



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre Juridique International et Droits de l'Homme
Diretta da Claudio Zanghì, Lina Panella, Carlo Curti Gialdino

EDITORIALE
SCIENTIFICA

Gli Speciali

Luglio 2023

CRISI MIGRATORIE

Nuove sfide per i diritti umani

www.rivistaoidu.net

Rivista telematica - ISSN 2284-3531

Registrazione al Tribunale di Roma n. 46/2014 del 10 marzo 2014

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI

Gli Speciali

Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

ORDINE INTERNAZIONALE E DIRITTI UMANI
Gli Speciali
Direttori CLAUDIO ZANGHÌ, LINA PANELLA, CARLO CURTI GIALDINO

COMITATO SCIENTIFICO

Rafâa Ben Achour – Anthony Arnulf – Jean-Cristophe Barbato – Maria Caterina Baruffi – Andrea Biondi – Isabelle Bosse-Platière – Mouloud Boumghar – Laurence Burgogue-Larsen – Antonio Remiro Brotons – Ruggiero Cafari Panico – Giandonato Caggiano – Mario Pio Calogero – Andrea Cannone – Ida Caracciolo – Giovanni Cellamare – Consuelo Ramón Chornet – Gianluca Contaldi – Marcello Di Filippo – Zlata Drnas Clement – Emmanuel Decaux – Alejandro del Valle Gálvez – Angela Del Vecchio – Angela Di Stasi – Carlos Villan Duran – Osman El Hajjié – Juan Manuel Faramiñan Gilbert – Pablo Antonio Fernandez Sanchez – Paolo Fois – Olivier de Frouville – Sergio García Ramírez – Pietro Gargiulo – Giancarlo Guarino – Hajer Gueldich – Luis Miguel Hinojosa-Martínez – Paola Ivaldi – Slim Laghmani – Jaime Ferrer Lloret – Alessio Lo Giudice – Sergio Marchisio – Magdalena María Martín Martínez – Paolo Mengozzi – Claudia Morviducci – Bruno Nascimbene – Massimo Panebianco – Nicoletta Parisi – Piero Pennetta – Béatriz Pérez De La Heras – Stelios Perrakis – Yves Petit – Carlos Jimenez Piernas – Pietro Pustorino – Guido Raimondi – Fabián Salvioli – Tullio Scovazzi – Lucia Serena Rossi – Antonio Ruggeri – Francesco Seatzu – Attila Tanzi – Paul Tavernier – Christian Tomuschat – Soledad Torrecuadrada García-Lozano – Sebastian Touzé – Takis Tridimas – Ennio Triggiani – Ugo Villani – Jorge E. Viñuales.

COMITATO DI REDAZIONE

Responsabile Osservatori: Raffaele Cadin

Coordinatore di redazione: Francesco Battaglia

Componenti: Gabriele Asta – Maria Cristina Carta – Nicola Colacino – Giulia Colavecchio – Cristina Grieco – Luigino Manca – Gianfranco Gabriele Nucera – Antonio J. Palma – Francesca Perrini – Anna Pitrone – Luigi Prospero – Valentina Zambrano

Segreteria: Marco Bolognese – Pierfrancesco Breccia – Alberto Marchese – Luigi Zuccari

Criteri di referaggio:

I contributi de *Gli Speciali* sono sottoposti, in forma assolutamente anonima, a due *referees*.

CRISI MIGRATORIE

Nuove sfide per i diritti umani

CRISIS MIGRATORIAS

Nuevos desafíos a los derechos humanos

© Copyright - *Ordine internazionale e diritti umani*
Supplemento al n. 3/2023
luglio 2023
ISSN 2284-3531



INDICE

DAVID CARRIZO AGUADO, <i>Presentación</i>	III
LINA PANELLA, <i>Presentazione</i>	V

SEZIONE PRIMA

Crisi migratorie nella società internazionale contemporanea *Crisis migratorias en la sociedad internacional contemporánea*

CÁSTOR MIGUEL DÍAZ BARRADO, <i>Regulación jurídica de las migraciones en el espacio iberoamericano</i>	2
ANNALISA GERACI, <i>L'OIM e la "policy on the full spectrum of return, readmission and reintegration": le attività, il supporto dell'organizzazione agli Stati e la protezione dei diritti dei migranti</i> 13	13
.....	
VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO, <i>The special regime for border in Ceuta and Melilla: a critical analysis of the regularization of border rejection under international law</i>	27
CARMEN MÁRQUEZ CARRASCO, <i>Los derechos de las personas migrantes en situación de conflicto armado: ámbitos de protección en el marco del derecho internacional humanitario</i>	48
RABIÂ M'RABET TEMSAMANI, <i>Une réflexion sur la protection des mineurs non accompagnés à la lumière du droit international et du droit européen</i>	66

SEZIONE SECONDA

Cause ed effetti delle crisi migratorie in una prospettiva regionale *Causas y consecuencias de las crisis migratorias: análisis desde una perspectiva regional*

IRENE BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, <i>Crisis migratoria vs. igualdad de trato: la difícil andadura en el marco euromediterráneo</i>	89
LORENA CALLER TRAMULLAS, <i>El impacto de las políticas migratorias europeas en la criminalización de la inmigración irregular en España</i>	104
MARIA TERESA COLLICA, <i>La tutela penale del migrante nel Mediterraneo e il contrasto alle ONG</i>	120
IRENE MARCHIORO, <i>Riflessioni sull'effettività della tutela dei minori richiedenti asilo negli strumenti rimediali europei a margine della sentenza Darboe e Camara c. Italia</i> 142	142
.....	

ANTONIO MUÑOZ AUNIÓN - GLORIMAR ALEJANDRA LEÓN SILVA, <i>La respuesta del sistema regional Interamericano de protección de los derechos humanos a los migrantes a raíz del Covid: Relato de un éxito</i>	158
--	-----

SEZIONE TERZA

Stato di accoglienza e Paese terzo sicuro: prospettiva italo-spagnola
Estado de acogida y tercer País seguro: perspectiva italo-española

GIOVANNI CELLAMARE, <i>L'irragionevole leggerezza del concetto di Paese terzo sicuro</i>	177
EMANUELE LA ROSA, <i>“Controllo penale dei flussi migratori” vs. “Protezione dei diritti umani”</i> : il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel diritto penale italiano	191
FRANCESCO MARTINES, <i>Migranti, procedimento amministrativo e garanzie di partecipazione</i>	211
ALEJANDRO PASTORI FILLOL, <i>La reciente migración venezolana en el Río de la Plata</i>	224
LAURA PERGOLIZZI, <i>Fattore tempo e protezione internazionale: le procedure accelerate</i> ...	237
LORENA SALES PALLARES, <i>La nacionalidad como medida de protección de los menores migrantes</i>	251
FABRIZIO TIGANO, <i>La tutela processuale dell'immigrato</i>	266

SEZIONE QUARTA

L'Europa di fronte alle crisi migratorie
Europa ante las crisis migratorias

BERNARDO CORTESE, <i>Alle frontiere dell'Unione, tra cavalli di frisia e respingimenti a catena: Europa o ...Medusa?</i>	293
JORDI HERRERA BOLAÑOS, <i>Debilidades del actual sistema integrado de gestión de fronteras exteriores de la Unión Europea</i>	321
M ^a DOLORES ADAM MUÑOZ, <i>Análisis de algunos efectos jurídicos de la poligamia en el sistema español de derecho internacional privado</i>	333
FRANCESCA POLLICINO, <i>EU legal migration policies: the Directive on Students and Researchers and the new Talent Partnership</i>	351
VALENTINA PRUDENTE, <i>Controllo delle frontiere ed espulsione dello straniero in via amministrativa</i>	364
LETIZIA SALVO, <i>Implementation and Limits of Directive 55/2001/EC in favor of Ukrainian displaced persons</i>	386



BERNARDO CORTESE*

ALLE FRONTIERE DELL'UNIONE, TRA CAVALLI DI FRISIA E RESPINGIMENTI A CATENA: EUROPA O ...MEDUSA?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un rovesciamento di prospettiva. – 3. Europa o Medusa? – 4. Le piste della ricerca. – I. *Il virus*. – 5. La prassi sulla chiusura delle frontiere ed il suo emergere nella giurisprudenza delle corti europee: i muri e la criminalizzazione dell'aiuto ai migranti. – 6. I fatti contestati: respingimenti di massa e respingimenti a catena. – 7. La difficile emersione dei respingimenti a catena sulla rotta balcanica nella giurisprudenza interna: un problematico caso italiano. – 8. (segue): Lo standard probatorio: discrasie tra Roma e Strasburgo. – 9. (segue): Rilevanti conferme dalla giurisprudenza slovena e austriaca. – II. *Gli anticorpi nel sistema della Convenzione*. – 10. L'infiltrarsi degli accertamenti di violazione della Convenzione europea in relazione alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione. – 11. Lo standard applicabile al divieto di espulsione collettiva: apprezzamento generale. – 12. L'emergere di un'eccezione di *own culpable conduct*. – 13. Conclusioni intermedie. – III. *Gli anticorpi nel Diritto UE*. – 14. Segnali ambigui dal diritto dell'Unione – 15. Il ruolo del diritto procedurale derivato e di alcuni principi del diritto primario. – 16. Il ruolo supplente del diritto primario diverso dall'art. 19.1 Carta e l'inammissibilità di un regresso nello stato del diritto derivato. – 17. Il diverso rilievo della perturbazione dell'ordine pubblico nel sistema UE rispetto a quello convenzionale. – 18. Ritorno alla Carta. – 19. Ritorno all'allegoria: non Perseo, ma ...il naufragio e la zattera della fregata *Méduse*.

1. Premessa

Questo scritto è in parte ripreso da un intervento tenuto nell'ottobre 2022 all'Università di Jaén, in occasione di un convegno organizzato congiuntamente dall'università andalusa e dall'Università di Messina¹. In parte, ancora, sviluppa alcune dimensioni lì solo accennate, e rielabora riflessioni frutto di un seminario organizzato a Padova, nel maggio 2022, dalle Università di Padova e Losanna². Queste pagine, insomma, pur non essendo il

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea - Università di Padova.

¹ Si tratta del *Congreso Internacional sobre crisis migratorias - Nuevos desafíos a los Derechos Humanos*, tavolo *Europa ante las crisis migratorias*, tenutosi all'Università di Jaén nei giorni 20 e 21 ottobre 2022 a cura del Prof. Víctor Luis Gutiérrez Castillo dell'Università di Jaén e della Prof.ssa Lina Panella dell'Università di Messina.

² Si tratta del convegno *At the Borders of Europe - Ai confini d'Europa. Assessing European Law and Policies in the Fields of Migration and Border Management / Sguardi critici su diritto e politiche UE nei settori della migrazione e della gestione dei confini*, organizzato congiuntamente dalle Università di Padova e di Losanna, a cura dell'autore del presente contributo e del Prof. Francesco Maiani di Losanna, e tenutosi a Padova nei giorni 26 e 27 maggio 2022. A quel

testo né dell'intervento alla prima conferenza, né dei diversi svolgimenti del secondo seminario, sono però l'espressione delle riflessioni e degli scambi frutto di entrambe quelle occasioni realmente collegiali, e mantengono dunque, almeno in parte, un'impostazione non strettamente dogmatica ed uno stile colloquiale.

2. *Un rovesciamento di prospettiva*

Partirò dal secondo di quegli incontri, perché è in quell'occasione che mi sono sentito direttamente interrogato, in qualche misura, sul tema dell'abuso di diritto nella gestione delle frontiere interne ed esterne dell'Unione, in relazione ai cittadini di Paesi terzi o apolidi.

Non però nella prospettiva che ci saremmo aspettati. Sappiamo bene, infatti, che gli Stati invocano spesso il rischio di abuso della procedura di asilo da parte dei richiedenti. L'idea è che gli immigrati clandestini utilizzino le procedure di asilo solo per evitare di essere rimpatriati nei luoghi da cui provengono. È una cosa che sicuramente accade, anche se con numeri che appaiono nel complesso "fisiologici"³, e che può sicuramente essere compresa come una risposta alla sostanziale assenza di vie di accesso legali verso l'Unione e la gran parte dei suoi Stati membri.

Devo ammettere, però, che ho cambiato la mia idea su chi sta ...abusando del diritto nel contesto della gestione delle frontiere dell'Unione dopo il seminario del maggio 2022. In quell'occasione abbiamo infatti raccolto una serie di testimonianze di ONG italiane⁴ e croate⁵, che operano lungo la rotta balcanica, nonché testimonianze di ONG polacche⁶ che operano sul confine militarizzato tra Polonia e Bielorussia.

Abbiamo ascoltato, allora, testimonianze di respingimenti informali di migranti in condizione irregolare, operati senza alcuna garanzia procedurale, in una catena che parte dal territorio triestino, attraverso Slovenia e Croazia, fino a condurre in Bosnia-Erzegovina; di un coinvolgimento attivo delle autorità, specie in Croazia, in episodi di violenza ai danni di quei migranti. Ancora, abbiamo sentito il resoconto ed ascoltato le ragioni di chi, a Trieste, ha dovuto affrontare l'azione penale per essersi preso cura, in piazza e davanti alle autorità, delle lacerazioni e ferite che quei migranti portano sui loro corpi: sui loro piedi, sempre, quando è solo la strada ad avere infierito su di loro; altrove, quando anche gli uomini hanno

seminario hanno partecipato inoltre amici e colleghi delle università di Trieste e Zagabria, giovani ricercatori di varie altre sedi, magistrati ed avvocati attivi nel settore, oltre ad esponenti di organizzazioni della società civile organizzata attive in Italia, Croazia e Polonia.

³ Secondo le statistiche pubblicate dall'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (EUAA) e basate su dati EUROSTAT, nel 2022 il 40% delle domande di protezione internazionale presentate nell'Unione è stata accolta. Si tratta di circa 253.000 domande, su 632.000. Tuttavia, delle 379.000 domande rigettate in primo grado, ben 218.000 sono state oggetto di impugnazione. Le domande rigettate e non impugunate sono dunque circa 180.000, numero che rappresenta il 28% delle domande totali. Se poi scendiamo ai dati per Paese, purtroppo non disponibili su Eurostat (né, per quanto io sia riuscito a trovare, neppure su ISTAT), e prendiamo i dati di quello che è, di gran lunga, il Paese in cui sono presentate il maggior numero di domande, la Germania, i dati del *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (BAMF) ci dicono di un tasso di accoglimento in primo grado del 56,2 %, ma ci dicono anche di un accoglimento di un ulteriore 26% a titolo di protezione umanitaria non armonizzata (cd. *Abschiebungsverbot*), con un tasso di protezione garantita dal BAMF ai richiedenti, già in primo grado, superiore all'82%.

⁴ ASGI, Avvocato di Strada e Linea d'Ombra.

⁵ Border Violence Monitoring Network e Are You Syrious.

⁶ Stowarzyszenie Interwencji Prawnej / Association for Legal Intervention.

inferito su quei corpi. Dalla Polonia, poi, abbiamo sentito di attivisti ed avvocati che si devono nascondere alle autorità, per poter svolgere opera non solo di aiuto umanitario, ma anche di sostegno legale, in regioni di confine militarizzate e sottoposte a legislazione eccezionale.

Questi resoconti ci hanno tragicamente mostrato che ora sono gli Stati membri dell'UE a rischiare di tradire i valori essenziali della dignità umana e dei diritti umani su cui essi stessi, e l'UE, dovrebbero basarsi, abusando dei loro poteri in materia di gestione delle frontiere.

In effetti, un virus sembra essersi diffuso con preoccupante pervasività nei Paesi dell'Unione europea, come più in generale nei Paesi ricchi del *nord globale*, quale che sia la loro posizione geografica. Un virus che si è diffuso non solo nei sistemi giuridici dei nostri Stati, ma prima ancora nelle nostre società e nelle nostre coscienze: quello della chiusura ad *ogni* costo delle frontiere, nei confronti delle persone che non appartengono al *noi* che di volta in volta definisce il *gruppo privilegiato* di riferimento: *nazionale* o plurinazionale – seppur si tratti in quel secondo caso di un *noi* percepito in modo molto meno intenso, a volte anzi quasi solo tollerato.

Non voglio con ciò chiudere il discorso con un giudizio affrettato e moralista.

Certo è però che non si può nascondere l'esistenza di una tensione, quasi una contraddizione, tra la prerogativa sovrana degli Stati di controllare le proprie frontiere⁷ – e talvolta l'obbligo di farlo, come nel caso del sistema Schengen – e l'imperativo di preservare i valori essenziali della dignità e dei diritti umani su cui gli Stati europei, i loro ordinamenti giuridici e i loro specifici sistemi costituzionali dovrebbero fondarsi – e ciò con la particolare coerenza che l'art. 2 TUE ha ormai rivelato.

3. Europa o Medusa?

È in gioco lo spirito del progetto europeo.

È ancora un progetto che vuole creare benessere e pace, superando con l'affermazione di uno spirito di solidarietà le chiusure nazionaliste che hanno portato a guerre fratricide e all'abominio di regimi fondati sulla negazione della dignità umana del diverso? O è ormai, quel progetto, poco più di un guscio vuoto, all'interno del quale si stanno riaffermando corpi sociali nazionali chiusi in sé stessi, che continuano opportunisticamente a nutrirsi della linfa dell'organismo comune, combattendo però per escludere chiunque altro dal benessere che quell'organismo comune garantisce?

Proviamo a tradurre questa tensione tra principi e valori giuridici in un linguaggio diverso, con l'aiuto del mito.

Il dubbio che ci si può porre è che non stiamo più parlando di un'Unione dei popoli di ...Europa, ma piuttosto di Medusa.

L'ipotesi – se vogliamo, la provocazione – è che lo spazio in cui ci troviamo e la comunità che in esso vive non possano più raffigurarsi come il contesto in cui vivono in pace

⁷ Per indicazioni relative alla libertà degli Stati, in diritto internazionale, di non ammettere immigrati che non soddisfano alle condizioni di ingresso fissate dalla legislazione interna e per riferimenti alla prassi internazionale sulla questione R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, p. 7 ss.

i figli della bella principessa fenicia amata o violata⁸ da Giove – simbolo, quasi, del futuro comune, pacifico e prospero, dell'unione tra popoli che avevano conosciuto la violenza distruttrice generata dalla sete di dominio. Su quei popoli e sulla loro Unione sembrerebbe essersi simbolicamente abbattuta quella che per gli antichi era la maledizione degli dei, ripetendosi in termini moderni il mostruoso esito della metamorfosi raccontata da Ovidio: quello di una bellissima giovane, amata o violata da Poseidon *nel tempio* di Atena, e perciò maledetta dalla dea. Maledetta al punto che, cambiata la sua natura in quella di mostro, essa pietrifica chi, avvicinandosi, ne incrocia lo sguardo⁹.

Che alcuni tratti del mito di Medusa possano essere entrati a far parte del modo d'essere dell'Europa di oggi è provocazione che può farsi non solo per alcuni, specifici esiti del processo di integrazione alle frontiere esterne dell'Unione, di vagliare i quali si occupa questo studio, chiedendosi se la tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana non abbia spazio per chi si avvicina, non desiderato, ai confini di quest'Unione – è l'ipotesi della pietrificazione simbolica di chi, avvicinandosi a Medusa, ne guarda il volto crudele.

Si tratta anche – ipotesi suggestiva che non posso certo approfondire in questo spazio, ma che mi piace qui lasciar intravedere – delle ragioni della maledizione divina che in quel mito si esprime. Ragioni che sembrano quasi rispecchiare difetti strutturali non estranei, forse, al prevalere in Europa di politiche di impaurita chiusura.

Nel mito, la maledizione della dea attica si scaglia su Medusa per aver profanato il suo tempio, unendosi con Poseidon al suo interno. Del pari, potremmo dire, un progetto di Unione basato su un approccio meramente funzionale, senza l'ambizione di costruire una πόλις comune e la legittimazione di una vera δημοκρατία, si è esteso da un lato sino a toccare i settori più vicini alla definizione dell'identità nazionale ed ha, dall'altro lato, troppo spesso sacrificato gli interessi dei gruppi sociali che non beneficiano del suo successo. Nei percorsi e negli esiti di un sistema politico che è sì parziale, perché costruito su alcune specifiche competenze, ma che è al tempo stesso più potente – per la forza prevalente del suo sistema giuridico – dei sistemi politici universali dei suoi Stati membri, ci si è così spinti a violare τὰ ἄγια τῶν ἄγιων.

La furia di Αθηνά Παρθένος sembra dunque aver maledetto quest'Unione. Privata di una testa umana – una vera democrazia federale – capace di guidarne il progetto, l'Unione è lasciata in balia dei capricciosi serpenti che ne riempiono la testa, come quella di Medusa: gli egoismi e i nazionalismi degli Stati che, profittando del ruolo che hanno nel definire le scelte politiche dell'Unione, le fanno assumere tratti orrifici, concepiti per tener lontano chi si avvicina alle sue frontiere esterne.

E che Medusa non sia un mito poi così azzardato da affiancare allo stato attuale del processo di integrazione europea si coglie anche dalla *dualità* della natura della Gorgone, in coerenza con un tipico tratto duale della cultura indoeuropea: una figura apotropaica che insieme terrorizza i nemici, e protegge i suoi figli¹⁰.

⁸ Sul significato del linguaggio di violenza sessuale nel mito greco e sulla sua radicale lontananza dalle categorie contemporanee, cfr. J. E. CUNDY, *Pausanias' Careful Language of Sexual Violence*, *Mnemosyne*, 2020, p. 76 ss.

⁹ «Hanc pelagi rector templo vitiasse Minervae / dicitur; aversa est et castos aegide vultus / nata Iovis texit; neve hoc impune fuisset, / Gorgoneum crinem turpes mutavit in hydros. / Nunc quoque, ut attonitos formidine terreat hostes, / pectore in adverso, quos fecit, sustinet angues»: Ovidio, *Metamorfosi*, Libro IV, 793-803.

¹⁰ O. ZOLOTNIKOVA, *A Hideous Monster or a Beautiful Maiden? Did the Western Greeks Alter the Concept of Gorgon?*, in H. L. REID, D. TANASI (eds.), *Philosopher Kings and Tragic Heroes: Essays on Images and Ideas from Western Greece*, vol. 1, Fonte Aretusa, IA, USA, 2016, p. 353 ss.

Così, troppo spesso, si mostra l'Unione.

4. Le piste della ricerca

Per capire allora se abbia ancora senso parlare di Europa, o se non dobbiamo rassegnarci alla sua metamorfosi in Medusa/Gorgone, cercherò anzitutto cercare di dare contorni più precisi all'ipotesi da cui muove questo lavoro, quella dell'esistenza di prassi nazionali di chiusura delle frontiere capaci mettere a rischio i valori fondanti del sistema giuridico dell'Unione - il virus. Per far questo, cercherò di utilizzare dati che non si limitino alla "grezza" denuncia delle organizzazioni impegnate, dal basso, a contrastarlo, ma di trovare delle forme giuridiche ufficiali di emersione delle prassi nazionali di chiusura, cercandole soprattutto nelle prese di posizione degli organi di garanzia del Consiglio d'Europa e delle Nazioni Unite, nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, nonché in decisioni giudiziarie nazionali che facciano però richiamo ai sistemi di diritto internazionale e sovranazionale.

Il passaggio seguente sarà cercare poi di comprendere se nel sistema della Convenzione o in quello dell'Unione vi siano dei principi giuridici capaci di resistere a quella deriva - gli anticorpi.

La ricerca degli anticorpi si svolgerà in successione per i due sistemi, poiché in quelli si devono esplorare principi e regole in parte diversi.

È noto, infatti, che il sistema della Convenzione europea, pur non contenendo una garanzia del diritto di asilo, ha sviluppato comunque un importante corpus normativo in materia di *non refoulement*, derivato da varie previsioni convenzionali, con in prima linea il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti e il diritto alla vita. Soprattutto, però, in quel sistema si trova, all'art. 4 del Protocollo n. 4, il divieto di espulsioni collettive. Sarà dunque necessario comprendere la portata di quel divieto che, a partire dalla sentenza *Conka v. Belgium* del 2002¹¹ e con un culmine nella sentenza di *Hirsi Jamaa v. Italy*¹², ha conosciuto un importante processo di espansione delle garanzie procedurali dettate a protezione delle persone oggetto di misure di espulsione in senso stretto, ma anche di respingimento alla frontiera o in alto mare¹³.

Per quanto attiene al diritto primario dell'Unione, invece, il diritto d'asilo è oggetto di specifica protezione in forza dell'art. 18 della Carta, dove pure trova protezione il principio di *non refoulement*, previsto dall'art. 19, par. 2, della Carta, ed il divieto di espulsioni collettive, sancito al primo paragrafo dell'art. 19. Nel diritto dell'Unione si trova poi un'importante rete di norme poste da atti legislativi adottati sulla base degli artt. 78 e 79 TFUE, che perseguono però obiettivi non sempre facilmente coniugabili. In forza del primo, l'Unione «sviluppa una politica comune in materia di asilo [...] volta a offrire uno status appropriato a qualsiasi

¹¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza 5 febbraio 2002, *Conka v. Belgium*, ricorso 51564/99.

¹² Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ricorso 27765/09.

¹³ Cfr. le osservazioni di M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, *Dir. uomo. dir. int.*, 2020, p. 479 ss., per la valutazione della dimensione espansiva della giurisprudenza della Corte europea rispetto ad approcci più restrittivi al concetto di espulsione collettiva in altre carte regionali e nel lavoro di codificazione portato avanti dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite.

cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale e a garantire il rispetto del principio di non respingimento». In forza del secondo, l'UE «sviluppa una politica comune dell'immigrazione» che dovrebbe mirare ad una «gestione efficace dei flussi migratori», assicurando «la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale».

Incamminiamoci allora per queste “piste” di ricerca: la pista del virus, prima¹⁴; quella degli anticorpi, in seguito, in una successione che considererà anzitutto il sistema convenzionale¹⁵, per poi appuntarsi su quello dell'Unione¹⁶.

I - Il virus

5. La prassi sulla chiusura delle frontiere ed il suo emergere nella giurisprudenza delle corti europee: i muri e la criminalizzazione dell'aiuto ai migranti

Uno sguardo a varie fonti ufficiali ci conferma un quadro in cui le frontiere esterne dell'Unione sono il teatro di una chiusura sempre più rigida – solo in parte apertamente dichiarata dai governi degli Stati membri, che su quella chiusura e sulla cesura tra il *noi* e l'*altro da noi* costruiscono in modo sempre più aperto la narrazione pubblica.

Quella chiusura prende forma anzitutto nella costruzione di muri e altre simili barriere alla frontiera.

Il punto, qui, non è certo quello di trovare conferma della loro esistenza e del loro progressivo sviluppo, quanto quello di segnalarne l'emersione nella giurisprudenza delle corti europee, sui cui significati giuridici si tornerà nel corso di questo contributo.

La prima, fondamentale apparizione di muri e barriere è nella sentenza resa dalla Corte europea dei diritti umani nel febbraio 2020 nel caso *N.D. and N.T. v. Spain*, relativo a respingimenti alle barriere di Melilla¹⁷. La Corte europea se ne occupa ancora, questa volta rispetto alle barriere erette dall'Ungheria al confine serbo, in una sentenza del luglio 2021, nel caso *Shahzad v. Hungary*¹⁸.

Tra le due sentenze di Strasburgo, nel dicembre 2020 si pronuncia, sempre in relazione alla chiusura fisica della frontiera ungherese, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un procedimento di infrazione proposto dalla Commissione contro l'Ungheria¹⁹.

Altrettanto palese è, in diversi Paesi, il fenomeno della criminalizzazione dell'aiuto ai migranti – fenomeno invero quasi onnipresente²⁰, che si accompagna in alcuni Stati alla

¹⁴ Sezione I, *infra*, par. 5-9.

¹⁵ Sezione II, *infra*, par. 10-13.

¹⁶ Sezione III, *infra*, par. 14-19.

¹⁷ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 13 febbraio 2020, *N.D. and N.T. v. Spain*, ricorsi 8675/15 e 8697/15.

¹⁸ Corte europea dei diritti umani, sentenza 8 luglio 2021, *Shahzad v. Hungary*, ricorso 12625/17.

¹⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 17 dicembre 2020, causa C-808/18, *Commissione / Ungheria (zone di transito Rösztke e Tompa)*, EU:C:2020:1029.

²⁰ Si veda la sintesi contenuta in J. BAYER, P. BÁRD, L. VOSYLIUTE, N. C. LUK, *Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union, A comparative study*, 2021, p. 52 s. Lo studio, finanziato dalla Commissione europea, è accessibile su varie piattaforme, tra cui [ssrn.com](http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013) (<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>). Si veda inoltre *UN Special Rapporteur on the Situation of Human Rights*

militarizzazione del territorio del confine e di quello ad esso vicino, o alla dichiarazione dello stato di emergenza.

Anche qui le misure adottate dagli Stati membri raggiungono le giurisdizioni europee, ma solo in alcuni casi molto specifici e, apparentemente, solo nel sistema del diritto UE. Ne è un primo esempio la decisione assunta dalla Grande Sezione della Corte di giustizia del dicembre 2021, di nuovo nell'ambito di un ricorso per infrazione, sulla legislazione ungherese che criminalizza non solo generiche attività di aiuto, ma la stessa assistenza legale prestata a favore delle persone entrate nel territorio senza un chiaro titolo d'ingresso²¹. Altro esempio si trova nella sentenza *M.A.*, decisa dalla Corte di giustizia nel giugno 2022²², in cui la Corte di giustizia si pronuncia sulla legislazione lituana che dichiara lo stato di emergenza per contrastare un flusso massiccio di migranti ai confini con la Bielorussia.

6. I fatti contestati: respingimenti di massa e respingimenti a catena

Più sfuggente è il fenomeno dei respingimenti di massa. Nonostante la riluttanza degli Stati dell'Unione ad ammettere pubblicamente tali prassi, numerose fonti confermano che respingimenti di massa avvengono *oggi* alle frontiere terrestri e marittime dell'Unione, nonché in alto mare con l'attivo coinvolgimento degli Stati membri e dello stesso apparato UE.

Tutto ciò accade prima di tutto in Grecia, le cui prassi sono state molto di recente "smascherate" in maniera clamorosa da una preziosa inchiesta investigativa del *New York Times*²³, comportante prove documentali fotografiche e video sulla pratica delle autorità greche di procedere ad arresti informali di migranti irregolari da parte di personale in borghese su veicoli terrestri senza insegne e senza targa, con conseguente imbarco forzato su natanti a motore senza insegne, passaggio successivo (al largo) su natanti della guardia costiera greca, giungendo al definitivo abbandono di quei migranti in canotti senza motore, né remi, né altra possibilità di guida, fuori dalle acque territoriali greche ed in prossimità delle acque turche.

Al di là di quelle clamorose rivelazioni, relative ad uno specifico – seppur gravissimo – episodio, la sistematicità dei respingimenti informali posti in essere da quello Stato è chiaramente confermata in diverse prese di posizione degli organi specializzati del Consiglio

Defenders, Report - Refusing to turn away: human rights defenders working on the rights of refugees, migrants and asylum-seekers, 2022, UN doc. A/77/178, § 42.

²¹ Il caso più egregio è costituito dalla previsione introdotta all'art. 353/A del codice penale ungherese, che criminalizza chiunque «offre sostegno per presentare o inoltrare una domanda di asilo in Ungheria, pur sapendo che tale domanda non può essere accolta» secondo il diritto ungherese, anche laddove essa ritenga che «dette norme siano contrarie al diritto internazionale o al diritto dell'Unione»: si veda la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione), del 16 novembre 2021, causa C-821/19, *Commissione / Ungheria*: il testo tra virgolette è al punto 118 di quella sentenza.

²² Corte di giustizia, sentenza 30 giugno 2022, causa C-72/22 PPU, *M.A. con l'intervento di Valstybės sienos apsaugos tarnyba*, EU:C:2022:505.

²³ M. STEVIS-GRIDNEFF, S. KERR, K. BRACKEN, N. KIRAC, *Greece Says It Doesn't Ditch Migrants at Sea. It Was Caught in the Act. Video Evidence Shows Asylum Seekers, Among Them Young Children, Being Rounded Up, Taken to Sea and Abandoned on a Raft by the Greek Coast Guard*, *The New York Times*, May 19, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/05/19/world/europe/greece-migrants-abandoned.html>.

d'Europa: la *Commissioner for Human Rights*²⁴ e lo *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*²⁵. Analoghe indicazioni si desumono dai rapporti di organismi ONU ed in particolare dal rapporto prodotto nel 2021 dallo *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* su *Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*²⁶.

In quel rapporto si trova però conferma della diffusione di *pushbacks* in molti altri Stati membri dell'Unione, tra cui Croazia²⁷, Ungheria²⁸, Polonia²⁹, Cipro³⁰, Malta³¹, Spagna³², Francia³³, ed Italia³⁴. Austria, Slovenia, Romania, Bulgaria, Lettonia e Lituania e Svizzera (Stato terzo, ma parte dello Spazio Schengen), si aggiungono a questo triste catalogo, come risulta dalla Raccomandazione *Pushed Beyond the Limits* adottata nel 2022 dalla Commissaria del Consiglio d'Europa per i Diritti Umani³⁵.

Come testimonia l'elenco di Stati menzionati più sopra, il fenomeno dei respingimenti di massa, seppur particolarmente evidente alle frontiere esterne, riguarda anche le frontiere interne, comprese le frontiere interne tra Stati appartenenti allo spazio Schengen.

Ciò che importa rilevare, a tale proposito, è soprattutto l'esistenza di respingimenti "informali" a catena che, di frontiera interna in frontiera interna giungono infine al respingimento oltre la frontiera esterna. Al respingimento a catena fanno in effetti riferimento sia il citato rapporto dello *Special Rapporteur* ONU sui Diritti Umani dei Migranti del 2021³⁶, sia la citata raccomandazione *Pushed Beyond the Limits* del 2022³⁷. In entrambi i documenti si dà conto, in particolare, di respingimenti informali a catena sulla c.d. rotta

²⁴ Si veda la lettera 3 maggio 2021 della Commissaria ai ministri greci competenti Ref: CommHR/DM/sf 019-2021, accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/letter-to-mr-michalis-chrysochoidis-minister-for-citizens-protection-o/1680a256ad>.

²⁵ *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/1680a06a86>.

²⁶ *UN Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30 (2021), §§ 55, 78.

²⁷ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 56, in relazione a respingimenti informali verso la Bosnia-Erzegovina spesso accompagnati da violenze e trattamenti degradanti.

²⁸ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 80, in relazione prima ai respingimenti informali applicati a persone trovate, senza valido titolo di ingresso, nella fascia di 8 km dalla frontiera serba e, successivamente, a chiunque nel territorio nazionale.

²⁹ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 61, per quanto riguarda *pushbacks* verso la Bielorussia.

³⁰ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 59, per quanto riguarda in particolare *pushbacks* verso la Turchia e il Libano.

³¹ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 74.

³² UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 71, per quanto riguarda le *devoluciones en caliente* dai territori spagnoli in Africa di Ceuta e Melilla.

³³ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., § 79, dove si fa riferimento a respingimenti informali, anche di minori, sia verso la Spagna, sia verso l'Italia.

³⁴ UN doc. A/HRC/47/30 (2021), cit., p. 21.

³⁵ *Council of Europe Commissioner for Human Rights, Pushed Beyond the Limits - Four Areas for Urgent Action to End Human Rights Violations at Europe's Borders*, April 2022, p. 19 ss. La raccomandazione è accessibile on-line al sito <https://rm.coe.int/pushed-beyond-the-limits-urgent-action-needed-to-end-human-rights-viol/1680a5a14d>.

³⁶ UN doc. A/HRC/47/30, cit., § 56 e 66, in riferimento a respingimenti "informali" operati dalle autorità italiane, slovene e croate fino alla Bosnia-Herzegovina; § 59, sui *pushbacks* operati dalle autorità turco-cipriote verso la Turchia e sul concreto rischio di ulteriore espulsione operata dalle autorità turche verso la Siria.

³⁷ *Council of Europe Commissioner for Human Rights, Pushed Beyond the Limits*, cit., p. 23, dove si fa menzione di «chain pushbacks of persons summarily returned to Slovenia by Austria and Italy».

balcanica, a partire dall'Italia o, rispettivamente, dall'Austria, verso la Slovenia e di lì verso la Croazia, fino alla Bosnia- Erzegovina.

7. La difficile emersione dei respingimenti a catena sulla rotta balcanica nella giurisprudenza interna: un problematico caso italiano

Ebbene, del fenomeno delle espulsioni/respingimenti a catena sulla rotta balcanica si trova oramai traccia anche nella giurisprudenza interna, tanto italiana, quanto austriaca e slovena. L'analisi delle (peraltro pochissime) decisioni accessibili, mostra però la difficoltà di far emergere questi episodi in sede giurisdizionale.

Quanto alla giurisprudenza italiana, l'emergere dei respingimenti informali verso la Slovenia e l'attestazione dell'illegittimità di quella prassi si manifesta in un (peraltro effimero, come si vedrà) provvedimento cautelare pronunciato nel gennaio 2021 dal giudice monocratico del Tribunale di Roma³⁸.

In quell'occasione, il Tribunale era investito di un ricorso d'urgenza contro il Ministero dell'Interno, presentato da un cittadino pakistano che affermava di essere giunto in Italia nel luglio 2020, di avere manifestato alle autorità di polizia l'intenzione di presentare domanda di protezione internazionale per ragioni legate al proprio orientamento sessuale, ma di essere stato ciononostante consegnato senza alcuna formalità alle autorità slovene e da queste ulteriormente consegnato alle autorità croate che l'avevano infine respinto oltre il confine croato in Bosnia-Erzegovina. Il ricorrente affermava inoltre di aver subito violenze da parte delle autorità di polizia slovene e vere e proprie torture da parte di quelle croate. Accogliendo il ricorso cautelare, il giudice monocratico dichiarava il diritto del ricorrente di presentare richiesta di protezione internazionale in Italia ed ordinava alle amministrazioni competenti di adottare i provvedimenti necessari a consentirne l'ingresso nel territorio dello Stato.

Il provvedimento del giudice monocratico constatava l'illegittimità di riammissioni che avvengono senza trovare formalizzazione in alcun provvedimento amministrativo, in applicazione informale dell'Accordo bilaterale tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica di Slovenia sulla riammissione delle persone alla frontiera, firmato a Roma il 3 settembre 1996, mai pubblicato né ratificato. Tra le ragioni dell'illegittimità del provvedimento di respingimento informale trovava spazio anche la violazione di disposizioni di diritto dell'Unione europea e del sistema convenzionale europeo. In particolare, l'ordinanza faceva riferimento agli articoli 4, 19 e 47 della Carta dei diritti fondamentali e ad una serie di disposizioni di diritto derivato³⁹, nonché agli articoli 3 e 13 della Convenzione europea ed all'art. 4 del Protocollo n. 4.

I fatti specificamente allegati dal ricorrente venivano ritenuti provati oltre che da alcune risultanze documentali specifiche, anche dalle coerenti informazioni relative all'esistenza di

³⁸ Tribunale di Roma, Sezione Diritti della Persona e Immigrazione, ordinanza 18 gennaio 2021, procedimento R.G. 56420/2020.

³⁹ Nell'ordinanza si fa in particolare riferimento alle direttive rimpatri 2008/115/CE e procedure 2013/32/UE, nonché alla procedura per la determinazione dello Stato competente ad esaminare una domanda di asilo, come definita dal Regolamento 604/2013/UE, c.d. Dublino III.

una prassi di respingimenti a catena, basate su rapporti di organismi internazionali⁴⁰, su dichiarazioni ufficiali degli stessi governi italiano⁴¹ e sloveno⁴², nonché su rapporti di ONG⁴³.

La successiva ordinanza del collegio, accogliendo il reclamo presentato dal Ministero dell'Interno, revocava però l'ordinanza del giudice monocratico, ritenendo non provati i fatti dell'espulsione⁴⁴.

8. (segue): *Lo standard probatorio: discrasie tra Roma e Strasburgo*

Naturalmente, in procedimenti come quello italiano che ho appena preso in considerazione, la prova della materialità dei fatti è estremamente difficile. Molto spesso in quei casi non emergono registrazioni ufficiali dei passaggi della frontiera, in un senso e nell'altro: anche quando vi siano sofisticati strumenti di fotorilevamento del confine con immagini infrarosse le immagini non risultano disponibili. Questa, per riferirsi a due ricorsi su cui si è pronunciata di recente la Corte europea, era la posizione del governo croato nel tragico caso oggetto della sentenza *M.H. v. Croatia* del novembre 2021⁴⁵; del pari il governo spagnolo non aveva prodotto alcuna documentazione fotografica o video nel caso delle barriere di Melilla oggetto della sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*⁴⁶. Addirittura, in alcune situazioni di respingimenti informali i rapporti di organismi internazionali danno conto di "spiegazioni" fornite dalle autorità nazionali relative a prassi di registrazione temporanea con successiva cancellazione di ogni dato: è questo il caso di molte delle stazioni di polizia di frontiera greche oggetto del rapporto del Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa relativo alla visita effettuata in marzo 2020⁴⁷.

⁴⁰ Viene citata in particolare una dichiarazione congiunta dello *UN Special Rapporteur on the human rights of migrants* e dello *UN Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* del giugno 2020.

⁴¹ Il riferimento è ad una conferenza stampa del Ministero degli Interni italiano del 2020 e ad una precedente risposta del Ministro ad un'interrogazione parlamentare in cui si conferma di procedere a riammissione informale verso la Slovenia dei migranti intercettati senza titolo di ingresso nei territori vicino al confine italo-sloveno «anche qualora sia manifestata l'intenzione di richiedere protezione internazionale». Cfr. Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 379 di venerdì 24 luglio 2020, Interpellanza *Elementi e iniziative in relazione alle procedure di riammissione dei migranti in Slovenia, con particolare riferimento al pieno rispetto della normativa in materia di protezione internazionale - n. 2-00861, Risposta del Sottosegretario agli Interni Achille Variati*. Il testo dell'Interpellanza e della Risposta del Sottosegretario sono reperibili on-line al sito <https://www.camera.it/leg18/410?idSeduta=0379&tipo=stenografico#>.

⁴² Il riferimento è ai dati del Ministero degli Interni sloveno, come riportati in diversi report di ONG.

⁴³ In particolare, Amnesty International, *Human Rights in Europe - Review of 2019 - Slovenia*.

⁴⁴ Tribunale di Roma, Sezione Diritti della Persona e Immigrazione, Ordinanza 27 aprile 2021, RG7045/2021.

⁴⁵ Corte europea dei diritti umani, sentenza 18 novembre 2021, *M.H. and others v. Croatia*, ricorsi 15670/18, 43115/18, spec. §§ 104, 156, 251.

⁴⁶ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., § 81.

⁴⁷ *Report to the Greek Government on the visit to Greece carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 13 to 17 March 2020*, CPT/Inf (2020) 35, cit. Particolarmente sconcertante è la situazione del centro di detenzione di Poros, al confine greco turco sul fiume Evros: vale la pena riportare qui testualmente le osservazioni del Comitato: «the complete absence of any registration of detention at the Poros detention centre is extremely worrying. The Poros centre [at least since 29 February 2020] was officially being used for holding migrants for several hours prior to their transport to another detention facility. The delegation was told that all persons were recorded upon entry to the facility but that at the end of each day the form containing the information on these persons was simply thrown away. Such a practice lends credence to the very detailed allegations that the Poros detention facility was used to hold

Ciò detto, non resta che notare il diverso standard probatorio che, in questa materia, il Tribunale di Roma sembra avere applicato, rispetto alla Corte europea. In simili casi, caratterizzati dalla mancata identificazione del ricorrente da parte dello Stato cui si imputa un respingimento informale, la Corte di Strasburgo sembra in effetti richiedere soltanto un elemento di prova *prima facie*, capace cioè di stabilire la verosimiglianza delle allegazioni del ricorrente, determinando in tal modo un'inversione dell'onere della prova⁴⁸. Per contro, secondo quanto statuito dal Tribunale di Roma nell'ordinanza collegiale, nel vagliare se la lesione del diritto sia «verosimile e probabile alla luce degli elementi di prova esistenti *prima facie*», non si potrebbe considerare vigente un onere della prova attenuato né un «dovere di cooperazione officiosa del giudice», poiché ciò varrebbe, nell'ordinamento italiano, solo in relazione a «la situazione generale esistente nel Paese di origine dei richiedenti asilo e, ove occorra, dei Paesi in cui questi sono transitati», ma non invece in relazione alla prova delle circostanze di un respingimento, che «attengono a vicende complesse» che, se provate, implicherebbero «gravissime condotte delle autorità italiane».

Insomma, è difficile allontanare l'impressione di una prova diabolica richiesta al soggetto che affermi di essere stato respinto senza essere stato previamente identificato. Quest'impressione mi sembra confermata dal fatto che, come abbiamo visto, la pratica delle riammissioni informali al confine sloveno non è affatto contestata né dal governo italiano, né da quello sloveno; altresì, il ricorrere di numerosi respingimenti a catena sulla rotta balcanica, dalla Slovenia, attraverso la Croazia e fino alla Bosnia-Erzegovina è oggetto di numerose attestazioni in rapporti di organismi internazionali⁴⁹, come pure già ricordato.

9. Rilevanti conferme dalla giurisprudenza slovena e austriaca

Di più, quella prassi è attestata in almeno tre altre sentenze rese nello stesso periodo da giurisdizioni di due altri Stati membri dell'UE coinvolti nella c.d. rotta balcanica.

Si tratta di due sentenze dell'*Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo della Repubblica di Slovenia), rispettivamente del 22 giugno 2020⁵⁰ e del 17 dicembre 2020⁵¹, e di una

persons arbitrarily without any access to their rights, and that it served as a staging post for the pushback of migrants to Turkey»: ivi, p. 13.

⁴⁸ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 85, il cui passaggio rilevante vale la pena riportare per esteso, poiché la Grande Camera vi nota che «the absence of identification and personalised treatment by the authorities of the respondent State in the present case, which has contributed to the difficulty experienced by the applicants in adducing evidence of their involvement in the events in issue, is at the very core of the applicants' complaint. Accordingly, the Court will seek to ascertain whether the applicants have furnished prima facie evidence in support of their version of events. If that is the case, the burden of proof should shift to the Government».

⁴⁹ Si veda il comunicato congiunto dello UN *Special Rapporteur on Human Rights of Migrants* e dello UN *Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, del 19 giugno 2020, dal titolo *Croatia: Police brutality in migrant pushback operations must be investigated and sanctioned*, reperibile al sito <https://www.ohchr.org/en/news/2020/06/croatia-police-brutality-migrant-pushback-operations-must-be-investigated-and>; si veda inoltre il già citato *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea*, UN *Special Rapporteur on Human Rights of Migrants* (2021), § 56.

⁵⁰ *Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo, Slovenia), sentenza 22 giugno 2020, UPRS Sodba I U 1490/2019-92, SI:UPRS:2020:I.U.1490.2019.92, reperibile on line al sito <http://sodnapraksa.si/>. Una sintesi in inglese è accessibile al sito <https://cjc.eu.eu/data/data/data?idPermanent=246&trial=1>.

⁵¹ *Upravno sodišče* (Tribunale Amministrativo, Slovenia), sentenza 17 dicembre 2020, UPRS Sodba I U 1686/2020, SI:UPRS:2020:I.U.1686.2020.126, reperibile on line al sito <http://sodnapraksa.si/>.

successiva decisione del *Landesverwaltungsgericht Steiermark* di Graz, in Austria, del 1. luglio 2021⁵².

Nelle due sentenze di giugno e dicembre 2020, il Tribunale sloveno, applicando per la prima volta l'art. 19, par. 1⁵³, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁴, afferma la violazione del divieto di espulsioni collettive in relazione al respingimento a catena dalla Slovenia alla Croazia, e di lì alla Bosnia Erzegovina, di un cittadino camerunese nel primo caso, e di un cittadino iracheno di etnia curda ed ancora di un cittadino camerunese nel secondo. L'analisi condotta dalla corte slovena è basata su un'attenta valutazione della giurisprudenza della Corte europea⁵⁵ e si sofferma, tra l'altro, sull'impossibilità di invocare un'eccezione basata sull'art. 72 TFUE, in relazione ad una situazione di pretesa emergenza al confine sloveno-croato⁵⁶. In entrambi i casi si trattava di respingimenti attuati sulla base di un accordo di riammissione concluso nel 2006 tra la Slovenia e la Croazia.

Quanto alla decisione austriaca del luglio 2021, la corte di Graz dichiara illegittimo il respingimento informale verso la Slovenia di un cittadino marocchino che era entrato irregolarmente in territorio austriaco e che, dopo essere stato intercettato dalla polizia, aveva più volte ripetuto la parola "asilo" in inglese e francese. Nel censurare quel respingimento in quanto posto in essere in violazione delle norme interne e delle garanzie convenzionali relative al divieto di *refoulement*, il tribunale amministrativo della Stiria osserva in particolare che, dalle risultanze istruttorie, si può desumere che i *pushbacks* sono almeno in parte metodicamente applicati in Austria⁵⁷, e che questi avvengono senza obiezioni da parte slovena in considerazione del successivo respingimento a catena (*darauffolgenden Kettenabschiebung*) verso la Croazia e di lì in Bosnia-Erzegovina⁵⁸, come accaduto ai ricorrenti⁵⁹.

Da quelle decisioni slovene ed austriaca si può desumere, peraltro, un'ulteriore, lapalissiana conseguenza: per potersi avere una benché minima possibilità di attivare una garanzia giurisdizionale rispetto a fatti come quelli di cui si sta discutendo, occorre una qualche formalizzazione – anche solo incidentale – nella procedura informale che porta al respingimento: un verbale di arresto per violazione delle regole sull'ingresso nel territorio, l'assunzione delle impronte digitali e la fotoidentificazione. Una volta che si dia una traccia ufficiale della presenza del migrante irregolare nel territorio dello Stato da cui viene espulso, o alla frontiera del quale viene respinto, diviene concretamente possibile contestare le modalità dell'espulsione o del respingimento davanti ad un organo giurisdizionale.

In assenza di una tale minima formalizzazione è estremamente difficile dare la prova di fatti concreti che riguardano specifici ricorrenti. In mancanza di un approccio favorevole alla prova dei fatti in cui si concretano espulsioni o respingimenti informali, l'effettività della tutela giurisdizionale, già erosa dalla lontananza fisica, dalla scarsità di risorse materiali, ma

⁵² *Landesverwaltungsgericht Steiermark* (Tribunale amministrativo del Land Stiria), sentenza 1 luglio 2021, LVwG 20.3-2725/2020.

⁵³ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., par. 405.

⁵⁴ *Upravno sodišče*, sentenza 17 dicembre 2020, cit., § 245.

⁵⁵ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., § 407 ss.

⁵⁶ *Upravno sodišče*, sentenza 22 giugno 2020, cit., § 291 s.

⁵⁷ *Landesverwaltungsgericht Steiermark*, sentenza 1 luglio 2021, cit., punto 2, ultimo periodo, della sezione *Sachverhalt* (Fatti), ove si prende atto del fatto che «„Push-Backs“ in Österreich teilweise methodisch Anwendung finden» («i *push-backs* sono almeno in parte applicati sistematicamente in Austria»).

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ivi*, punto 1, ultimo periodo della sezione *Sachverhalt* (Fatti) e punto 4 della sezione *Entscheidungsgründe* (Motivi della decisione).

anche dalla scarsa consapevolezza dei propri diritti e dalla mancanza di fiducia nel sistema, rischia di trasformarsi in una vuota chimera.

II – Gli anticorpi nel sistema della Convenzione

10. L'infittirsi degli accertamenti di violazione della Convenzione europea in relazione alla gestione delle frontiere esterne dell'Unione

Abbiamo visto, dunque, il preoccupante espandersi di prassi di chiusura dei confini particolarmente problematiche. Come è documentato sia da rapporti di qualificati organismi indipendenti, sia da numerosi episodi emersi in sede giurisdizionale, la situazione complessiva negli Stati membri dell'Unione attesta la frequenza di fenomeni di espulsione/respingimento in assenza di qualsiasi provvedimento e garanzia individuale, rispetto ai quali può ipotizzarsi una violazione di garanzie poste da fonti internazionali e sovranazionali. Secondo l'impostazione che ho prima delineato, si tratta ora di verificare quest'ipotesi, interrogandosi sulla qualificazione di quelle prassi, alla luce dei parametri offerti dai due sistemi europei rilevanti in quest'ambito: la Convenzione europea e il diritto dell'Unione.

Cominciando con il sistema convenzionale, ho appena avuto modo di ricordare che, grazie ad un approccio alla prova dei fatti favorevole al ricorrente, sembra in effetti preservata una reale possibilità di accesso ad un ricorso davanti alla Corte europea. Di conseguenza, si assiste negli ultimi anni ad un aumento dei casi portati all'attenzione di quella Corte e, in particolare, ad un significativo incremento degli accertamenti di violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4⁶⁰, o di altre disposizioni convenzionali che in parte vi si sovrappongono da parte di quegli Stati – la Grecia, tra gli Stati membri dell'Unione⁶¹ – che non sono vincolati da quel Protocollo.

In questo paragrafo e nei due seguenti mi occuperò dunque di fare il punto su quella giurisprudenza, cominciando qui con un resoconto delle situazioni via via prese in considerazione dalla giurisprudenza e culminate in accertamenti di violazione del divieto di espulsioni collettive, oltre che di garanzie diverse previste dal sistema convenzionale.

Dopo l'isolato caso *Conka v. Belgium* dei primi anni duemila, relativo ad un'espulsione collettiva di un gruppo di cittadini slovacchi di etnia *rom*, la censura dei modi in cui si esprime la politica degli Stati membri dell'Unione di chiusura dei confini nei confronti dei migranti provenienti da Paesi terzi emerge con forza, nel decennio successivo, con le decisioni adottate dalla Corte europea a censura dei respingimenti in mare o ai porti praticati dall'Italia, con la sentenza *Hirsi Jamaa* del 2012⁶² e con la successiva *Sharifi* del 2014⁶³. Si riprende poi, molto più di recente, con una serie di decisioni che spostano il baricentro della giurisprudenza

⁶⁰ Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte fino al 2018, con particolare attenzione ai casi che coinvolgono Stati membri UE, cfr. F.L. GATTA, *The Problematic Management of Migratory Flows in Europe and Its Impact on Human Rights: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in G.C. BRUNO, F. M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (Eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, Roma, 2019, p. 119 ss.

⁶¹ Cui si aggiungono Svizzera e Regno Unito, tra gli Stati del Consiglio d'Europa non membri dell'Unione.

⁶² Cit. *supra*, nota 13.

⁶³ Corte europea dei diritti umani, sentenza 21 ottobre 2014, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, ricorso 16643 /09.

verso est. Le prime avvisaglie si hanno con le sentenze del 2018 nel caso *M.A. and others v. Lithuania*⁶⁴, e con quella del luglio 2020 nel caso *M.K. and others v. Poland*⁶⁵ per le espulsioni collettive di cittadini russi di etnia cecena al confine bielorusso. Spostandosi più a sud, sulla rotta balcanica, arriva l'ancora più recente sentenza *Shahzad v. Hungary* del luglio 2021⁶⁶, con cui la Corte sancisce la violazione del divieto di espulsioni collettive per i respingimenti operati nella fascia di confine in cui è costruita la barriera e sono istituite le zone di transito presso le località ungheresi di *Rösztke* e *Tompá*. Ancora, scendendo lungo la rotta balcanica, viene in rilievo la sentenza *M.H. v. Croatia* del novembre 2021⁶⁷, relativa all'inumano respingimento informale di un gruppo di profughi comprendente una madre afgana con sette figli minori, cui venne imposto dalle guardie di frontiera croate di rientrare in Serbia seguendo a piedi i binari ferroviari, di notte. In quell'occasione una delle bimbe, Madina, di sei anni, fu travolta e uccisa da un treno. La Corte accerta, in relazione a quei fatti, la violazione del divieto di espulsioni collettive, oltre che di numerose altre norme convenzionali.

Tornando verso il mediterraneo, il faticoso emergere nella giurisprudenza di Strasburgo della politica di respingimenti alle frontiere e nelle acque greche si compie con la sentenza del luglio 2022 contro la Grecia nel caso *Safi*⁶⁸, in cui la Corte si pronuncia in relazione ad un naufragio di un vascello di fortuna con diversi migranti a bordo, avvenuto nel corso di un'operazione di traino verso le acque turche operata da un guardiacoste greco. In tal caso, le censure non si riferiscono al Protocollo n. 4, per la sua inapplicabilità alla Grecia, ma la Corte unanime accoglie le censure relative alla violazione dell'art. 2 (diritto alla vita, *coté* procedurale e *coté* sostanziale) commesse dalla Grecia in occasione di quel respingimento.

Infine, a partire da agosto 2021, in diverse *decine* di ricorsi la Corte europea ha ingiunto ai governi polacco, lettone e lituano l'adozione di misure provvisorie a protezione di ricorrenti bloccati o respinti nella "terra di nessuno" tra Bielorussia e Polonia e, in numero minore, Lettonia e Lituania⁶⁹.

In particolare, in relazione al ricorso attualmente pendente nel caso *R.A. and others v. Poland*⁷⁰, le misure provvisorie ordinate dalla Corte europea hanno prima ingiunto alla Polonia di fornire ai ricorrenti di cibo, acqua, vestiti, cure e alloggio temporaneo; in un secondo momento quelle misure si sono estese all'ingiunzione di permettere agli avvocati dei ricorrenti di prendere i necessari contatti con quelli e all'ordine di non rimpatriare i ricorrenti in Bielorussia.

Va citato infine un caso di condanna della Francia per l'espulsione di due minori non accompagnati dall'isola di Mayotte, dipartimento francese d'oltre mare, verso le isole Comore, Stato terzo. Di questo caso, al di là del principio giuridico specificamente rilevante, relativo all'espulsione di minori non accompagnati, è interessante considerare la "singolarità". Si tratta in effetti dell'unica condanna della Francia per un'espulsione collettiva, nonostante la corposa prassi di espulsioni informali operate dalle autorità francesi ai confini spagnolo e,

⁶⁴ Corte europea dei diritti umani, sentenza 11 dicembre 2018, *M.A. and others v. Lithuania*, ricorso 59793/17.

⁶⁵ Corte europea dei diritti umani, sentenza 23 luglio 2020, *M.K. and others v. Poland*, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17.

⁶⁶ Cit. *supra*, nota 19.

⁶⁷ Cit. *supra*, nota 46.

⁶⁸ Corte europea dei diritti umani, sentenza 7 luglio 2022, *Safi and others v. Greece*, ricorso 5418/15.

⁶⁹ Si veda il comunicato ECHR 051 (2022), del 21 febbraio 2022, *Update on Interim Decisions Concerning Member States' Borders with Belarus*, anche per i numeri, realmente impressionanti.

⁷⁰ Ricorso 42120/21.

soprattutto, italiano⁷¹. E ciò si deve, sia chiaro, non ad una presenza di casi di rigetto di censure, nel merito o quanto all'ammissibilità, bensì ad una totale assenza di casi relativi a quelle prassi ai confini interni.

Con ciò si esprime, in negativo, una caratteristica dell'intero sistema convenzionale. Uno strabismo che porta a non considerare in alcun modo espulsioni e respingimenti di cittadini di Paesi terzi posti in essere con sempre maggiore sistematicità alle frontiere interne dell'Unione: una prassi che, lungi dall'essere limitata alla Francia, caratterizza come si è visto⁷² i confini interni interessati dalla c.d. rotta balcanica: il confine tra Italia e Slovenia, quello tra Austria e Slovenia, ed infine quello tra Slovenia e Croazia.

11. *Lo standard applicabile al divieto di espulsione collettiva: apprezzamento generale*

Ora, le sentenze di condanna appena ricordate ed una più generale considerazione dei principi espressi dalla giurisprudenza della Corte europea consentono di mettere alcuni punti fermi su ciò che è lecito e ciò che invece non lo è, quando si proceda all'espulsione o al respingimento di cittadini di Paesi terzi o apolidi, alla luce della portata del divieto di espulsioni collettive nel sistema convenzionale.

Nelle sentenze della Corte europea si delinea con sufficiente chiarezza un principio secondo cui rientra nella nozione di espulsione collettiva qualsiasi misura adottata da uno Stato, nell'ambito della sua giurisdizione, con cui si impone a stranieri o apolidi di lasciare il territorio dello Stato – o si nega loro ingresso in tale territorio, come si vedrà meglio tra un attimo – quando quelle misure non siano basate su «a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien» e possano quindi considerarsi applicate a stranieri o apolidi non considerati individualmente, ma come *gruppo*⁷³. Perché una misura di espulsione possa dirsi basata su un esame ragionevole ed obiettivo della posizione individuale dello straniero, è necessario che ognuno degli individui che fanno oggetto della misura di espulsione abbia avuto una «genuine and effective possibility» di far valere i propri argomenti contro l'espulsione; quegli argomenti, inoltre, devono essere stati esaminati «in an appropriate manner» dalle autorità dello Stato⁷⁴.

La garanzia di una considerazione individualizzata delle ragioni che possono ostare all'espulsione si applica a prescindere dall'eventuale titolo di soggiorno sul territorio dello Stato che procede all'espulsione e protegge dunque qualsiasi persona che si trovi *di fatto* nell'ambito di esercizio della giurisdizione dello Stato che l'allontana dal suo territorio, o che vi rifiuta l'ingresso. In altre parole, la garanzia in questione si applica *anche* (e si potrebbe

⁷¹ Su cui si veda il rapporto del 2021 dello UN *Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants* cit. *supra*, alla nota 18.

⁷² Cfr. la discussione delle decisioni giudiziarie italiane, slovene ed austriache svolta nei tre paragrafi precedenti, ma anche i dati riportati nei rapporti degli organismi di garanzia del sistema ONU e del Consiglio d'Europa riportati al par. 6.

⁷³ *Conka v. Belgium*, cit., punto 59.

⁷⁴ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sentenza 15 dicembre 2016, *Khlajfia and others v. Italy*, ricorso n. 16483/12, punto 248. Per una critica dell'approccio concretamente seguito dalla Corte in quella sentenza v. però A. SACCUCCI, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Dir. uomo. dir. int.*, 2018, p. 29 ss. Secondo quella critica, la Corte consentirebbe in concreto ad uno Stato di procedere all'espulsione sul presupposto di una mera identificazione della persona espulsa, ed in assenza di argomenti sollevati da quella, purché ne abbia astrattamente avuto la possibilità.

aggiungere *soprattutto*) alle persone che sono prive di titolo di soggiorno o di entrata: *ai migranti in situazione irregolare*. È l'intera giurisprudenza degli ultimi anni della Corte europea a confermare questa conclusione, da *Hirsi Jamaa* a tutti i casi cui ho fatto riferimento nel paragrafo precedente.

A partire da *Hirsi Jamaa*, inoltre, è chiaro che il divieto non copre più soltanto l'espulsione in senso letterale dal territorio, ma anche il diniego di ingresso nel territorio (o nelle acque territoriali) dello Stato e l'allontanamento verso il territorio di altro Stato, le acque territoriali di quello, o l'alto mare, in un'interpretazione evolutiva del concetto di espulsione collettiva che copre *espulsione e respingimento* e diviene così un elemento peculiare dell'approccio "europeo" al divieto di espulsioni collettive⁷⁵.

12. L'emergere di un'eccezione di own culpable conduct

Sulla base delle decisioni cui si è fatto sin qui riferimento, l'applicazione del divieto di espulsioni e respingimenti collettivi si fonda sulla valutazione oggettiva della condotta delle autorità dello Stato, nel momento in cui procedono al respingimento o all'espulsione di una persona che si trova irregolarmente nel territorio dello Stato, o che cerca di entrarvi senza averne apparentemente titolo.

Tuttavia, nel panorama giurisprudenziale della Corte europea appare un'importante e controversa eccezione a tale approccio meramente oggettivo, a partire dalla sentenza resa dalla Grande Camera nel 2020 nel caso del "muro" di Melilla⁷⁶. A partire da quella sentenza, infatti, anche laddove l'espulsione o il respingimento siano avvenuti senza che fossero prese in considerazione le circostanze personali dello straniero espulso, dandogli una possibilità reale ed effettiva di presentare le proprie argomentazioni, la giurisprudenza di Strasburgo ha in alcuni casi escluso la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 in presenza di una discutibile condizione negativa attinente alla condotta dello straniero: si tratta delle ipotesi in cui il respingimento senza esame individuale sia giustificato dall'*own (culpable) conduct of the migrants*.

Tale condizione negativa, pur menzionata già in due precedenti decisioni di inammissibilità del 2005⁷⁷ e 2011⁷⁸, assume in realtà nuovo e più ampio contenuto con la sentenza del 2020 sul muro di Melilla, perché non è più riferita al rifiuto dei migranti di farsi identificare e di interloquire con le autorità, così da rendere impossibile quell'esame⁷⁹, o al fatto di aver avanzato argomenti identici, così da aver dato luogo ad un'analisi parallela delle rispettive situazioni⁸⁰. Piuttosto, la condizione della condotta colpevole dei migranti espulsi viene ora estesa alla situazione di ingresso illegale nel territorio di uno Stato che avvenga in gruppo, sfruttando deliberatamente la numerosità del gruppo e – asseritamente – facendo uso della forza, così da dar luogo ad una situazione capace di mettere a repentaglio la sicurezza pubblica, a condizione che lo Stato abbia assicurato un accesso reale ed effettivo

⁷⁵ M. DI FILIPPO, *Walking the (Barbed) Wire*, cit., p. 482.

⁷⁶ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit.

⁷⁷ Corte europea dei diritti umani, decisione di inammissibilità 16 giugno 2005, *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, ricorso n. 18670/03.

⁷⁸ Corte europea dei diritti umani, decisione di inammissibilità 1 febbraio 2011, *Dritsas et autres c. Italie*, ricorso n. 2344/02.

⁷⁹ *Dritsas et autres*, cit., punto 7.

⁸⁰ *Berisha and Haljiti*, cit., punto 2.

alle vie d'ingresso legali, in particolare alle procedure di frontiera⁸¹. Inoltre, a giudicare da una successiva decisione adottata da una sezione della Corte nel luglio 2022 per fatti legati all'attraversamento della frontiera terrestre tra Grecia e Macedonia del Nord, quella condizione negativa sembrerebbe applicarsi a qualsiasi ingresso irregolare collettivo, anche pacifico, che avvenga deliberatamente al di fuori delle procedure regolari di frontiera⁸².

Ora, si potrebbe essere tentati di leggere nella sentenza del luglio 2022 la fuga in avanti di una sezione, rispetto ad un atteggiamento più prudente della Grande Camera. A guardar bene, però, non è così. Il riferimento alla violenza è, nella sentenza sulla prassi spagnola dei respingimenti *en caliente* a Melilla, piuttosto fuorviante. In quel caso, infatti, non era affatto accertato l'uso della violenza da parte dei migranti. La Corte si limita, a ben vedere, ad accettare l'equazione proposta dal governo spagnolo tra violazione *en masse* della frontiera e perturbazione dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza.

Si tornerà oltre su tale approccio, confrontandolo con quello, ben più rigoroso, della Corte di giustizia⁸³. Per intanto, possiamo però constatare che l'accento della giurisprudenza della Corte europea sembra essersi impercettibilmente spostato, almeno alle frontiere terrestri, a favore della loro impermeabilità, svuotando l'art. 4 del Protocollo n. 4 di buona parte del suo significato in tutti quei casi in cui la frontiera sia fisicamente chiusa con muri o altre barriere costantemente vigilate e l'allontanamento avvenga nell'immediatezza del superamento di quelle barriere. Rimangono proibite le espulsioni collettive frutto di arresti avvenuti chiaramente all'interno del territorio nazionale, in un tempo successivo a quello dell'immediato attraversamento della frontiera (*Shahzad v. Hungary*) e quelle in cui all'immediato respingimento si aggiungano violazioni di ulteriori garanzie convenzionali, *in primis* il diritto alla vita (*M.H. and others v. Croatia*).

13. Conclusioni intermedie

Per concludere questa prima parte dell'analisi, gli anticorpi convenzionali non sembrano, in sintesi, capaci di sconfiggere il virus della chiusura ad *ogni* costo delle frontiere.

In relazione alle manifestazioni più clamorose ed evidenti di quel virus – i respingimenti *en caliente* informali, ma palesi, alle frontiere esterne militarizzate degli Stati membri dell'Unione – l'emergere dell'eccezione dell'*own culpable conduct* al divieto di espulsioni collettive priva quel divieto di buona parte del suo autonomo significato, limitando paradossalmente gli obblighi degli Stati che presidiano una frontiera terrestre in maniera molto più marcata rispetto a quelli degli Stati che invece presidiano una frontiera marittima. In buona sostanza, con la sentenza *N.D. and N.T. v. Spain* relativa al muro di Melilla, la nozione di espulsione collettiva al confine terrestre non comprende più quella di respingimento, salvo casi eccezionali in cui sia contestualmente data una violazione di altre specifiche disposizioni convenzionali.

In relazione poi alle espressioni più nascoste ed insidiose di quel virus – i respingimenti a catena informali, praticati con modalità a volte neppure tracciabili, dalle frontiere interne

⁸¹ *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., punto 201.

⁸² Corte europea dei diritti umani, sentenza 5 luglio 2022, *A.A. and others v. North Macedonia*, ricorso 55798/16 e altri quattro, punti 121-123.

⁸³ *Infra*, § 17.

tra Stati membri, fino alle frontiere esterne con Stati terzi, il sistema convenzionale sembra, per il momento, totalmente irrilevante.

III – *Gli anticorpi nel diritto dell'Unione*

14. *Segnali ambigui dal diritto dell'Unione*

Spostiamoci ora sulla valutazione delle prassi oggetto di questo intervento dal lato del diritto dell'Unione europea, per vedere se in quel sistema siano presenti anticorpi capaci, almeno in teoria, di andare oltre la debole protezione offerta dal sistema convenzionale.

Come ho argomentato in un altro scritto su questo tema⁸⁴, il diritto dell'Unione si segnala, in quest'ambito, anzitutto per un'enorme assenza. L'art. 19, primo paragrafo della Carta, che esprime il divieto di espulsioni collettive con tenore quasi identico alla previsione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea, non trova infatti alcuno spazio nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primo luogo, nessun ricorso per infrazione è stato deciso, né alcuno pende, in relazione alla violazione di quel divieto da parte degli Stati membri. Questo dato, ahimé, esprime benissimo la coerenza della linea dell'attuale Commissione europea con le politiche di brutale chiusura dei confini nei confronti dei cittadini di Paesi terzi espressa dalla gran parte degli Stati membri.

In secondo luogo, nessuna questione pregiudiziale è stata risolta, né alcuna pende, sul rispetto del divieto di espulsioni collettive previsto da quella disposizione della Carta. L'assenza di pregiudiziali esprime la rarefazione delle occasioni in cui questioni relative ai respingimenti informali possono essere portate davanti ai giudici degli Stati membri, in conseguenza delle caratteristiche stesse del fenomeno: sfuggente ai controlli dello Stato di diritto, per la sua informalità; efficacissimo nell'allontanare quei migranti dal territorio dell'Unione, per il concatenamento dei successivi respingimenti fino all'esterno di quel territorio⁸⁵.

Nel prosieguo di questo contributo cercherò tuttavia di mostrare come, nonostante il preoccupante silenzio sull'art. 19, par. 1, TFUE, il diritto dell'Unione europea possa giocare – ove si trovi un rimedio alle carenze strutturali che la tutela giurisdizionale sembra conoscere per chi viene respinto oltre le frontiere esterne⁸⁶ – un ruolo non secondario a garanzia di un livello di protezione superiore rispetto a quello garantito dalla Convenzione, in relazione al divieto di espulsioni collettive.

Allo stato attuale, la via per giungere a una tale conclusione è, però, indiretta, perché coinvolge alcune disposizioni del diritto derivato, come interpretate dalla Corte di giustizia

⁸⁴ B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive: riflessioni sul rischio di snaturamento dell'ordinamento giuridico dell'Unione alle sue frontiere esterne*, in A. TIZZANO, P. DE PASQUALE, F. FERRARO, R. MASTROIANNI (a cura di), *Giuseppe Tesoro. Un uomo, un europeista*, Napoli, 2023, p. 245 ss.

⁸⁵ Aspetti su cui ho scritto nel mio contributo agli *Studi in memoria di Giuseppe Tesoro*, cit. alla nota precedente, spec. p. 254 ss.

⁸⁶ Per alcune proposte mi sia permesso rinviare a quanto scritto in B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive*, cit., p. 261 ss.

in relazione ad *altre* norme e principi del diritto primario, seppur anch'essi collegati al divieto di espulsione collettiva.

15. Il ruolo del diritto procedurale derivato e di alcuni principi del diritto primario

Andiamo con ordine, partendo dalle norme del diritto derivato che possono costituire ostacolo alle prassi di respingimenti informali praticate dagli Stati membri.

Nel sistema europeo di asilo spiccano le disposizioni sull'accesso alla procedura di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale, contenute in particolare all'art. 6 della direttiva procedure 2013/32, come interpretato dalla Corte di giustizia, le previsioni della direttiva rimpatri 2008/115, che contempla la necessità di una decisione di rimpatrio, salvo alcune limitate eccezioni, ed i principi relativi al rapporto tra le due direttive, ancora una volta nell'interpretazione datane dalla Corte. Quelle disposizioni e quei principi escludono, per l'essenziale, qualsiasi respingimento operato senza una previa identificazione del migrante ed un'adeguata considerazione delle circostanze individuali.

Vediamo di considerare il fondamento di tale affermazione nel dettaglio, partendo dalle norme della direttiva rimpatri⁸⁷. In essa si prevede in linea di principio che l'espulsione e il respingimento dei cittadini di paesi terzi ed apolidi in condizioni di soggiorno irregolare siano decisi nell'ambito di specifiche procedure e siano disposti con provvedimenti motivati⁸⁸ ed impugnabili⁸⁹, in esito a procedure che, secondo la Corte di giustizia, devono essere eque e trasparenti⁹⁰. Ciò garantisce, già di per sé, una certa tutela contro pratiche di respingimento informale generalizzato, come dimostra la sentenza resa dalla Corte nel procedimento per infrazione sulle *zone di transito* ungheresi, nella parte in cui accoglie la quarta censura fatta valere dalla Commissione, relativa al fatto «che in una situazione di crisi causata da un'immigrazione di massa, i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel [territorio dello Stato] è irregolare [sono] ricondotti forzatamente» in territorio serbo, senza rispettare le procedure e le garanzie definite dalla direttiva 2008/115⁹¹.

Vi sono però, almeno *apparentemente*, in quella direttiva, delle zone grigie, degli spazi in cui sembra aprirsi una discrezionalità degli Stati membri e che consentirebbero di giustificare proprio le prassi più problematiche di cui ho dato conto in apertura di questo intervento. Si leggono, infatti, nella direttiva rimpatri, specifiche previsioni che aprono ad una deroga delle procedure in essa previste per i casi di respingimento alla frontiera⁹² e per i casi di riammissione in altro Stato membro sulla base di un accordo previgente l'entrata in vigore

⁸⁷ Per una più completa presentazione di quelle norme cfr. S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*², Torino, 2022, p. 368 ss.

⁸⁸ Art. 12 direttiva rimpatri 2008/115.

⁸⁹ Art. 13 direttiva rimpatri 2008/115.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) dell'8 maggio 2018, causa C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, EU:C:2018:308, punto 101.

⁹¹ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., § 227 ss., per la descrizione della censura mossa dalla Commissione, punti 241 ss., per il giudizio della Corte.

⁹² Art. 2, par. 2, lettera a), direttiva rimpatri, ai sensi del quale gli Stati possono decidere di non applicare la direttiva a soggetti «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro».

della direttiva, purché quel secondo Stato adotti, poi, una decisione formale in forza della direttiva (esclusi dunque tutti i casi di respingimento a catena)⁹³.

Nel primo caso, peraltro, si tratta di una deroga che, ai fini delle prassi discusse nel presente intervento, non produce alcun effetto legittimante: alle procedure della direttiva rimpatri si sostituiscono in effetti altre procedure, previste dal codice frontiere Schengen, così da escludere in ogni caso l'adottabilità di forme di respingimento informale, vale a dire tramite il mero uso della forza, senza l'adozione di un provvedimento motivato, seppure nelle forme semplificate previste dal codice frontiere Schengen.

Rimane, apparentemente, ammissibile un respingimento informale alle frontiere interne, in virtù di un accordo di riammissione bilaterale tra Stati membri precedente all'entrata in vigore della direttiva rimpatri, come quello italo-sloveno del 1996 e quello sloveno-croato del 2006. Tuttavia, argomentare nel senso di un'astratta ammissibilità di misure di respingimento informale nel caso degli accordi di riammissione intra-UE si dimostra esercizio del tutto fallace, per un imprescindibile argomento sistematico. Infatti, una lettura della direttiva rimpatri che la metta in relazione con le norme ed i principi del sistema comune europeo di asilo impone una conclusione opposta.

A tale proposito va notato anzitutto che è la stessa direttiva rimpatri a prevedere, al suo art. 4, una clausola di prevalenza dell'obbligo di *non refoulement*⁹⁴, ed un'ulteriore clausola di prevalenza, almeno in parte consequenziale a quella prima, a favore delle disposizioni di diritto derivato in materia di asilo⁹⁵. Vi sono ulteriormente nella direttiva rimpatri una serie di ipotesi in cui non è comunque possibile procedere al respingimento. Si tratta in particolare delle ipotesi in cui il respingimento andrebbe contro l'interesse superiore del bambino, l'esigenza di preservare l'unità della vita familiare o quella di garantire dignitose condizioni di salute della persona in questione⁹⁶, in relazione alle quali la stessa direttiva presuppone del resto l'adozione di provvedimenti motivati e scritti di conferma della posizione⁹⁷.

Ancora, è la stessa giurisprudenza della Corte relativa alle prassi oggetto di questo intervento a ricordarci la prevalenza della direttiva procedure sulla direttiva rimpatri, non appena la persona interessata da un possibile rimpatrio manifesti in qualsiasi forma l'intenzione di chiedere protezione internazionale. È particolarmente cogente il percorso argomentativo seguito dalla Grande sezione della Corte nella sentenza sulle *zone di transito* ungheresi e sui respingimenti informali operati dall'Ungheria verso la Serbia. In essa, la Corte (ri)afferma anzitutto il principio, già emerso nella sentenza *Ministerio Fiscal*⁹⁸, secondo cui una domanda di protezione internazionale si considera presentata nel momento stesso in cui sia manifestata l'intenzione di richiedere quella protezione, al di fuori di qualsiasi requisito

⁹³ Art. 6, par. 3, direttiva rimpatri, così formulato: «Gli Stati membri possono astenersi dall'emettere una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare qualora il cittadino in questione sia ripreso da un altro Stato membro in virtù di accordi o intese bilaterali vigenti alla data di entrata in vigore della presente direttiva. In tal caso lo Stato membro che riprende il cittadino in questione applica il paragrafo 1» e dunque adotta una decisione di rimpatrio ai sensi della direttiva.

⁹⁴ Art. 4, par. 4, lettera b), direttiva rimpatri.

⁹⁵ Art. 4, par. 2, direttiva rimpatri.

⁹⁶ Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2014, causa C-249/13, *Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, EU:C:2014:2431, punto 48.

⁹⁷ Cfr. G. CELLAMARE, *Dignità umana e trattamento degli stranieri irregolari in attesa di rimpatrio nel diritto dell'Unione europea*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2020, p. 1 ss.

⁹⁸ Sentenza 25 giugno 2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, EU:C:2020:495.

formale, ad una delle autorità rilevanti per l'art. 6 della direttiva procedure⁹⁹. Una volta manifestata quell'intenzione, osserva ancora la Corte nella sentenza sulle *zone di transito* ungheresi, lo Stato membro in questione deve poi garantire a quelle persone «un'effettiva possibilità di inoltrare la loro domanda» presso un'autorità competente ad esaminarla¹⁰⁰. Ciò vale in particolare laddove la domanda sia presentata da una persona in una situazione di soggiorno irregolare, poiché a partire dal momento in cui quella persona manifesta l'intenzione di ricevere protezione internazionale ad un'autorità pubblica rilevante, essa assume la qualifica di richiedente protezione internazionale¹⁰¹.

Infine, è fondamentale il chiarimento che emerge dalla sentenza della Corte nella sentenza *Ministerio Fiscal* del giugno 2020, secondo cui il concetto di «autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale» ai sensi dell'art. 6 della direttiva procedure è un concetto autonomo di diritto UE e non può essere lasciato ad una unilaterale determinazione da parte del legislatore nazionale. Quella nozione autonoma deve comprendere ogni autorità nazionale alla quale «è plausibile che una domanda di protezione internazionale [sia] presentata da un cittadino di paese terzo o da un apolide»¹⁰². In tal modo, sono incluse in quel concetto non solo le autorità che esercitano la forza pubblica nei confronti di quelle persone, e dunque le forze di polizia, le guardie di frontiera e le autorità che gestiscono centri di identificazione e trattenimento, ma anche un magistrato davanti al quale quelle persone siano chiamate a comparire in relazione a provvedimenti presi da quelle autorità.

Ebbene, dalla sentenza *Ministerio Fiscal* discende che il concetto di «autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale» ai sensi dell'art. 6 della direttiva procedure è sì autonomo, ma si costruisce dunque inevitabilmente in relazione alle scelte – politiche e amministrative – di gestione della frontiera del singolo Stato membro, così da evitare qualsiasi possibile aggiramento. Seguendo l'approccio utilizzato dalla Corte in quella sentenza si potrà in buona sostanza affermare che qualsiasi persona investita di funzioni pubbliche finalizzate, direttamente o indirettamente, a permettere il respingimento di chi entri, o tenti di entrare, nel territorio dello Stato, deve ritenersi destinataria dalle previsioni dell'art. 6 della direttiva procedure, e ciò anche a prescindere dalla formale inclusione di quella persona nella struttura amministrativa dello Stato.

Di conseguenza, chiunque nell'esercizio di quelle funzioni pubbliche entri in contatto con una persona migrante in condizione irregolare che manifesti in qualsiasi modo l'intenzione di richiedere protezione internazionale, dovrà non solo essere in grado di

⁹⁹ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punti 97 e 100, e causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punti 92-94, secondo cui «l'acquisizione della qualità di richiedente protezione internazionale non può essere subordinata né alla registrazione né all'inoltro della domanda», poiché tale qualità è acquisita «a partire dal momento in cui [l'interessato] “presenta” una siffatta domanda», senza che a tal fine possa essere imposto il rispetto di alcuna formalità amministrativa.

¹⁰⁰ Causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punto 93, con riferimento anche alla sentenza della Corte di giustizia del 25 gennaio 2018, causa C-360/16, *Hasan*, EU:C:2018:35, punto 76.

¹⁰¹ Si argomenti dal principio di diritto ricordato nella causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punto 96, secondo cui «l'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, in combinato disposto con il considerando 9 di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che tale direttiva non è applicabile a un cittadino di un paese terzo che abbia inoltrato una domanda di protezione internazionale, ai sensi della direttiva 2013/32», in congiunzione con il principio enunciato ai punti 92 e 94 di quella stessa sentenza. Cfr. altresì causa C-808/18, *zone di transito* ungheresi, cit., punti 97 e 100.

¹⁰² Causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal*, cit., punti da 57 a 59, richiamata anche al punto 90 della citata sentenza del dicembre di quell'anno nella causa C-808/18, sulle *zone di transito* ungheresi.

informarla circa le autorità competenti a registrare quella domanda e le relative procedure, ma dovrà altresì trasmettere formale comunicazione all'autorità competente.

Soprattutto, nel momento in cui quella persona migrante in condizione irregolare abbia manifestato una tale intenzione, non sarà più possibile procedere ad alcun allontanamento informale sulla base di deroghe previste dalla direttiva rimpatri, perché quella cesserà di essere applicabile a vantaggio della direttiva procedure.

16. *Il ruolo supplente del diritto primario diverso dall'art. 19.1 Carta e l'inammissibilità di un regresso nello stato del diritto derivato*

Ora, sebbene la giurisprudenza da cui si deve desumere l'inammissibilità di prassi di respingimento informale si sia prevalentemente espressa in riferimento a norme poste da fonti di diritto derivato, ed in particolare sulle disposizioni della direttiva procedure, è però su alcune norme del diritto primario che l'inammissibilità di quelle prassi, necessariamente, si fonda.

Ciò emerge del resto anche nella giurisprudenza, e segnatamente nella sentenza resa dalla Grande sezione nella causa sulle *zone di transito* ungheresi, ove, accogliendo il ragionamento esplicitato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe¹⁰³, la Corte chiarisce che le disposizioni procedurali poste dalla direttiva 2013/32 assicurano «l'effettività del diritto di asilo, quale garantito dall'articolo 18 della Carta»¹⁰⁴.

Cosicché, come bene spiega l'Avvocato generale, anche al di fuori delle specifiche previsioni della direttiva procedure, si deve riconoscere l'esistenza di un "obbligo preliminare", che trova fondamento nel Trattato e nella stessa Carta: «l'obbligo di garantire un accesso effettivo alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale»¹⁰⁵.

Nella sentenza, condividendo l'analisi del suo Avvocato generale, la Corte constata allora che normative nazionali in base alle quali «il cittadino di un Paese terzo che si trovi in situazione di soggiorno irregolare [sia] privato, dopo il suo ingresso nel territorio [dello Stato] della possibilità di presentare o inoltrare una domanda di protezione internazionale» impediscono a quella persona «di godere effettivamente del diritto sancito dall'articolo 18 della Carta»¹⁰⁶.

Se ciò è vero, anche eventuali modifiche del quadro di diritto derivato esistente che dovessero essere approvate, nel contesto della procedura legislativa mirante a sostituire la direttiva procedure con un nuovo regolamento, non potrebbero modificare il dato derivante da quella giurisprudenza.

La ragione di ciò sta nell'ancoraggio che l'interpretazione data dalla Corte al diritto derivato trova in principi superiori relativi all'effettività del diritto di asilo¹⁰⁷, al divieto di

¹⁰³ Conclusioni dell'avvocato generale P. Pikamäe, presentate il 25 giugno 2020, nella causa C-808/18, EU:C:2020:493, § 52.

¹⁰⁴ Causa C-808/18, cit., punto 102; conclusioni C-808/18, cit., § 55.

¹⁰⁵ Conclusioni C-808/18, cit., § 52: corsivo originale nel testo delle Conclusioni.

¹⁰⁶ Causa C-72/22 PPU, cit. *supra* alla nota 23, punto 63.

¹⁰⁷ Esigenza esplicitamente richiamata dalla Grande sezione della Corte di giustizia nella sentenza sul caso delle *zone di transito* ungheresi: causa C-808/18, cit., punto 102.

refoulement e all'obbligo di garantire un accesso effettivo alle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale¹⁰⁸.

17. Il diverso rilievo della perturbazione dell'ordine pubblico nel sistema UE rispetto a quello convenzionale

Un ulteriore elemento di conforto alla tesi secondo cui, almeno da un punto di vista astratto, il diritto dell'Unione è capace di offrire una protezione più estesa di quella predisposta dal sistema convenzionale contro espulsioni o respingimenti attuati senza formalizzazione sta nel rilievo differente che ha nei due sistemi l'affermazione, da parte dello Stato, di una presunta perturbazione dell'ordine pubblico legata al superamento delle frontiere da parte di un numero significativo di cittadini di paesi terzi.

La giurisprudenza delle due Corti ci dà in effetti indicazioni significativamente divergenti, capaci di portare a risultati opposti quanto alla determinazione dell'ammissibilità o meno di respingimenti informali *en caliente*. Da un lato sta, infatti, la posizione della Corte europea, nella sentenza sul muro di Melilla, che porta ad affermare l'esistenza di una minaccia per l'ordine pubblico da parte di persone che, senza in realtà usare violenza né tantomeno essere armate, tentano, in gruppo, di superare le frontiere di uno Stato europeo chiuse ermeticamente da un triplo cerchio di barriere complete di filo spinato e presidiate da guardie armate. Dall'altro lato sta, invece, il rigetto da parte della Corte di giustizia delle argomentazioni degli Stati membri basate sulla necessità di derogare alle garanzie procedurali poste dal diritto UE a fronte di flussi massicci di migranti alla frontiera, tanto nel caso delle *zone di transito* ungheresi, quanto in quello della legislazione emergenziale lituana oggetto della pregiudiziale d'urgenza nella causa *M.A.*

Mi sembra utile dare uno sguardo più da vicino a quelle decisioni, partendo dai due casi affrontati dalla Corte di giustizia, in cui i fatti sono noti ed indiscussi – la presenza di un flusso importante alle frontiere orientali dell'Unione, rispettivamente al confine serbo-ungherese e al confine tra gli Stati baltici e la Bielorussia, cosicché il principio di diritto applicabile a fatti di quel genere emerge agevolmente.

Nella sentenza sul ricorso di infrazione contro l'Ungheria la Corte accoglie la censura formulata alla Commissione in merito ai respingimenti informali oltre la barriera, constatando come non sia sufficiente, per derogare alle procedure della direttiva rimpatri, «invocare, in maniera generale, un rischio di turbativa dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale», senza dimostrare le circostanze che specificamente comprovino la necessità di derogare a quelle procedure. Nel caso lettone, rispondendo a quesiti pregiudiziali formulati in relazione all'applicazione della legislazione lituana sullo stato di emergenza a persone che hanno attraversato in maniera irregolare i confini esterni dell'Unione nel quadro di una situazione di massiccio afflusso, la Corte ricorda inoltre come dalla sua giurisprudenza derivi che gli specifici poteri di deroga a singole previsioni di direttive che esprimono una politica comune dell'immigrazione e dell'asilo siano oggetto di un «rigoroso inquadramento» basato su concetti autonomi di turbamento dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza. In tale

¹⁰⁸ Esigenze richiamate sia nel testo della sentenza *Ministerio Fiscal*, cit., punti 72 e s., 82, sia con particolare forza nelle Conclusioni in quella stessa causa: causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorità che può ricevere una domanda di protezione internazionale)*, Conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, presentate il 30 aprile 2020, EU:C:2020:331, par. 43.

contesto, la nozione di ordine pubblico «presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società»¹⁰⁹, mentre il pregiudizio alla pubblica sicurezza presuppone «il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché la sopravvivenza della popolazione, come il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari»¹¹⁰.

È evidente che l'approccio della Corte di giustizia è opposto rispetto a quello seguito dalla Corte europea nel caso *N.D. and N.T. v. Spain*, dove invece un'astratta affermazione del governo convenuto è sufficiente a considerare esistente «a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety», a fronte di fatti che – esposti nel dettaglio nella parte iniziale della sentenza – non vedevano in alcun momento la situazione sfuggire al controllo dell'unità della *Guardia Civil* spagnola incaricata di sorvegliare il tratto rilevante della triplice barriera di recinzione antimigranti di Melilla.

Vale la pena ricordarli, quei fatti, di fronte all'indecente analogia che il governo spagnolo traccia, nella sua difesa in quella causa, con la legittima difesa in caso di attacco armato prevista dall'art. 51 della Carta ONU¹¹¹. Si era in realtà trattato, in quel caso, di circa 70 persone, tra cui i due ricorrenti, che, a fronte di un gruppo di circa 500 persone – tutte disarmate – respinte dalle autorità marocchine nel primo mattino del 13 agosto 2014, erano invece riuscite a raggiungere e superare le due barriere esterne di recinzione protette da filo spinato, poste in territorio spagnolo, fino a porsi a cavalcioni del terzo anello (interno) di recinzione, anch'esso protetto da filo spinato e direttamente presidiato da un contingente numericamente adeguato, ed armato, della *Guardia Civil* spagnola. La gran parte di quelle 70 persone venivano poi fatte scendere dalla posizione pericolosa (per loro) in cui si trovavano tramite scale messe a loro disposizione dagli agenti della *Guardia Civil*. Non appena scesi dalle scale, essi venivano immediatamente ricondotti in territorio marocchino attraverso i cancelli “di espulsione” regolarmente presenti lungo i tre anelli di recinzione. I due ricorrenti, invece, assistendo dall'alto a quei respingimenti, con una decisione evidentemente irrazionale e non spiegabile se non con la disperazione derivante dal fallimento del loro tentativo, rimanevano diverse ore sotto il sole a cavalcioni del terzo anello, fino a quando, rispettivamente alle due e alle tre del pomeriggio, feriti ed esausti, scendevano tramite quelle scale, venendo a questo punto ammanettati ed immediatamente ricondotti in territorio marocchino¹¹². Lì chiedevano assistenza medica per le ferite riportate nel tentativo di superare le barriere, senza riceverne alcuna¹¹³.

Insomma, la situazione non era mai sfuggita al controllo delle forze di polizia spagnole poste a controllo della frontiera, che non avevano del resto dovuto far fronte ad alcun atto

¹⁰⁹ Causa C-72/22 PPU, cit., punto 87.

¹¹⁰ *Ivi*, punto 88.

¹¹¹ Della natura pretestuosa del riferimento all'art. 51 della Carta ONU, riferibile secondo la costante giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia solo ad un attacco armato su larga scala condotto da forze di un altro Stato, ed estendibile al più, secondo parte della dottrina ad attacchi su larga scala condotti da *Non State Actors*, la Corte europea prende indirettamente ma un po' goffamente atto là dove afferma di non doversi occupare di quella qualificazione per il fatto che la Spagna non avrebbe investito il Consiglio di Sicurezza della questione: sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., punto 166. Per una discussione dello stato dell'arte circa la nozione di attacco armato di cui all'art. 51 della Carta ONU v. K. ZEMANEK, *Armed Attack*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 241 (2013).

¹¹² *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 25.

¹¹³ *Ivi*, par. 26.

di violenza di quei migranti: né di quelli scesi la mattina stessa del tentativo di ingresso, né tantomeno dei due disperati στυλιτης rimasti lì sino al primo pomeriggio. Ancor meno poteva dirsi turbata la sicurezza delle persone che vivono o si trovano nella cittadina di Melilla: nessuna «minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società» poteva dirsi posta in essere da quelle persone disperate ma disarmate, poste a cavalcioni di una barriera di filo spinato sotto lo sguardo di un adeguato contingente di forze di polizia armata, né tantomeno poteva ravvisarsi in quella situazione un «pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali» o un rischio per la sopravvivenza della popolazione, come «il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari».

Rimaneva certo la “violazione” della frontiera, protetta da quelle barriere: ma si tratta, per continuare ad usare i concetti sviluppati dalla Corte di giustizia, di quella «perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge» che non può, da sé, giustificare l'invocazione di poteri derogatori delle procedure di respingimento basati sulla perturbazione dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza.

E rimanevano – nel caso di specie non verificati in alcun modo dalle autorità di polizia spagnole – i rischi per la salute di chi per diverse ore, senza alcuna protezione né idratazione, era rimasto esposto al sole africano, dopo essersi inevitabilmente ferito nel tentare di superare una triplice barriera protetta da filo spinato¹¹⁴.

18. Ritorno alla Carta

Orbene, proviamo a riportare il tutto nella prospettiva del divieto di espulsioni collettive nel diritto dell'Unione europea.

Partiamo dalle acquisizioni cui siamo giunti finora.

Anzitutto, le disposizioni procedurali del diritto derivato dell'Unione in materia di rimpatri e di procedure di determinazione dello *status* di protezione internazionale impongono di considerare contrarie al diritto UE prassi di espulsione o respingimento informali di cittadini di Paesi terzi o apolidi che si trovano irregolarmente nel territorio di quegli Stati, o che cerchino di varcarne irregolarmente i confini. Solo una *concreta minaccia* all'ordine pubblico o alla sicurezza dello Stato potrebbe eccezionalmente giustificare misure di quel tipo. Quella minaccia non potrà però mai essere data dal solo fatto di aver valicato il confine senza rispettare le procedure di controllo ed autorizzazione previste dal diritto interno, o dal codice frontiere Schengen.

In secondo luogo, si è constatato che il divieto di procedere a espulsioni e respingimenti informali deriva direttamente, in larga misura, dalla necessità di non privare di effettività il diritto all'asilo previsto nel diritto primario e, in particolare, all'art. 18 della Carta. Ora, come ricordato dall'Avvocato generale Szpunar nelle Conclusioni rese nella causa

¹¹⁴ Cfr. *Report 3 September 2018 of the Fact-Finding Mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees, to Spain, 18-24 March 2018*, doc. SG/Inf(2018) 25, sezione 3.2, *Summary Returns*, ove si legge che «In most of the cases foreigners endure physical injuries while jumping over the fences. This is the reason why the authorities have entered into a co-operation protocol with the Spanish Red Cross, which provides immediate medical assistance to intercepted foreigners». I passaggi rilevanti del *Report* sono riportati anche nel testo della sentenza *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., § 58.

*Ministerio Fiscal*¹¹⁵, la giurisprudenza costante in quest'ambito impone di considerare non solo l'art. 18 della Carta, ma anche, per il suo tramite, il principio di *non refoulement* garantito dalla Convenzione di Ginevra e, più in generale, dal diritto internazionale cogente, nonché dall'art. 19, par. 2, della Carta¹¹⁶.

Se così è, però, è chiaro anche che non ha alcun senso mantenere lo sguardo ... lontano dall'art. 19, par. 1 della Carta. Con quella disposizione, negletta sinora dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e solo raramente considerata dalla giurisprudenza delle corti nazionali degli Stati membri, occorre invece fare i conti. Il divieto di espulsioni collettive, infatti, nel richiedere che ogni misura di allontanamento sia presa dopo aver dato alla persona che si intende allontanare dal territorio dello Stato la possibilità di far valere le sue ragioni contro un tale allontanamento, dev'essere letto anzitutto come rinforzo procedurale necessario per evitare lacune normative attraverso cui si metta a rischio il rispetto di diritti fondamentali delle persone che, in un modo o nell'altro, sono arrivate ad essere concretamente sottoposte alla *jurisdiction* dello Stato che le espelle o respinge¹¹⁷.

Si tratta dei diritti inalienabili protetti dal principio di *non refoulement*, dell'effettività del diritto d'asilo, nonché di altri principi attinenti al rispetto dei diritti fondamentali, che quelle persone possano in concreto vantare per giustificare l'ingresso nel territorio dello Stato in questione, o opporsi all'allontanamento da quello: primo fra tutti il superiore interesse del minore nel caso di minori non accompagnati¹¹⁸ e privi di un'adeguata rete sociale di protezione nello Stato di origine o di transito.

Infine, dato che il diritto dell'Unione ha dimostrato di pretendere, comunque, dagli Stati membri, il rispetto di standard di procedura più rigorosi di quelli considerati dalla Corte europea, ancorando quei rigorosi standard procedurali alla necessità di non privare di effettività le garanzie che a quelle persone sono offerte dal diritto primario, e prima di tutto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è auspicabile che anche le giurisdizioni nazionali degli Stati membri e la Commissione, ognuna per la sua parte, sollecitino la Corte di giustizia ad ancorare chiaramente quegli obblighi procedurali all'esistenza, nell'art. 19, par. 1, della Carta, di uno standard di tutela contro le espulsioni collettive *più elevato* rispetto a quello convenzionale.

19. Ritorno all'allegoria: non Perseo, ma ... il naufragio e la zattera della fregata Méduse

Narra Ovidio che l'eroe Perseo, figlio della giovane Danae amata, o violata, da uno Zeus trasformatosi in pioggia d'oro, uccidesse la Gorgone Medusa tagliandole la testa con la

¹¹⁵ Causa C-36/20 PPU, Conclusioni Szpunar, cit., §§ 41-46.

¹¹⁶ Il riferimento più significativo è, forse, alla sentenza della Corte di giustizia, Grande sezione, del 19 giugno 2018, causa C-181/16, *Gnandi*, EU:C:2018:465, punto 53.

¹¹⁷ In questo senso chiaramente la giurisprudenza della Corte europea: cfr. *N.D. and N.T. v. Spain*, cit., par. 171.

¹¹⁸ Su cui si veda, nella giurisprudenza della Corte europea, il già citato caso *Moustahi v. France*. Si veda anche, per uno sguardo complessivo al problema della tutela dei minori non accompagnati ed una specifica attenzione alle *devoluciones en caliente* della prassi spagnola, F. IZZO, *La tutela internazionale de los menores extranjeros no acompañados: ¿Una facultad o una obligación para los estados? La experiencia española a través del análisis de la comunicación n. 4/16 del Comité de los derechos del niño*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 123 ss.

spada, grazie alla protezione che lo scudo di bronzo gli offriva: riflessa nel bronzo, la vista della Gorgone non poteva nuocere all'eroe¹¹⁹.

Il sistema del diritto dell'Unione sembra fornire, sì, la spada per vincere il mostro, nelle norme che consentirebbero di neutralizzare le prassi nazionali di espulsioni e respingimenti collettivi informali – direttamente ai confini esterni, o in una catena che li arriva, ma partendo dai confini interni.

Ciò che non fornisce però quel sistema è lo scudo di Perseo: i migranti espulsi con misure illegittime fuori dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione vengono in effetti, seppur solo simbolicamente, “pietrificati”. A questo equivale, a ben vedere, l'indisponibilità di rimedi effettivi contro il divieto di espulsioni collettive, di cui ho scritto altrove¹²⁰. Cosicché il nostro viaggio alla ricerca di un rimedio che possa sconfiggere il virus disumanizzante della chiusura *ad ogni costo* delle frontiere degli Stati europei, e degli Stati membri dell'Unione in particolare, finisce con un ... naufragio. Un naufragio allegorico, quello del diritto come strumento di tutela della dignità e della vita di quelle persone, specchio però di naufragi reali e tragici, che continuano con straziante regolarità nelle acque del mediterraneo¹²¹.

L'allegoria del naufragio è, credo, adeguata per chiudere questo mio contributo.

Come il dipinto di Géricault al Louvre, che nasce dalla testimonianza del vero naufragio della fregata *Méduse*¹²² per divenire potentissima denuncia di una società ineguale, incapace di offrire spazi di realizzazione alle fasce non “privilegiate” dei cittadini, e ancor meno di rispettare la dignità di chi cittadino non può essere, nella Francia del 1816 sommersa dallo spirito della restaurazione ed impegnata nell'avventura imperiale e schiavista¹²³.

E allora, tornando all'oggi, la chiusura ermetica delle frontiere non è solo il contesto dei molti naufragi del mediterraneo, tragica realtà di morte e disumanizzazione, ma anche simbolo di un'Europa che si chiude in sé stessa, dimentica tanto del fatto che le origini del proprio benessere stanno, in parte non trascurabile, nello sfruttamento coloniale e poi neocoloniale delle ricchezze dei Paesi da cui provengono quei migranti, quanto del legame sempre più evidente tra il nostro benessere e gli sconvolgimenti climatici che, in quegli stessi Paesi, privano milioni di persone di ogni prospettiva di dignitoso sviluppo¹²⁴.

¹¹⁹ «[S]e tamen horrendae clipei, quem laeva gerebat, / aere repercusso formam adspexisse Medusae, / dumque gravis somnus colubrasque ipsamque tenebat, / eripuisse caput collo»: Ovidio, *Metamorfosi*, Libro IV, 782-785.

¹²⁰ B. CORTESE, *Il divieto di espulsioni collettive*, cit., p. 261 ss.

¹²¹ Questo articolo si chiude nei giorni dell'ennesimo, tragico naufragio di migranti nelle acque del mediterraneo: il naufragio della notte tra il 14 e il 15 giugno 2023, al largo delle coste greche, di un peschereccio su cui viaggiava un numero incerto di persone, stimato attorno alle 700 unità: poco più di cento di quelle persone si sono salvate. Numerose fonti di investigazione giornalistica puntano ad un naufragio evitabile, causato in buona sostanza dalla colpevole inerzia delle autorità greche. Poche settimane prima, le modalità di un altro naufragio sulle coste calabresi, a Cutro, avevano posto analoghi interrogativi, questa volta sull'inerzia delle autorità italiane.

¹²² A. CORREARD, H. SAVIGNY, *Naufrage de la frégate “La Méduse” faisant partie de l'expédition du Sénégal en 1816*, Paris, 1821, liberamente consultabile alla collezione on-line *Gallica* della *Bibliothèque Nationale de France*, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1036098>.

¹²³ K. LUM, *On Board The Raft of the Medusa*, *Nka Journal of Contemporary African Art*, 10 (1999), p. 35 ss.

¹²⁴ Un legame che potrebbe portare ad una diversa considerazione di quelle persone come “rifugiati climatici”: cfr., anche per riferimenti alla prassi internazionale in materia, F. CASOLARI, La molteplicità dei regimi giuridici dello straniero, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINARI, F. CASOLARI, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 119 ss.

ABSTRACT: *At the Borders of the Union, Amidst Chevaux de Frise and Chain-Pushbacks: Europa or Medusa?*

Member States of the EU revert more and more frequently to the physical foreclosure of their external borders and to a muscular policy towards third country nationals crossing them. Pushbacks performed against third countries' nationals, without any formal guarantee, are also an established practice in several member States, including at their internal borders. Such pushbacks are frequently performed in a chain starting at an internal border and ending outside the Union. In the face of this reality, which is documented at the international, Council of Europe and EU levels, what guarantees are offered by regional international and EU legal instruments? The study looks first at Art. 4 of Protocol n. 4 to the European Convention, and shows what seems to be a ...rise and fall of the prohibition of collective expulsions in that system. Furthermore, the EU legal system reaction to such practices is analysed, with mixed results. On one side, there seems to be no real place, so far, for Art. 19.1 Charter, with its prohibition of collective expulsions. On the other side, legislative provisions concerning both asylum applications, and the return of illegally staying third country nationals, are interpreted by the ECJ in way that is not giving a blank cheque to Member States and result in a guarantee of individualized procedures. This result, is argued, is not only warranted by a strict interpretation of the exception of public order and security, and by the need to preserve the effectiveness of the right to asylum, but should moreover be firmly anchored in the so far neglected provision of Art. 19.1 Charter. At the EU level, still, the degree of effectiveness of such provisions is really tenuous, due to structural deficiencies and to the inherent malice of the relevant State practices. The risk is there, the study contends, for the nature of the European integration process to evolve from one adding collective wealth to its members, without diminishing the position of non-members, but indirectly offering them a path to development, to one that closes in on itself, oblivious both of the fact that the origins of its prosperity lie, in no small part, in the exploitation of the wealth of the countries from which those migrants come, and of the increasingly evident link between our prosperity and the climatic disruptions that, in those same countries, deprive millions of people of any hope of decent life. A metamorphosis can be seen, so the provocative suggestion, even in the mythological references of such a process. The Union seems no longer to be inspired by the myth of *Europa*, to become the place where the children of the beautiful Phoenician princess raped by Jupiter live in peace, symbolising, as it were, the common, peaceful and prosperous future of the union between peoples who had known the destructive violence generated by the thirst for domination. Rather, the Union seems to have changed into a creature deprived of a human head - a true federal democracy - capable of guiding its project, which is left at the mercy of the capricious snakes that fill its head, like *Medusa's*: the selfishness and nationalisms of the States that, exploiting the role they have in defining the Union's political choices, make it assume horrific traits, designed to keep out those who approach its external borders.