

ADiM
Accademia Diritto e Migrazioni



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DELLA
TUSCIA

ANNUARIO ADiM
2020

Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione

A cura di

Alessandro Bufalini
Giulia Del Turco
Francesco Luigi Gatta
Mario Savino
Flavio Valerio Virzi
Daniela Vitiello

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, nell'ambito del Progetto di eccellenza 2018-2022. L'iniziativa è promossa dall'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), rete scientifica che riunisce studiosi italiani e stranieri impegnati in attività ricerca e formazione in materia di immigrazione.

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2021
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
979-12-5976-074-6

INDICE

<i>Presentazione</i>	10
----------------------	----

PARTE I: LA DIMENSIONE NAZIONALE

IL GOVERNO DELL'IMMIGRAZIONE IN ITALIA: IL DECRETO IMMIGRAZIONE 2020 E L'ATTUAZIONE DEI DECRETI SICUREZZA 2018 E 2019

MARIO SAVINO, Riforma o Controriforma? Il “decreto Lamorgese” e la tela di Penelope	13
ANTONIO MARCHESI, <i>Non refoulement</i> e rispetto della vita privata e familiare nel nuovo “decreto immigrazione”	19
SALVATORE FABIO NICOLOSI, Il decreto immigrazione 2020 e il dilemma della protezione umanitaria alla luce del diritto internazionale ed europeo	28
EMANUELA PISTOIA, Una questione di dignità. Il superamento dell'abolizione dell'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo in Italia	38
SIMONA D'ANTONIO, Una nuova formula per l'accoglienza dei richiedenti asilo	46
MANUELA CONSITO, L'accoglienza e il trattenimento del richiedente asilo dopo il c.d. decreto immigrazione 2020: tra (tiepidi) ritorni al passato e nuove restrizioni	58
MICAELA VITALETTI, Il lavoro degli stranieri e le modifiche introdotte dal decreto immigrazione 2020	68
ELISABETTA GIOVANNA ROSAFIO, Prime osservazioni in materia di immigrazione via mare a seguito dell'entrata in vigore del decreto immigrazione 2020	75
ANDREA DE PETRIS, Il decreto sicurezza I: luci e ombre per il nuovo sistema di accoglienza e integrazione	88
ANDREA DE PETRIS, Asilo ed accoglienza ad un anno dal decreto sicurezza I: una precarietà annunciata?	97
BARBARA BOSCHETTI, Servivano davvero gli artt. 1 e 2 del decreto sicurezza- <i>bis</i> ?	104
OMAR MAKIMOV PALLOTTA, La protezione temporanea per motivi umanitari nel sistema di tutela delle persone migranti delineato dal decreto sicurezza I	109
STEFANO ZIRULIA, Decreto sicurezza- <i>bis</i> : una riforma è urgente (benché l'arma sia ormai spuntata)	115

L'IMMIGRAZIONE E L'ASILO AI TEMPI DEL COVID-19

CECILIA CORSI, Esigenze di tutela e nuovi bilanciamenti: il trattamento dello straniero in tempo di pandemia	122
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'emergenza sanitaria attraverso il prisma delle politiche migratorie	131
SIMONE PENASA, La formalizzazione della domanda di protezione internazionale come "zona d'ombra" del diritto dell'immigrazione: l'emergenza sanitaria e la giusta distanza	136
MADIA D'ONGHIA, Gli immigrati resi ancora più invisibili dal Coronavirus: una vita sospesa tra emergenza sanitaria e <i>lockdown</i>	143
ANDREA DE PETRIS, COVID-19 e immigrazione: l'urgente necessità di una regolarizzazione	152
FRANCESCA BIONDI DAL MONTE, Regioni, emergenza sanitaria e immigrazione. Riflessioni in tema di competenze a partire dall'ordinanza 22.8.2020 del Presidente della Regione Siciliana	160
GIUSEPPE TERRANOVA, La geopolitica del coronavirus tra isolamento nazionalista e solidarietà globale	170

I DIRITTI COLLEGATI AL SOGGIORNO DELLO STRANIERO

ROBERTO CHERCHI, L'aggiornamento o rinnovo del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo tra norme vigenti e cattive pratiche amministrative	175
VIRGINIA PASSALACQUA, Diritto di residenza per il cittadino dell'Unione che dispone di risorse sufficienti derivanti da attività lavorativa illegale	182
MARIA TERESA AMBROSIO, La "provenienza" delle risorse quale criterio non valutabile per la concessione dello <i>status</i> di soggiornante di lungo periodo	190
VIRGINIA PASSALACQUA, Revoca dello stato di lungo soggiornante e ordine pubblico: secondo tentativo per le corti spagnole	197
MARIA TERESA AMBROSIO, Parità di trattamento e sicurezza sociale: il diritto all'erogazione dell'assegno familiare anche per i periodi di assenza dallo Stato membro	205
CARMEN SPINELLI, L'assegno sociale degli stranieri extracomunitari e gli "speciali" requisiti di accesso	212
MARTINA GALLI, Sfruttamento del lavoro e "stato di bisogno" legato alla condizione di straniero	218
MARIA TERESA AMBROSIO, Molestie razziali sul luogo di lavoro. La responsa-	

bilità del datore per le molestie perpetrate da un proprio dipendente a danno dei colleghi di origine africana	230
MARTINA GALLI, “Un sistema per disperati”. Migranti, sfruttamento lavorativo “digitale” e strumenti penali	237

**INTEGRAZIONE E ACCOGLIENZA
DEI RICHIEDENTI ASILO E DELLE VITTIME DI TRATTA**

MANUELA CONSITO, Per tornare a parlare di <i>Green New Deal</i> , tra diritto d’asilo e solidarietà	249
EMANUELE BOSCOLO, La città “con gli occhi degli altri”: l’integrazione negli spazi territoriali	255
CRISTIANA LAURI, L’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo. Verso un “diritto alla città”?	267
ANNA FAZZINI, L’accoglienza dei richiedenti asilo e il ruolo dei media <i>Public Watchdog</i>	279
GIULIA DEL TURCO, La revoca delle misure assistenziali ai richiedenti asilo: la dignità umana come limite invalicabile e la necessità di un intervento legislativo	288
MIRKO FORTI, Alla ricerca di un punto di equilibrio tra la salvaguardia dell’ordine pubblico e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti richiedenti protezione internazionale: la decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea nel caso <i>Haqbin</i>	294
FRANCESCA CURI, A proposito del reato di tratta. La Grande Camera fissa un decalogo	299
FRANCESCO MORESCO, Quando il sistema accresce la vulnerabilità: la vittima di tratta scivola nelle pieghe dell’accoglienza	314
ALVISE SBRACCIA, La pericolosità convertita: note sociologiche sulla radicalizzazione jihadista e i processi di criminalizzazione	321

LE GARANZIE PROCEDIMENTALI E PROCESSUALI

FRANCESCO LUIGI GATTA, Equo processo e espulsione dello straniero (regolare). La Grande Camera di Strasburgo delinea i diritti di trasparenza procedurale	329
GIOVANNA LAURIA, La protezione dei migranti apolidi e il ruolo della Corte di Strasburgo: verso un obbligo di istituzione di procedure (effettive) per la determinazione dell’apolidia ai sensi della CEDU?	341
MONICA PARODI, The Respect of the Rule of Law in the EU Member States’ Legislation on Asylum: Which Role for the EU?	349

LAURA RIZZA, Diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo e (limiti all') autonomia processuale degli Stati in materia di protezione internazionale	356
GIULIA DEL TURCO, Violazioni procedurali e clausole nazionali di non annullabilità: la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sul diritto ad essere sentiti	365
EMELLIN DE OLIVEIRA, The Determination of 'Other Authorities' and the Status of Applicant for International Protection: The Crossword Puzzle	374
LAURA PERGOLIZZI, Procedura per il rilascio del permesso di soggiorno e preavviso di rigetto. Verso una tutela "rafforzata" delle garanzie procedurali dei cittadini stranieri? A proposito di una recente sentenza del Consiglio di Stato	381
LAURA PERGOLIZZI, La rilevanza del termine di conclusione del procedimento di conferimento della cittadinanza italiana	388
LAURA PERGOLIZZI, Protezione internazionale e istruttoria del giudice ordinario: l'attenuazione dell'onere della prova tra principio di tutela giurisdizionale effettiva ed applicazione delle regole processuali	397
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'attuazione del d.lgs. n. 33 del 2013 nell'ambito delle politiche migratorie: dal diniego generalizzato di accesso al diritto di accesso generalizzato	406
FLAVIO VALERIO VIRZÌ, L'accesso civico generalizzato (c.d. FOIA) e i suoi limiti in materia di immigrazione	412
SERENA STACCA, Il potere amministrativo in materia di cittadinanza: il vento sta cambiando?	418
DILETTA TEGA, I 20 anni della Carta di Nizza: l'impatto sull'immigrazione	426

PARTE II:

LA DIMENSIONE EUROPEA E INTERNAZIONALE

LA RIFORMA DEL DIRITTO EUROPEO DELL'IMMIGRAZIONE E DELL'ASILO NEL NUOVO PATTO

JEAN-PIERRE CASSARINO, Readmission, Visa Policy and the "Return Sponsorship" Puzzle in the New Pact on Migration and Asylum	433
ROSSANA PALLADINO, Efficacia dei rimpatri e tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei migranti: quale equilibrio nelle prospettive di riforma della direttiva rimpatri?	442
LUISA MARIN, The 2020 Proposals for Pre-entry Screening and Amended Border Procedures: A System of Revolving Doors to Enter (and Leave) Europe?	452

EMANUELA PISTOIA, Il nuovo Patto e la gestione degli sbarchi	460
CHIARA SCISSA, The (New) Commission's Approach on Temporary Protection and Migration Crisis	468
MAURA MARCHEGIANI, Il nuovo patto sulla migrazione e l'asilo sotto il prisma della nozione di vulnerabilità	476
EMANUELA PISTOIA, Dai ricollocamenti alla riforma del sistema comune di asilo, e ritorno?	485
SIMONE PENASA, Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?	489
MARIO SAVINO, On Failed Relocation and Would-be Leviathans: Towards the New Pact on Migration and Asylum	498

**IL DIRITTO ALLE FRONTIERE INTERNE ED ESTERNE
DELL'UNIONE EUROPEA**

MARIO SAVINO, Oltre i decreti sicurezza: la "tirannia di Schengen" sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo	508
CHIARA LOSCHI, The Regulation (EU) 2019/1896 on the European Border and Coast Guard Agency (FRONTEX): Preliminary Insights on Inter-agency Cooperation and Implications for Fundamental Rights	513
SIMONE PENASA, La <i>relocation</i> come "minaccia" alla sicurezza nazionale? Prerogative statali, obblighi di solidarietà e spinte sovraniste	521
GIORGIA LO TAURO, GIULIANA QUATTROCCHI, Managing Migration Flows at the Balkan Borders: Which Challenges to the Rule of Law?	527
FEDERICO CASOLARI, <i>International (Binding) Law Strikes Back: lo Statement UE-Turchia alla prova della recente crisi migratoria</i>	536
ANTONIO M. MORONE, Il nuovo <i>MoU</i> tra Turchia e Libia: una sfida alle politiche europee di contenimento delle migrazioni irregolari	540
ALICE RICCARDI, Falsa partenza per i visti umanitari di fronte alla Corte europea dei diritti umani	542
ELEONORA FRASCA, Private Sponsorship Programmes in Europe and the Rule of Law: Towards a Greater Involvement of Private Actors in International Protection	552
SIMONE MARINAI, L' <i>Internal Market Bill</i> e la circolazione delle persone nelle future relazioni UE/UK	558

**NON-REFOULEMENT E DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE
DINANZI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
E AL COMITATO ONU SUI DIRITTI UMANI**

ALESSANDRO BUFALINI, Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?	570
ANNA FAZZINI, La sentenza <i>N.D. e N.T.</i> e il divieto di espulsioni collettive: una prova di equilibrismo tra flessibilità, restrizioni e più di una contraddizione	576
GIULIA SANTOMAURO, La controversa decisione della Corte Edu nel caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i> sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?	585
ALESSANDRO BUFALINI, Ancora a margine del caso <i>N.D. e N.T. c. Spagna</i> : la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo?	593
VALENTINA FAGGIANI, Da <i>N.D. e N.T.</i> a <i>M.K. e altri</i> : la progressiva configurazione del divieto di "espulsione collettiva" e delle sue eccezioni nei contesti di violazione sistemica	597
ALESSANDRO BUFALINI, L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive	605
MIRKO FORTI, Pericolo di ritorsioni per l'orientamento sessuale per individui sottoposti a procedura di allontanamento e l'art. 3 CEDU quale strumento di tutela	614
MICHELA CASTIGLIONE, La decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso <i>Teitiota c. Nuova Zelanda</i> . Dal divieto di respingimento dei migranti ambientali verso il riconoscimento della categoria dei rifugiati ambientali?	622

IL TRATTENIMENTO DELLO STRANIERO

LORENZO BERNARDINI, La detenzione amministrativa degli stranieri: analisi statistica del fenomeno	631
ELENA VALENTINI, Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze	640
GUIDO SAVIO, Le misure alternative al trattenimento amministrativo dei migranti in attesa di espulsione	649
MICHELA TUOZZO, Detenzione amministrativa e <i>best practice</i> dalla Spagna	655
MICHELA CASTIGLIONE, La (il)legittimità della detenzione negli <i>hotspot</i> greci	664
FRANCESCO LUIGI GATTA, Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e art. 3 CEDU)	672

FRANCESCO LUIGI GATTA, Diritti al confine e il confine dei diritti: (Parte II – detenzione e art. 5 CEDU)	680
LUISA MARIN, La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)	688
FRANCESCO LUIGI GATTA, Chi vuole un terrorista? La detenzione dello straniero in vista dell’espulsione viola la CEDU in assenza di una prospettiva realistica di concretizzare il suo allontanamento dallo Stato	698

IL SOCCORSO IN MARE

MASSIMO STARITA, Dovere di soccorso in mare, diritto internazionale e cause di esclusione dell’illiceità penale	706
FRANCESCA DE MARINIS, Il caso <i>Alan Kurdi</i> : tra obblighi internazionali di salvataggio in mare e profili di diritto penale interno	714
ELEONORA FRASCA, Navigare in acque trasparenti: i documenti sulle attività di ricerca e salvataggio in mare di Frontex intorbiditi dall’eccezione di sicurezza pubblica	726
FRANCESCA CANCELLARO, Caso <i>Vos Thalassa</i> : una discutibile pronuncia della Corte d’Appello di Palermo sui rapporti tra legittima difesa e non-refoulement	731

LA SENTENZA *N.D. E N.T.*
E IL DIVIETO DI ESPULSIONI COLLETTIVE:
UNA PROVA DI EQUILIBRISMO
TRA FLESSIBILITÀ, RESTRIZIONI
E PIÙ DI UNA CONTRADDIZIONE

Anna Fazzini*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti di causa e vicenda processuale. – 3. Il ragionamento della Corte e la tutela ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4. – 4. Il rapporto tra l'art. 4 del Protocollo n. 4 e l'art. 3 CEDU: alcune considerazioni.

1. *Introduzione*

La sentenza *N.D. e N.T.*, in cui la Grande Camera si è pronunciata per la prima volta in merito ai cosiddetti “respingimenti a caldo” attuati alle frontiere terrestri di Melilla, è stata accolta con grande sconcerto dal mondo accademico¹. La Corte, ribaltando quanto affermato dalla Terza sezione nel 2017, conclude per la non violazione del divieto di espulsioni collettive e del diritto ad un ricorso effettivo in relazione ai fatti in oggetto, sviluppando un'argomentazione complessa, non esente da aspetti contraddittori e discutibili.

Essa afferma, infatti, che, nel caso di specie, l'assenza di un esame individuale nell'espulsione “a caldo” dei ricorrenti non è da imputare allo Stato spagnolo, bensì alla “condotta colposa” degli stessi, avendo essi tentato un ingresso irregolare, sfruttando una dinamica di gruppo, quando era possibile avvalersi di canali di accesso legali effettivamente resi disponibili presso la frontiera, oltre che nei Paesi di origine e di transito.

È stato osservato come tali conclusioni sul piano giuridico, connesse all'utilizzo di un linguaggio che fa frequente uso di espressioni riferite alla condotta “illegale” dei ricorrenti (es. “uso della forza”, “assalto alle frontiere”), possano rappresentare una concessione alle pressioni degli Stati più

* Dottoranda in Studi Internazionali, Università L'Orientale di Napoli.

¹ Vedi *inter alia* M. PICHL E D. SCHMALZ, “Unlawful” may not mean rightless, *Verfassunblog*, 14 febbraio 2020, C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, *Verfassunblog*, 14 febbraio 2020.

propensi ad adottare misure repressive nella gestione dei flussi migratori e, in definitiva, minare la credibilità della Corte quale presidio fondamentale per la tutela dei diritti umani².

Ad ogni modo un esame più approfondito della sentenza rileva un ragionamento complesso, in cui la Corte sembra tentare una prova di equilibrio, non perfettamente riuscita, tra il mantenimento di garanzie consolidate e nuove restrizioni, con l'effetto di produrre un quadro "confuso" della tutela prevista dall'art. 4 Prot. n. 4, conseguenti incongruenze tra garanzie puramente *formalistiche* e quelle *effettive*³ e nuove contraddizioni.

Infatti, se da una parte la Corte si pone nell'ottica del progressivo rafforzamento della tutela garantita dall'art 4 Prot. n. 4, facendo "salvi" tutti i capisaldi della propria giurisprudenza in materia⁴, dall'altra "vanifica" questi stessi principi: mettendo in relazione questioni di fatto, come l'ingresso irregolare e la "possibilità" di accedere a canali legali di ingresso, con gli obblighi in capo agli Stati parte derivanti dalla CEDU e in particolare dall'art. 4 Prot. n. 4, che dovrebbero sussistere a prescindere da esse, la Corte di fatto conclude con il prevedere un'eccezione a questa disposizione, che esonera gli Stati dal rispetto degli obblighi che da essa derivano qualora ricorrano particolari circostanze.

Nell'articolo, dopo aver brevemente esposto i fatti di causa, si analizzano alcuni aspetti discutibili del ragionamento della Corte e si svolgono alcune considerazioni sul rapporto che emerge tra il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement*.

² Vedi F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, SIDIBlog, 19 marzo 2020. La sentenza si pone inoltre nel solco di una progressiva "compressione" della tutela prevista dall'art. 4 Prot. 4. che emerge dalla recente giurisprudenza della Corte, come si evince anche dal caso *Asady e altri c. Slovakia* (sentenza del 24 marzo 2020, ric. 24917/15), vedi A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ È importante affermare che non è stata sovvertita l'interpretazione del divieto di espulsioni collettive elaborata nella giurisprudenza della Corte, il cui impianto generale resta intatto, vedi D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, EU Migration Law Blog, 17 febbraio 2020 e R. WISSING, *Push backs of "badly behaving" migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*, Strasbourg Observers, 25 febbraio 2020.

2. *Fatti di causa e vicenda processuale*

La vicenda alla base della sentenza è relativa ai fatti accaduti nell'agosto 2014, quando i due ricorrenti, N.D. e N.T., provenienti rispettivamente dal Mali e dalla Costa d'Avorio, dopo aver soggiornato diversi mesi in Marocco, tentavano di attraversare irregolarmente la frontiera di Melilla, enclave spagnola situata in territorio marocchino, scavalcando, insieme a circa un'ottantina di persone, le recinzioni poste al confine. Giunti nel punto più alto della recinzione in momenti diversi, venivano fatti scendere dalla Guardia Civil e rimpatriati immediatamente in Marocco, senza essere identificati e sottoposti ad un esame individuale delle loro situazioni.

Nel febbraio 2015, N.D. e N.T. si rivolgevano alla Corte europea dei diritti umani, lamentando, in relazione ai fatti relativi al primo attraversamento, una violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti), dell'art. 4 del Protocollo n. 4 (divieto di espulsioni collettive, d'ora in poi art. 4 Prot. 4) e dell'art. 13 CEDU (diritto ad un ricorso effettivo) in combinato disposto con l'art. 4 Prot. n. 4.

Nell'ottobre del 2017 la Corte EDU (Terza sezione)⁵, si pronunciava condannando la Spagna per la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 e dell'art. 13 CEDU, dal momento che i ricorrenti erano stati assoggettati ad un allontanamento forzato senza che fosse stato effettuato un esame individuale della situazione di ciascuno. La doglianza relativa all'art. 3 CEDU era stata invece precedentemente dichiarata inammissibile, non avendo la Corte riscontrato il rischio che i ricorrenti potessero subire torture o trattamenti inumani e degradanti in Marocco.

Infine, su richiesta del governo spagnolo, il caso veniva rinviato alla Grande Camera, la quale si è pronunciata il 13 febbraio 2020⁶, giungendo alle suddette conclusioni.

3. *Il ragionamento della Corte e la tutela ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4*

Dopo aver affermato la giurisdizione spagnola in relazione ai fatti in oggetto (§ 102-111), la Corte esamina la doglianza relativa all'art. 4 del Prot. n.

⁵ Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2017, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

⁶ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. n. 8675/15 e 8697/15.

4, analizzando se l'allontanamento dei ricorrenti, compiuto in via di fatto, possa costituire "espulsione" ai sensi della disposizione e, in tal caso, se esso possa definirsi di natura "collettiva".

In merito al primo punto la Corte richiama la propria giurisprudenza in materia (in particolare *Kblaifia*⁷, § 243) e il Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri elaborato dalla CDI⁸, affermando che per "espulsione" si intende qualsiasi misura di allontanamento forzato da un territorio di uno Stato indipendentemente dalle circostanze del caso, dal soggiorno irregolare o meno dello straniero e dalla condotta assunta durante l'attraversamento (§ 173-187) e ricordando che, pur essendo essenzialmente territoriale, essa può avvenire anche in contesti extraterritoriali⁹. Così viene rigettata l'argomentazione del governo convenuto relativamente alla possibilità di escludere dalla nozione di espulsione la "non-ammissione alle frontiere".

Una volta stabilito che l'allontanamento di N.D. e N.T. costituisce "espulsione", la Corte esamina se esso possa essere considerato di natura "collettiva" (§ 193 ss.). In merito la Corte ricorda che per "carattere collettivo" si intende un'espulsione di stranieri non effettuata sulla base di un esame individuale delle circostanze¹⁰. Relativamente al caso in oggetto, però, la Corte afferma che, alla luce della propria giurisprudenza consolidata (la Corte cita *Berisha and Haljiti*¹¹ e *Dritsas*), in determinate circostanze la mancanza di un esame individuale può essere imputata ad una condotta colposa dei ricorrenti. Constatato che i ricorrenti si sono volontariamente posti in una situazione di illegalità, approfittando della dinamica numerica al fine di creare una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica, la Corte passa a verificare se lo Stato spagnolo avesse messo a disposizione punti di accesso autorizzati lungo la frontiera, presso cui poter richiedere protezione internazionale, e se i ricorrenti avessero avuto ragioni valide, tali da giustificare il mancato utilizzo di questi canali.

⁷ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Kblaifia and Others v. Italy*, ric. n. 16483/12.

⁸ Commissione di Diritto Internazionale (CDI), *Progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri*, 2014.

⁹ Vedi Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ric. n. 27765/09

¹⁰ Vedi *Kblaifia*, cit. par. 237 ss.

¹¹ Corte Edu, decisione del 10 aprile 2007, *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, ric. n. 18670/03.

Applicando il ragionamento al caso di specie, la Corte conclude per la non violazione dell'art. 4 Prot. n. 4. Dalla sua valutazione infatti emerge che lo Stato spagnolo avrebbe garantito effettivi canali legali di ingresso (in particolare il valico di frontiera di Beni-Enzar non distante dal punto di attraversamento dei ricorrenti, ma anche le ambasciate presenti nei Paesi di origine e di transito) e che non vi sarebbero state ragioni valide da parte dei ricorrenti per non essersi avvalsi di questi canali (ragioni, a parere della Corte, per lo più di natura pratica).

L'eccezione alla tutela di cui all'art. 4 Prot. n. 4 così delineata dalla Corte presenta non pochi aspetti discutibili. In primo luogo, la Corte afferma di basarsi su una definizione consolidata di "condotta colposa" facendo riferimento a suoi precedenti (i già citati *Berisha and Haljiti e Dritsas*¹²), che tuttavia non appaiono giuridicamente rilevanti. In essi infatti la condotta colposa si riscontrava nell'ambito degli obblighi di cooperazione con le autorità statali (ad esempio in presenza del rifiuto di mostrare i propri documenti e della conseguente impossibilità per le autorità di formalizzare provvedimenti di espulsione individuali), fattispecie del tutto differente da quella dell'affare *N.D. e N.T.*, dove i ricorrenti non avevano posto ostacoli a che le autorità spagnole esaminassero le loro situazioni individualmente. In *N.D. e N.T.* sembra piuttosto che venga introdotto un nuovo test di "condotta colposa", che funge da "criterio generale" per l'individuazione di comportamenti idonei ad escludere l'operatività dell'art. 4 Prot. n. 4¹³.

In secondo luogo, molto carente appare la valutazione circa la "effettiva disponibilità" dei canali di ingresso legali, oltre che problematico il loro inquadramento giuridico all'interno del contesto dell'art. 4 Prot. n. 4.

La Corte accoglie integralmente l'argomentazione del governo, che afferma l'esistenza di un canale di accesso presso il valico di frontiera di Beni-Enzar, prima ancora dell'istituzione di un ufficio avvenuta nel settembre 2014, validata dal fatto che da gennaio ad agosto 2014 erano state inoltrate 21 domande d'asilo e 6 di queste presso questo stesso valico (§ 212-213). La Corte sembra quindi non considerare quanto affermato dalle terze parti intervenienti¹⁴, secondo le quali il valico di Beni-Enzar poteva essere raggiunto esclusivamente dai rifugiati siriani, essendo i migranti subsahariani discrimi-

¹² Corte Edu, decisione del 1 Febbraio 2011, *Dritsas and Others v. Italy*, ric. n. 2344/02.

¹³ F. MUSSI, cit.

¹⁴ In particolare, l'intervento del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e dall'UNHCR. Altre parti intervenute in causa erano: OHCHR, AIRE Centre, Amnesty International, ECRE, International Commission of Jurists e Dutch Council for Refugees.

nati e soggetti a controlli molto più rigidi dalle autorità marocchine (§ 215-218). Inoltre, la Corte osserva, suscitando ulteriori perplessità, che pur supponendo l'esistenza di impedimenti fisici nell'accesso a tali canali, la Spagna non potrebbe esserne considerata comunque responsabile, sebbene sia stata accertata la sua giurisdizione in relazione ai fatti in oggetto (§ 221).

La prassi spagnola sembra quindi valutata in termini piuttosto astratti, mentre il controllo sull'effettività di tali canali di ingresso sembrerebbe formalistico o quantomeno superficiale. Ciò contrasta con l'affermazione secondo cui «the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» (§171 e 221).

Infine, a tale critica si aggiungono le implicazioni giuridiche relative alla previsione dello standard dei *legal pathways* all'interno del contesto dell'art. 4 Prot. n. 4. In merito la Corte afferma che «the effectiveness of Convention rights requires that (...) States make available genuine and effective access to means of legal entry» e che tali mezzi devono permettere alle persone «to submit an application for protection, based in particular on Article 3 of the Convention» (§ 209). A tal proposito infatti non è chiaro se la Corte abbia introdotto un obbligo positivo per gli Stati di disporre di effettive vie legali di accesso ai sensi dell'art. 3 CEDU, obbligo del tutto nuovo, che condurrebbe la Corte ad allontanarsi dalla propria giurisprudenza in materia, o se si tratti soltanto di considerazioni complementari alla valutazione della condotta colposa dei ricorrenti¹⁵.

4. *Il rapporto tra l'art. 4 del Protocollo n. 4 e l'art. 3 CEDU: alcune considerazioni*

In merito all'applicabilità dell'art. 4 Prot. n. 4, la Corte – come anticipato – ha affermato che la nozione di espulsione si riferisce a tutti gli stranieri, «irrespective of (...) his or her status as migrant or as asylum seeker and his or her conduct when crossing the border» (§ 185).

Questo rappresenta il punto principale di disaccordo con il giudice Ko-

¹⁵ Vedi D. THYM, cit. Le affermazioni della Corte creano ulteriori perplessità se sommate a quelle del caso *M.N. e altri c. Belgio* (Grande Camera, sentenza del 5 marzo 2020, ric. n. 3599/18), in cui emerge che quantomeno il rilascio di visti umanitari presso le ambasciate non rientra nell'ambito di applicazione della Cedu, per approfondimenti vedi A. BUFALINI, *Tra visti umanitari e respingimenti alla frontiera: si può ancora cercare asilo in Europa?*, Blog ADiM, Editoriale, maggio 2020.

skelo, che, nella sua opinione parzialmente dissenziente, sostiene che una nozione così ampia di espulsione rende illimitato e indefinito il campo di applicazione dell'art. 4 Prot. 4. Il giudice sostiene che un esame individuale delle circostanze di ciascuno straniero andrebbe garantito soltanto in presenza del rischio di *non-refoulement*. In virtù quindi di un'interpretazione restrittiva dell'art. 4 Prot. n. 4, da leggere in stretta connessione con l'art. 3 CEDU, il giudice Koskelo, diversamente dalla maggioranza, ritiene che la Corte si sarebbe dovuta pronunciare per la non applicabilità dell'art. 4 Prot. n. 4, dal momento che era già stata esclusa una violazione dell'art. 3 CEDU (§ 44 opinione parzialmente dissenziente).

Ad ogni modo, sebbene la Corte abbia preservato la portata autonoma del divieto di espulsioni collettive, da cui derivano quindi garanzie ulteriori e indipendenti rispetto al principio di *non-refoulement*, la valutazione del rispetto dell'art. 4 Prot. n. 4 non sembra essere slegata dall'accertamento di una violazione dell'art. 3 CEDU¹⁶.

La Corte, in ragione del fatto che l'art. 4 Prot. n. 4 si applica a tutti gli stranieri indistintamente, sembra introdurre una certa flessibilità nella valutazione del rispetto della disposizione, che giustificherebbe un esame individuale più superficiale, come accaduto già in *Khlaifia* (l'assenza di un colloquio individuale) e ora in *N.D. e N.T.* (assenza di un esame individuale in determinate circostanze di "condotta colposa"), quando non viene rilevato l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU¹⁷.

In effetti in *N.D. e N.T.*, la Corte osserva più volte come il caso in esame non riguardi una violazione dell'art. 3 CEDU ed evidenzia che i due ricorrenti, successivamente ai fatti in esame, non avevano ottenuto lo status di rifugiato (nel caso di *N.T.* non era stato addirittura richiesto). Viene inoltre ribadito il carattere assoluto del principio di *non-refoulement*, che le autorità statali devono comunque rispettare quando "proteggono" i loro confini (§ 232).

¹⁶ Sulla necessità di preservare la portata autonoma dell'art. 4 Prot. n. 4 rispetto al principio di *non-refoulement*, vedi, *inter alia*, S. CARRERA, *The Strasbourg Court Judgment N.D. and N.T. v Spain: Carte Blancheto Push Backs at EU External Borders?*, EUI Working Papers RSCAS n° 2020/21, 2020, p. 2, M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2, 2020.

¹⁷ Vedi L. LEBOEUF, *Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques : la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions*, CeDIE, 1 aprile 2020.

Se la restrizione introdotta al divieto di espulsioni collettive quindi non pregiudica il principio di *non-refoulement*, si può ragionevolmente pensare che, se in *N.D. e N.T.* fosse rimasta pendente l'ammissibilità dell'art. 3 CEDU, la Corte avrebbe sviluppato argomentazioni diverse.

Tuttavia, restringendo la portata dell'art. 4 Prot. 4 quando quest'ultimo è in qualche modo *porta di accesso* alla tutela dell'art. 3 CEDU (il divieto di espulsioni collettive – afferma la Corte – «is aimed at maintaining the possibility for each of the aliens concerned to assert a risk of treatment which is incompatible with the Convention – and in particular with Article 3», § 198), si genera una contraddizione.

Ridimensionando la portata del divieto di espulsioni collettive e assumendo che l'assenza di un esame individuale non comporti *a priori* la violazione della CEDU, non si corre il rischio di compromettere la tutela assoluta del principio di *non-refoulement* stesso, dal momento che questo stesso esame è necessario per accertare una sua violazione?¹⁸. È possibile, in altre parole, legittimare le espulsioni collettive in particolari circostanze e continuare a garantire al tempo stesso che nessuno venga rinvio in Paesi in cui si rischiano trattamenti contrari all'art. 3 CEDU?

A tal proposito nella sentenza *Ilias and Ahmed*¹⁹, la Grande Camera ha affermato che è soltanto attraverso un esame approfondito delle domande d'asilo che si può valutare se il richiedente corre il rischio di subire un trattamento contrario all'art. 3 nel suo Paese di origine. La constatazione *post-factum* secondo cui il richiedente non correva tale rischio non può assolvere lo Stato da tale dovere procedurale, altrimenti si rischierebbe di rendere «meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers»²⁰.

In conclusione, nella sentenza *N.D. e N.T.*, la Corte sembra “destreggiarsi” tra equilibrismo e contorsioni²¹. Preservando il dinamismo proprio dell'art. 4 Prot. n. 4, nel cui ambito di applicazione ricadono *all the aliens e*

¹⁸ *Ibidem*, sulla questione si veda anche A. LÜBBE, *The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?*, Verfassunblog, 19 febbraio 2020.

¹⁹ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias and Ahmed v. Hungary*, ric. n. 47287/15.

²⁰ *Ivi*, par. 137. Per un commento vedi F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, dicembre 2019.

²¹ L. LEBOEUF, cit.

restringendo la sua portata pur considerando quest'ultimo come *strumentale* all'art. 3 CEDU, si corre il rischio di determinare una diminuzione delle garanzie previste dallo stesso art. 3. Sebbene la Corte non abbia inteso autorizzare le espulsioni collettive alle frontiere, il quadro che emerge presenta molte incertezze, che rischiano di ridurre la portata delle garanzie previste dalla CEDU e la effettività del principio di *non-refoulement*.