, la Corte EDU, giungendo ad esiti opposti (cfr. *A.A. e altri c. Macedonia del Nord* e *M.H. e altri c. Croazia*), sembra valorizzare particolarmente il valore probatorio di report pubblicati da organizzazioni non governative e autorità internazionali a tutela dei diritti umani, nei quali si monitorano e analizzano le politiche e le prassi adottate alla frontiera dalle autorità nazionali. A tal riguardo, occorre sottolineare come la Corte EDU attribuisca agli Stati l’onore di produrre informazioni adeguate ed esaustive in merito, finendo in caso contrario con il ritenere insufficiente, al fine di escluderne la responsabilità ex art. 4, Prot. 4, CEDU, la mera presenza di una disposizione legislativa che consenta di chiedere protezione al confine.

Ciò emerge in particolare dal caso *M.H. e altri*, nel quale la Corte EDU ritiene non adeguate le informazioni specificamente richieste al governo croato al fine di valutare effettività ed accessibilità delle procedure di protezione internazionale concretamente adottate ai confini con la Serbia, a fronte di un ampio numero di report internazionali che testimoniavano l’esistenza di una politica sistematica di respingimenti e riammissioni sommarie (§ 270). Di conseguenza, l’impossibilità di stabilire se nel caso concreto fosse garantito un accesso genuino ed effettivo alle procedure, dovuta al comportamento omissivo del governo croato, spinge la Corte EDU a sancire la violazione dell’art. 4, Prot. 4, CEDU. Quando, al contrario, tale onere probatorio viene soddisfatto e fornisce elementi adeguati a superare – anche solo parzialmente – i rilievi evidenziati da fonti internazionali, la Corte EDU tende a valorizzare una sorta di *favor* per le autorità nazionali, ritenendo sussistere non solo un obbligo giuridico di ricevere le richieste di protezione, ma anche la possibilità reale di poterlo fare da parte dei migranti (*A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 117).

I criteri “soggettivi” che possono giustificare la sospensione delle garanzie convenzionali sono connessi, come noto, alle condotte e alla volontà presunta dei migranti (cfr. *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, § 121-122), residuando quindi un ampio margine di discrezionalità in capo alla Corte in sede di valutazione. A partire da *N.D. e N.T.*, la Corte EDU ha introdotto una apparente inversione di precedenza tra il dovere degli Stati di assicurare una serie di garanzie,

alle quali risulta condizionata l'effettività del diritto a chiedere protezione (richiamate, *ex plurimis*, in *M.K. e altri*, § 201), e il divieto per i migranti di fare ricorso a «*unauthorised and clearly disruptive means of attempting to enter the State's territory despite the existence of a genuine and effective access to means of legal entry*», in assenza di ragioni oggettive che le possano giustificare. A fronte di una condotta colpevole e ingiustificata dei migranti, gli obblighi statali in materia relativi al divieto di espulsioni collettive subiscono una sospensione, in quanto l'assenza di una procedura individualizzata precedente all'espulsione si configura in tali casi quale «conseguenza» della condotta del migrante che abbia fatto colpevolmente ingresso in modo illegale (cfr. *A.A.*, § 130; a contrario, *M.K.*, § 207-210).

In tale schema argomentativo, anche l'assenza di un rimedio giurisdizionale effettivo nei confronti del provvedimento espulsivo – quando un atto formale in tal senso sussista – trova giustificazione nella condotta volutamente colpevole e «disruptive» dei migranti (*A.A.*, § 130). Rispetto ai criteri introdotti in *N.D. e N.T.*, non sembra rilevare il fatto che sia stato provato che i migranti non abbiano fatto uso della forza o abbiano compiuto atti di resistenza nei confronti delle autorità nazionali (*A.A.*, § 114), così come la presenza di famiglie e persone diversamente abili: prevale inesorabilmente l'elemento “oggettivo” dell'aver preso parte ad un flusso ingente di migranti, diretto verso un punto della frontiera diverso dai valichi ufficiali, in assenza di motivi “cogenti” che possano giustificare questa scelta (*A.A.*, § 130).

4. Una “deriva” inarrestabile? In attesa dei prossimi sviluppi giurisprudenziali

Come asserito nel più ampio contesto delle recenti dinamiche normative e giurisprudenziali relative al diritto d'asilo in Europa ([Vitiello](#)), la «fuga dalla rule of law e dal rispetto dei requisiti di *due process*» sembra avere trovato compimento nell'ultima – per il momento – tappa della saga giurisprudenziale inaugurata dalla sentenza *N.D. e N.T. (A.A. e altri c. Macedonia del Nord)*. Tale orientamento tende a far prevalere sulla sostanza delle garanzie in materia di divieto di *refoulement* e di protezione internazionale il criterio personale della «meritevolezza» ([Vitiello](#)) della persona che giunge alle frontiere europee. Ma che si tratti di una deriva inarrestabile resta, ad avviso di chi scrive, incerto.

L'applicazione dell'approccio criticato dipende dalla valutazione presuntiva di elementi quali le concrete rotte seguite dai migranti (il luogo dell'ingresso), le modalità concrete dell'arrivo

alle frontiere (l'ingente numero di migranti) e la volontà più o meno manifestata da questi ultimi (un comportamento colposo che miri a prendere indebito vantaggio dalle caratteristiche dei flussi; ma anche la presunta volontà di utilizzare lo Stato quale "mero" paese di transito, in assenza di una reale volontà di chiedere e ricevere protezione in quest'ultimo, cfr. da ultimo *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*). Di conseguenza, l'impatto sulle garanzie (sostanziali e procedurali) dei migranti alle frontiere europee è condizionato dalla valutazione delle puntuali – e inevitabilmente variabili – caratteristiche dei singoli casi, sia dal punto di vista dei migranti (presenza di minori o situazioni di vulnerabilità, volontà espressa o presunta) che degli ordinamenti coinvolti (presenza di basi giuridiche di accesso legale, politiche di strutturale diniego di accesso a prescindere dalla condizione dei migranti, cfr. *M.K. c. Polonia*). Ciò che andrebbe evitato, in ogni caso, è il consolidarsi di una categoria interna a quella già "debole" delle persone migranti richiedenti protezione internazionale, surrettiziamente creata a livello giurisprudenziale, alla quale possa essere legittimamente riservato da parte degli Stati un trattamento deteriore in termini di rispetto del principio di *non refoulement* e del diritto fondamentale di chiedere protezione.

APPROFONDIMENTI

Dottrina:

A. BUFALINI, [Ancora a margine del caso N.D. & N.T. c. Spagna: la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo?](#), in *ADiM Blog*, luglio 2020

A. CIERVO, [Ai confini di Schengen. La crisi dell'Unione europea tra "sistema hotspot" e Brexit](#), in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, pp. 79-85

V. FAGGIANI, [Da N.D. e N.T. a M.K. e altri: la progressiva configurazione del divieto di "espulsione collettiva" e delle sue eccezioni nei contesti di violazione sistemica](#), in *ADiM Blog*, novembre 2020

K. F. GÄRDITZ, [Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on the "Refugee Crisis"](#), in *German Law Journal*, 17, 6, 2016, pp. 907-922

M. PAZ, [The Law of Walls](#), in *European Journal of International Law*, 28, 2, 2017, p. 601-624

G. SANTOMAURO, [La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?](#), in *ADiM Blog*, marzo

2020

D. SCHMALZ, [*Enlarging the Hole in the Fence of Migrants' Rights: A.A. and others v. North Macedonia*](#), in *VerfBlog*, aprile 2022

D. VITIELLO, [*Il diritto d'asilo in Europa e l'eterogenesi dei fini*](#), in *ADiM Blog*, aprile 2022

Per citare questo contributo: S. PENASA, *La gestione dei confini nazionali ed europei nella più recente giurisprudenza della Corte EDU: costanti e variabili di un approccio ondivago*, *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, maggio 2022.