

Immigrazione e asilo

'Buoni' e 'cattivi' alle frontiere terrestri: la progressiva definizione del divieto di espulsioni collettive a margine della sentenza M.K.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La sentenza *M.K. e altri c. Polonia*: la violazione dell'art. 3 CEDU – 3. *Segue*: la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 4 – 4. *Segue*: l'eccezione N.D. e N.T. – 5. Il divieto di espulsioni collettive: *a shooting star?* – 6. Considerazioni conclusive.

1. Con la sentenza *M.K.* del 23 luglio 2020, la Corte europea dei diritti umani torna ad esaminare un caso relativo ai respingimenti alle frontiere terrestri, aggiungendo un ultimo interessante capitolo alla sua giurisprudenza in materia di espulsioni collettive. Nella pronuncia, avente come oggetto i ricorsi presentati da alcuni cittadini russi di origine cecena (il Sig. M.K. e due famiglie con minori) rinviiati in Bielorussia, dopo aver tentato più volte di richiedere asilo presso il passo di frontiera di Terespol, la Corte constata molteplici violazioni della Convenzione, nell'ambito di pratiche *sistematiche* di respingimento di richiedenti asilo attuate dallo Stato polacco (art. 3 CEDU, divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti; art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU, divieto di espulsioni collettive; art. 13 CEDU, diritto a un ricorso effettivo; art. 34 CEDU, non avendo lo Stato convenuto rispettato le misure provvisorie inoltrate ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte).

Nella sentenza, considerata 'incoraggiante' per via dell'unanime condanna della Polonia per la violazione della CEDU (vedi F.L. Gatta, "Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland", in *Strasbourg Observers*, 7 ottobre 2020, disponibile su www.strasbourgobservers.com; U. Brandl, P. Czech, "A human right to seek refuge at Europe's external borders: The ECtHR adjusts its case law in M.K. vs Poland", in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 11 settembre 2020, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu), la Corte di Strasburgo esegue, per la prima volta, il test della 'culpable conduct' introdotto nella tanto discussa pronuncia *N.D. e N.T. c. Spagna* ([GC], ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020), relativa ai respingimenti sommarî attuati dalla Spagna nell'enclave di Melilla e offre indicazioni relative alla conduzione dei colloqui individuali ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU (d'ora in poi 'art. 4 Prot. 4').

I due casi, *N.D. e N.T. c. Spagna* e *M.K. et al. c. Polonia*, possono, in un certo senso, essere considerati agli 'antipodi', per le differenti circostanze di fatto su cui si basano e per le conclusioni opposte sul piano giuridico elaborate dalla Corte, la quale evidenzia, nella prima pronuncia, il 'bad behavior' di N.D. e N.T., che hanno tentato l'attraversamento irregolare delle frontiere di Melilla, sfruttando la dinamica numerica per creare una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica e, nella seconda, la condotta – per così dire – 'irreprensibile' dei ricorrenti, i quali, pacificamente e invano, hanno tentato più volte di usufruire dei *legal pathways* messi a disposizione dallo Stato polacco. Il confronto tra i due casi, e in gene-



Corte europea dei diritti umani, M.K. et al. c. Polonia, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, sentenza del 23 luglio 2020 (www.hudoc.echr.coe.int)

rale la recente giurisprudenza della Corte in materia in espulsioni collettive, ci permettono di riflettere sul ruolo futuro della controversa eccezione elaborata in *N.D. e N.T.* (che di seguito, per ragioni esemplificative, chiameremo ‘eccezione N.D. N.T.’) e sulla progressiva configurazione dell’art. 4 Prot. n. 4, le cui esatte garanzie procedurali, nonché gli obblighi in capo agli Stati che da esso derivano, appaiono oggi piuttosto incerti.

Nel presente contributo, pertanto, dopo aver esaminato la sentenza *M.K.* approfondendo in particolare la valutazione della Corte in merito alla violazione dell’art. 3 CEDU e dell’art. 4 Prot. n. 4, ci si soffermerà sulla definizione del divieto di espulsioni collettive, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte EDU. In particolare, si approfondiranno alcuni aspetti problematici relativi al contenuto delle garanzie procedurali che da esso derivano e al rapporto tra il divieto di espulsioni collettive e il principio di *non-refoulement*. Viene sostenuto che, nonostante le conclusioni incoraggianti in *M.K.*, la portata del divieto di espulsioni collettive, che in passato ha conosciuto un’importante evoluzione interpretativa, è oggi di fatto oggetto di una progressiva compressione, che rischia di rendere teorica e inefficace la protezione garantita dell’art. 4 Prot. n. 4 (in materia vedi, *inter alia*, J.M. Henckaerts, “Mass Expulsion in Modern International Law and Practice”, The Hague/Boston/London, 1995, p. 9 ss.; D. Lochak, “L’article 4 du Protocole 4”, in *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, L. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert (a cura di), Parigi, 1995, p. 1057 ss.; C. Favilli, “Articolo 4. Divieto di espulsioni collettive di stranieri”, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), Padova, 2012, p. 866 ss.; A. Saccucci, “Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria”, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, p. 29 ss.; 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 *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, G.C. Bruno, F.M. Palombino, A. Di Stefano (a cura di), Roma, 2019, p. 119 ss.; J.Y. Carlier, L. Leboeuf, “The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement”, in *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union*, M. Moraru, G. Cornelisse, P. De Bruycker (a cura di), Oxford, 2020, p. 455 ss.).

2. I fatti alla base della sentenza riguardano 13 cittadini russi di origine cecena (il Sig. M.K. e due coppie sposate con, rispettivamente, 5 e 3 figli minori), che, nel periodo compreso tra il mese di luglio 2016 e il mese di luglio 2017, si sono recati in molteplici occasioni presso il passo di frontiera di Terespol dalla Bielorussia, per presentare domanda di protezione internazionale. I ricorrenti hanno espresso ripetutamente l’intenzione di richiedere protezione internazionale, a causa del timore di subire torture e trattamenti inumani e degradanti nella Repubblica cecena, dove erano state vittime di diverse forme di maltrattamento, tra cui rapimento, detenzione arbitraria e abusi. In diverse occasioni, i ricorrenti hanno presentato istanza in forma scritta, coadiuvati dai loro avvocati, che, in alcune circostanze, erano fisicamente presenti sul posto, senza però essere autorizzati a fornire assistenza legale o a supervisionare i colloqui dei propri assistiti. In ogni occasione, le autorità polacche hanno emesso decisioni amministrative indirizzate a respingere i ricorrenti dal confine polacco, affermando che essi non avevano un documento di ingresso valido per entrare in Polonia, né avevano manifestato di essere a rischio di persecuzione nel proprio Paese di origine, ma che erano invece mossi soltanto da ragioni personali o di tipo economico. Tale prassi delle autorità polacche non si è arrestata neanche di fronte alle misure provvisorie disposte dalla Corte EDU ai sensi dell’articolo 39 del Regolamen-

to della Corte, che indicava loro di astenersi dal trasferire i richiedenti in Bielorussia, chiarendo inoltre, successivamente, che tali istruzioni dovevano essere interpretate nel senso di: a) ricevere e registrare le domande di protezione internazionale e inoltrarle alle autorità competenti per un esame adeguato e b) non trasferire i richiedenti in Bielorussia prima che tali domande fossero esaminate.

I ricorrenti hanno quindi lamentato la violazione dell'art. 3 CEDU sotto due profili: a) per il respingimento operato verso la Bielorussia, da dove sarebbero stati a loro volta e con alta probabilità rinviiati in Russia, andando incontro al rischio di subire torture e trattamenti inumani e degradanti; b) per la forma di trattamento degradante operata dalle autorità polacche, che con il loro ostinato rifiuto di prendere in considerazione le richieste di protezione internazionale, avrebbero loro causato un rilevante stato di angoscia, frustrazione e umiliazione. Inoltre, i ricorrenti hanno lamentato la violazione dell'art. 4 Prot. n. 4 CEDU, per essere stati rinviiati in Bielorussia in assenza di un adeguato esame individuale delle loro circostanze personali, nonché la violazione dell'art. 13 CEDU in combinato disposto con gli art. 3 CEDU e 4 del Prot. n. 4, a causa della mancanza di un rimedio effettivo per impugnare le decisioni di espulsione. Infine, hanno invocato la violazione dell'art. 34 CEDU, a causa del mancato rispetto delle misure provvisorie indicate dalla Corte da parte del governo convenuto. La Corte europea dei diritti umani riscontra all'unanimità ciascuna delle violazioni lamentate, mettendo in luce inoltre una politica generale e sistematica di non ammissione alle frontiere operata dal governo polacco, specialmente nei confronti dei cittadini russi di origine cecena.

Nello specifico, dopo aver dichiarato sussistente la giurisdizione polacca in relazione ai fatti in oggetto (par. 129-132), la Corte valuta la doglianza relativa all'art. 3 CEDU, con riferimento in particolare al primo profilo summenzionato. La Corte osserva che, mentre non è suo compito esaminare le domande di asilo nel merito (che resta appannaggio dello Stato), certamente lo è valutare l'esistenza o meno di garanzie effettive che proteggono il richiedente da arbitrari *refoulement*, siano essi diretti o indiretti (par. 169). Nel caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria* ([GC], ricorso n. 47287/15, sentenza del 21 novembre 2019) la Grande Camera ha avuto modo di specificare che gli obblighi procedurali che gli Stati devono rispettare quando decidono di allontanare richiedenti asilo possono variare a seconda del Paese di destinazione del trasferimento. Infatti, pur restando intatta la responsabilità degli Stati «with regard to its duty not to deport them if substantial grounds have been shown for believing that such action would expose them, directly (i.e., in that third country) or indirectly (for example, in the country of origin or another country), to treatment contrary to, in particular, Article 3» (Ivi, par. 129; Corte europea dei diritti umani, *M.K.*, cit., par. 171), il contenuto specifico dei loro obblighi può variare a seconda dei profili di rischio relativi al Paese di destinazione e all'avvenuto o meno esame della domanda di asilo (sul punto 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", in *ADiM Blog, Osservatorio della giurisprudenza*, dicembre 2019, disponibile su www.adimblog.com).

Nello specifico, quindi, se si tratta di espellere un richiedente asilo nel Paese di origine, gli Stati devono valutare la sussistenza del rischio di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU in detto Paese e la fondatezza della domanda d'asilo. Nei casi di allontanamento in un Paese terzo intermedio, gli Stati possono scegliere tra due opzioni: esaminare la domanda di asilo nel merito o disporre il trasferimento nel Paese terzo senza valutare tale richiesta, assicurandosi però che qui il richiedente abbia accesso ad una adeguata procedura di asilo. Infatti – afferma la Corte – in questo caso, gli Stati non possono sapere se lo straniero espulso andrà

incontro al rischio di trattamenti contrari all'art. 3 nel proprio Paese di origine, dal momento che è «only by means of a legal procedure resulting in a legal decision that a finding on this issue can be made and relied upon» (Corte europea dei diritti umani, *Ilias e Ahmed*, cit., par. 137). Inoltre la Corte non manca di specificare, ribadendolo anche in *M.K.* al par. 173, che è dovere dello Stato «to examine thoroughly the question of whether or not there is a real risk of the asylum-seeker being denied access [...] to an adequate asylum procedure», indipendentemente che esso sia Stato Membro dell'Unione europea, Stato parte della CEDU o di altri strumenti internazionali in materia di diritti umani, fornendo quindi interessanti indicazioni anche sull'applicabilità della nozione di 'Paese terzo sicuro' (per approfondimenti vedi C. Pitea, "La Corte EDU compie un piccolo passo in avanti sui Paesi terzi 'sicuri' e un preoccupante salto all'indietro sulla detenzione di migranti al confine. A margine della sentenza della Grande Camera sul caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*", in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 3/2020, p. 193 ss.). Pertanto, in *M.K.* è importante valutare se le autorità polacche si fossero accertate o meno del rischio per i richiedenti di non poter accedere ad un'efficace procedura di asilo in Bielorussia. Ciò non è stato, in quanto i ricorrenti sono stati automaticamente rinviiati in Bielorussia, a dispetto della loro condizione personale e della situazione generale di detto Paese.

A tal proposito, infatti, la Corte non trova plausibile la contestazione del governo polacco in base a cui i ricorrenti non avevano espresso timori per la propria sicurezza ai sensi dell'art. 3 CEDU e l'intenzione di richiedere protezione internazionale. La versione dei ricorrenti è infatti corroborata, oltre che dalle copie delle loro domande di protezione internazionale presentate alla Corte (in particolare in occasione delle richieste di misure provvisorie) e dai numerosi tentativi di attraversare il confine assistiti da avvocati polacchi e bielorussi, anche dai rapporti delle istituzioni nazionali per i diritti umani che testimoniano l'esistenza di una pratica *sistematica* di manipolazione delle dichiarazioni fornite dai richiedenti agli agenti di frontiera e di irregolarità nella conduzione dei colloqui, in cui non venivano indagate le ragioni effettive alla base delle richieste (si cita in particolare il rapporto redatto dal Garante per l'infanzia della Polonia, che ha visitato il passo frontiera di Terespol il 10 gennaio 2017, par. 109-114. La mancanza di un esame corretto delle ragioni alla base del tentativo di ingresso è inoltre confermata anche dalla Corte amministrativa suprema polacca, par. 76-77).

Alla stessa maniera la Corte rileva che i ricorrenti hanno prodotto diversi documenti per corroborare il loro timore di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, tra cui le proprie testimonianze relative a forme di tortura e maltrattamenti già subiti, nonché documenti ufficiali che attestavano non solo la situazione in Cecenia, ma anche in Bielorussia, in cui avrebbero corso il rischio di «chain-refoulement» (par. 177). Tali argomenti sono sostanziati anche da statistiche ufficiali che dimostrano la mancanza di un accesso effettivo alla procedura d'asilo in Bielorussia, specialmente per i cittadini russi. Inoltre, la Bielorussia non è parte della CEDU, né della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati).

Infine, la Corte respinge l'argomento del governo polacco secondo cui, essendo il confine polacco-bielorusso anche confine esterno dell'Unione europea, le autorità dovevano agire in conformità anche agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea (in particolare dal Codice frontiere Schengen), enfatizzando che la loro principale responsabilità è quella relativa a «border protection and border traffic control, as well as the prevention of illegal migration» (par. 158). La Corte infatti è decisa nell'evidenziare come il diritto dell'Unione europea (incluso il Codice frontiere Schengen e la Direttiva 2013/32/EU) «clearly embrace the principle of non-refoulement, as guaranteed by the Geneva Convention» ed è «clearly aimed at providing all asylum-seekers effective access to the proper

procedure by which their claims for international protection may be reviewed» (par. 181). Inoltre, è bene ricordare che il diritto dell'Unione europea assicura la necessaria coerenza tra la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e la CEDU (così come interpretata dalla Corte di Strasburgo). In particolare, la protezione offerta dalla Carta, in virtù dell'art. 52 par. 3, non può in nessun caso situarsi ad un livello inferiore rispetto a quello garantito dalla CEDU, ma può bensì essere più ampia. Tra i diritti tutelati rientrano chiaramente gli art. 4 e 19 della Carta, corrispondenti all'art. 3 CEDU e all'art. 4 del Prot. n. 4 CEDU (vedi Unione europea, "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali", 2007/C 303/02 del 14 dicembre 2007, disponibile su www.eur-lex.europa.eu).

Constatata la violazione dell'art. 3 CEDU, in relazione al respingimento dei ricorrenti in Bielorussia, tuttavia, la Corte non ritiene necessario esaminare se la disposizione è stata violata anche in riferimento al trattamento riservato loro dalle autorità di frontiera, che avevano ignorato ripetutamente e ostinatamente le loro richieste di asilo, provocando negli stessi umiliazione e angoscia. Tale posizione è discutibile poiché i due profili fanno riferimento a due circostanze differenti, slegate tra di loro dal punto di vista logico e cronologico: l'accoglienza al confine polacco e il trasferimento in Bielorussia (sul punto vedi F.L. Gatta, "Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland", cit.). Le due circostanze sono altresì legate a due obblighi differenti, che sono emersi anche nelle misure provvisorie disposte ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte, in cui era stato indicato alla Polonia da una parte di registrare le domande di asilo e inoltrarle alle autorità competenti (obbligo positivo), dall'altra di non trasferire i ricorrenti in Bielorussia (obbligo negativo). Poiché la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 34 CEDU, non avendo la Polonia rispettato entrambi gli obblighi, sarebbe stato più coerente se i giudici si fossero pronunciati non solo sulla violazione dell'art. 3 CEDU per ciò che concerne il respingimento in Bielorussia, ma anche per ciò che concerne il trattamento subito durante i controlli alla frontiera, argomento strettamente legato, come la stessa Corte afferma, «to the issue of the applicants' lack of access to the asylum procedure» (par. 187).

3. In relazione all'art. 4 del Prot. n. 4, la Corte applica, per la prima, il test della 'culpable conduct' introdotto in *N.D. e N.T.*, accogliendo l'approccio metodologico suggerito dai giudici dissenzienti Lemmens, Keller e Schembri Orland nel caso *Asady et al. c. Slovacchia* (ricorso n. 24917/15, sentenza del 24 marzo 2020, opinione congiunta dissenziente) (sul punto vedi ancora F.L. Gatta, "Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish border: M.K. and Others v. Poland", cit.). A loro parere il test deve essere applicato conseguentemente al test procedurale indirizzato ad accertare l'esistenza di un'espulsione collettiva. Sulla questione, in *Asady*, la Corte aveva evitato di esprimersi fornendo solo osservazioni generiche (vedi F.L. Gatta, "Tell me your story, but hurry up because I have to expel you" – *Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT 'own culpable conduct' test to collective expulsions*", in *Strasbourg Observers*, 6 maggio 2020, disponibile su www.strasbourgobservers.com).

In particolare, nella sentenza oggetto d'esame, la Corte combina il test procedurale tramite cui viene accertato se l'allontanamento in questione costituisce un'espulsione collettiva ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 4 (a sua volta composto da due fasi, in cui viene valutato, in primo luogo, se l'allontanamento costituisce *espulsione* e, in secondo luogo – una volta verificata tale condizione – se l'espulsione può dirsi *collettiva*), con l'eccezione *N.D. e N.T.*: una volta accertato il carattere collettivo dell'espulsione, può essa essere giustificata dalla condotta colposa dei ricorrenti? Rinviando al paragrafo successivo le considerazioni relative all'applicazione di tale eccezione, ci si sofferma di seguito sull'accertamento

dell'allontanamento dei ricorrenti quale a) 'espulsione' e b) di natura 'collettiva', ai sensi dell'art. 4 del Prot. n. 4. A tal proposito, non desta particolari problemi la verifica della prima condizione. La Corte ricorda che la nozione di espulsione deve intendersi «in the generic meaning in current use (that is to say 'to drive away from a place'» (par. 198; vedi, in particolare, Corte europea dei diritti umani, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia* [GC], ricorso n. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, par. 174) e che si applica a qualsiasi misura abbia l'effetto di produrre l'allontanamento dal territorio dello straniero, indipendentemente dal nome formale dell'atto (ad esempio 'refusal of entry with removal' piuttosto che 'expulsion' o 'deportation', come affermato in particolare in *Kblafia et al c. Italia* [GC], ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 243). È il caso *Hirsi*, in particolare, che suggella un'interpretazione estensiva della nozione di 'espulsione', che diventa comprensiva di qualsiasi misura abbia lo scopo di impedire ai migranti di raggiungere i confini di uno Stato, andando a coprire, quindi, anche i respingimenti in alto mare (in *Hirsi*, l'ampia nozione di espulsione adottata dalla Corte si accompagna inoltre all'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. n. 4 ai contesti extraterritoriali, coerentemente con la nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU; sul caso vedi, *inter alia*, G. Cellamare, "Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Hirsi Jamaa* e altri c. Italia", in *Studi sull'integrazione europea* 2012, p. 491 ss.; M. Giuffrè, "Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa* and Others v. Italy", in *International and Comparative Law Quarterly* 2012, p. 728 ss.; A. Liguori, "La Corte Europea condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia nel 2009: il caso *Hirsi*", in *Rivista di diritto internazionale* 2/2012, p. 415 ss.; N. Napoletano, "La condanna dei 'respingimenti' operati dall'Italia verso la Libia da parte della Corte europea dei diritti umani: molte luci e qualche ombra", in *Diritti umani e diritto internazionale* 2012, p. 436 ss.; M. Den Heijer, "Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the *Hirsi Case*", in *International Journal of Refugee Law* 2013, p. 265 ss.). Pertanto – chiosa la Corte in *M.K.* – se l'art. 4 del Prot. n. 4 trova applicazione in tali circostanze, l'esistenza di un'espulsione è ancora più evidente nella situazione in cui «the aliens present themselves at a land border and are returned from there to the neighbouring country» (par. 204).

Ciò constatato, è necessario accertare la natura collettiva dell'espulsione. In merito, la Corte ricorda che lo scopo dell'art. 4 del Prot. n. 4 è «to prevent States from being able to return a certain number of foreigners without examining their personal circumstances and therefore without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority» (par. 201). In effetti non vi è dubbio che l'elemento decisivo per accertare la natura collettiva dell'espulsione è costituito dall'esistenza di un esame individuale della situazione dei ricorrenti (tale elemento era emerso già in *Čonka v. Belgium*, ricorso n. 51564/99, sentenza del 5 febbraio 2002, primo caso in la Corte ha riscontrato il divieto di espulsioni collettive, affermando che esso si applica «to any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country, except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group», par. 59).

In *M.K.*, la natura collettiva dell'espulsione è dedotta da una serie di elementi che, insieme, permettono di affermare che la situazione personale dei ricorrenti non è stata tenuta in debito conto (F.L. Gatta, "Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish border: *M.K. and Others v. Poland*", cit.). Tali elementi forniscono indicazioni utili, relative alla conduzione dei colloqui.

In primo luogo, la Corte rileva gli elementi che certificano l'irregolarità delle interviste, tali da impedire un adeguato esame della situazione individuale dei ricorrenti: il col-

loquio con i ricorrenti infatti non è stato trasparente, bensì viziato dagli agenti di frontiera che hanno volutamente enfattizzato gli argomenti utili a categorizzarli come ‘migranti economici’, manipolando le dichiarazioni volte a sostanziare le richieste di protezione internazionale, le quali, di fatto, sono state sostanzialmente ignorate; i provvedimenti di espulsione, sebbene ‘formalmente’ individuali, sono basati su brevi note ufficiali redatte dagli agenti di frontiera, che «did not properly reflect the reasons given by the applicants to justify their fear of persecution» (par. 206). La Corte rileva in proposito anche che ai ricorrenti non è stato consentito di chiedere assistenza legale e che ai loro stessi avvocati, quando presenti al passo di frontiera, è stato negato di partecipare ai colloqui.

In secondo luogo, decisivo è l’indicatore del contesto politico, che mette in luce una strategia statale più ampia e sistematica, indirizzata a negare l’accesso al territorio polacco a una determinata categoria di stranieri, cioè i Ceceni (questo elemento non è nuovo, ma anzi particolarmente rilevante nella giurisprudenza della Corte in materia, soprattutto quella pre-*Hirsi*, come nei casi relativi alle espulsioni dei cittadini georgiani dalla Russia, nell’ambito di politiche discriminatorie: Corte europea dei diritti umani, *Georgia c. Russia* (I) [GC], ricorso n. 13255/07, sentenza del 3 luglio 2014; *Berdzenishvili et al c. Russia*, ricorso n. 14594/07, sentenza del 26 marzo 2019; *Shioshvili et al. c. Russia*, ricorso n. 19356/07, sentenza del 20 dicembre 2016). Ciò è in particolare corroborato dalle dichiarazioni del Ministro dell’interno polacco, che in un programma televisivo nel 2016, afferma la chiara intenzione del governo di voler respingere i migranti e *proteggere* i cittadini dagli afflussi migratori. Con specifico riferimento al confine polacco-bielorusso, dichiara che i cittadini ceceni non sarebbero stati accettati in Polonia (par. 115). L’assenza di un sistema d’asilo funzionante in Bielorussia e i respingimenti da essa operati in Paesi a rischio sono inoltre confermati dai rapporti di Amnesty International (*The State of the World’s Human Rights 2017*, disponibile su www.amnesty.org) e Human Rights Watch (*World Report 2018*, disponibile su www.hrw.org) citati ai par. 116-117 della sentenza.

4. Dunque, una volta riscontrato il carattere collettivo dell’espulsione, può essa essere giustificata sulla base della ‘culpable conduct’ dei ricorrenti?

Com’è noto, con il caso *N.D. e N.T.*, le circostanze per cui si può escludere una violazione dell’art. 4 del Prot. n. 4 a causa della condotta dei ricorrenti, si sono ampliate. Se prima della controversa sentenza, tale eccezione aveva trovato riscontro in casi relativi al difetto di cooperazione con le autorità statali, con *N.D. e N.T.* si prevede che essa si possa ‘attivare’ anche in presenza di un «recourse to unauthorised and clearly disruptive means of attempting to enter the State’s territory despite the existence of a genuine and effective access to means of legal entry» (*M.K.*, par. 203. Sul caso *N.D. e N.T.* vedi, *inter alia*, M. Pichl, D. Schmalz, “Unlawful may not mean rightless” e C. Oviedo Moreno, “A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain”, in *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2020, disponibile su www.verfassungsblog.de; D. Thym, “A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s N.D. & N.T. Judgment on ‘Hot Expulsions’”, in *EU Migration Law Blog*, 17 febbraio 2020, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu; R. Wis-sing, “Push backs of ‘badly behaving’ migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)”, in *Strasbourg Observers*, 25 febbraio 2020, disponibile su www.strasbourgobservers.com; F. Mussi, “La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno schiaffo ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?”, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020, disponibile su www.sidiblog.org; 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”, in *CeDIE*, 1 aprile

2020, disponibile su www.uclouvain.be; N. Markard, “A Hole of Unclear Dimensions: Reading N.D. and N.T. v. Spain”, in *EU Migration Law Blog*, 1 aprile 2020, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu; 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* 2020, p. 29 ss.; S. Carrera, “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain: A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”, in *EUI Working Papers*, RSCAS n. 2020/21; E. Zaniboni, “Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso N.T. e N.D.”, in *Studi sull'integrazione europea* 2020, p. 711 ss.).

Tuttavia, le due fattispecie sono completamente differenti tra loro. È stato infatti giustamente criticato il ragionamento della Corte in N.D. e N.T., che motiva l'introduzione della 'nuova' eccezione basandosi sulla propria giurisprudenza 'consolidata' (par. 200-201), che si riferisce ai casi *Berisha e Haljiti c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia* (ricorso n. 18670/03, decisione del 10 aprile 2007) e *Dritsas et al. c. Italia* (ricorso n. 2344/02, decisione del 1° febbraio 2011). I due casi sono relativi, appunto, ad una mancanza di cooperazione con le autorità statali (che si verifica ad esempio in presenza del rifiuto di mostrare i propri documenti, determinando l'impossibilità di formalizzare provvedimenti individuali di espulsione). La causa spagnola differisce nettamente da questi casi. In essa la Corte elabora piuttosto un «criterio generale atto a individuare comportamenti idonei a escludere l'operatività del divieto di espulsioni collettive» (F. Mussi. “La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno schiaffo ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?”, cit.).

Il test della 'culpable conduct', nello specifico, si esegue accertando a) la condotta dei ricorrenti, caratterizzata dal tentativo d'ingresso irregolare aggravato dalla dinamica numerica che ha determinato un pericolo per la sicurezza pubblica dello Stato, b) la disponibilità di effettivi canali di accesso legale e c) una volta soddisfatta l'ultima condizione, se i ricorrenti hanno avuto valide ragioni per non essersi avvalsi di tali canali. Nell'eseguire il test in *M.K.*, quindi, la Corte valuta il 'comportamento' dei ricorrenti e l'utilizzo dei mezzi di accesso legali, non potendo che constatare la condotta – per così dire – 'irreprensibile' degli stessi, i quali hanno tentato di attraversare il confine «in a legal manner, using an official checkpoint and subjecting themselves to border checks as required by the relevant law» (par. 207). Le circostanze fattuali alla base di *M.K.* e *N.D. e N.T.* pongono in un certo senso agli antipodi i due casi, in cui l'elemento della condotta dei ricorrenti, ineccepibile da un lato, irregolare e violenta dall'altra, diventa un elemento centrale (F.L. Gatta, “Systematic push back of 'well behaving' asylum seekers at the Polish border: *M.K. and Others v. Poland*”, cit.; U. Brandl, P. Czech, “A human right to seek refuge at Europe's external borders: The ECtHR adjusts its case law in *M.K. vs Poland*”, cit.). Tuttavia, un primo elemento di critica che si vuole evidenziare è relativo all'uso stesso del requisito della 'applicants' own conduct', declinata in questi termini, atta ad escludere la fattispecie dall'ambito di applicazione dell'art. 4 Prot. n. 4. È stato infatti giustamente notato come, focalizzandosi sulla condotta dei ricorrenti piuttosto che su quella dello Stato, la Corte di fatto rischia di valutare non in che misura lo Stato abbia rispettato i suoi obblighi ai sensi della CEDU, ma in che misura gli individui possono accedere alla protezione garantita dalla Convenzione. Questo approccio, che di fatto ha portato ad esonerare la Spagna dai suoi obblighi ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 4 in *N.D. e N.T.*, è in contrasto con la funzione della Corte, che è stata istituita per assicurare che le 'Alte Parti Contraenti' rispettino gli impegni della CEDU e dei suoi Protocolli e più in generale il mandato della Convenzione stessa, che è incentrata sulla persona e finalizzata alla salvaguardia dei loro diritti umani nelle interazioni con

gli Stati (S. Carrera, “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain: A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”, cit., p. 8).

Inoltre, a preoccupare è questa stessa ‘idea’ emergente di migranti alla frontiera che si comportano bene o male (cioè che oltrepassano il confine in maniera regolare o meno), che sembra (pericolosamente) mutuata dall’attuale retorica sovranista degli Stati europei, finalizzata a stigmatizzare il comportamento dei migranti e a criminalizzare i flussi migratori irregolari. Introdurre il criterio dell’‘unlawfulness’ come strumento per escludere le persone dalla protezione della CEDU rappresenta un’evidente concessione alle pressioni degli Stati impegnati in controlli sempre più repressivi ai confini, nonché un precedente molto pericoloso per la Corte di Strasburgo (vedi M. Pichl, D. Schmalz, “Unlawful may not mean rightless”, cit.). Da notare in merito anche il linguaggio utilizzato dalla Corte, che in *N.D. e N.T.* fa riferimento in diverse occasioni ai tentativi di ingresso irregolare dei ricorrenti, che fanno ricorso all’uso della forza e creano deliberatamente una situazione di pericolo per la sicurezza pubblica (par. 201 e 210-211). Simili segnali si ravvisano anche in *Ilias e Ahmed*, in cui viene affermato il diritto degli Stati a prendere le misure necessarie «against foreigners circumventing restrictions on immigration» (par. 213) in caso di «mass influx of asylum seekers and migrants at the border» (par. 228; vedi A. Bufalini, “Ancora a margine del caso N.D. & N.T. c. Spagna: la retorica dell’invasione si fa largo a Strasburgo?”, in *ADiM Blog, Editoriale*, luglio 2020, disponibile su www.adimblog.com).

Ad ogni modo, date le circostanze di fatto nettamente differenti alla base dei due casi, *M.K.* e il caso di Melilla, non è ancora possibile stabilire quale sarà l’impatto dell’eccezione N.D. e N.T. nella giurisprudenza futura della Corte, e quindi quanto restrittivamente la Corte applicherà il test della ‘culpable conduct’ (confortante, tuttavia, è il segnale dato dai giudici dissenzienti Lemmens, Keller e Schembri Orland in *Asady*, che si esprimono in favore di una necessaria applicazione restrittiva dell’eccezione: «it is vital that the limited scope of the Grand Chamber’s judgment in N.D. and N.T. v. Spain be respected. An overly broad interpretation of the judgment would damage the ‘broad consensus within the international community’ concerning compliance with ‘the Convention guarantees, and in particular [...] the obligation of *non-refoulement*’», opinione congiunta dissenziente, par. 25). In particolare, ci si chiede in che modo la Corte valuterà la condotta dei migranti in situazioni meno ‘estreme’, come ad esempio in presenza di un tentativo d’ingresso irregolare, ma non accompagnato da dinamiche numeriche tali da creare pericoli per la sicurezza pubblica come riscontrato nel caso di Melilla; altresì ci si chiede come sarà valutata la disponibilità di effettivi canali di ingresso legali da parte degli Stati.

In merito a quest’ultimo punto, infatti, il requisito dei *legal pathways* all’interno del contesto dell’art. 4 Prot. n. 4 resta ancora del tutto vago e impreciso. In *N.D. e N.T.*, la Corte ha affermato che «the effectiveness of Convention rights requires that [...] States make available genuine and effective access to means of legal entry» e che questi mezzi devono permettere alle persone «to submit an application for protection, based in particular on Article 3 of the Convention» (par. 44). A tal proposito, non è chiaro se la Corte abbia inteso introdurre un obbligo positivo in capo agli Stati di predisporre effettivi canali di accesso legali ai sensi dell’art. 3 CEDU (allontanandosi in questo modo dalla propria giurisprudenza in materia, che sancisce essenzialmente un obbligo negativo di non respingimento ai sensi della medesima disposizione) o se, piuttosto, si è trattato di considerazioni complementari all’applicazione del criterio della ‘culpable conduct’. La struttura interna della sentenza sembrerebbe suggerire la seconda ipotesi, poiché l’argomento dei *legal pathways* è introdotto nei paragrafi relativi alla valutazione dei fatti (par. 202 ss.) e

non nei principi generali (così D. Thym, “A Restrictionist Revolution?”, cit., che parla della questione in termini di «illusory judicial revolution»).

Inoltre, l'accertamento di legal pathways ‘effettivi’, che la Corte ha individuato nella possibilità di richiedere protezione internazionale sia presso ambasciate o consolati presenti nei Paesi di origine e di transito, sia presso gli uffici di frontiera, è stato di fatto formalistico e superficiale. Si ricorda, *inter alia*, che la Corte non ha preso in considerazione i rapporti delle Terze parti intervenute in causa, che attestavano come tali canali erano effettivamente molto difficili da utilizzare per i migranti subsahariani a causa del severo contenimento e delle pratiche di profilazione razziale compiute dalle autorità marocchine (sul punto vedi in particolare S. Carrera, “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v. Spain: A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”, cit., p. 10 ss.; H. Hakiki, “N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg’s position on push backs at land borders?”, in *Strasbourg Observers*, 26 marzo 2020, disponibile su www.strasbourgobservers.com). Infine, alla luce del caso *M.N. et al c. Belgio* ([GC], ricorso n. 3599/18, decisione del 5 maggio 2020), relativo alla richiesta di visti umanitari presentata da cittadini siriani presso l’ambasciata belga in Libano, in cui la Grande Camera ha ritenuto inammissibile il ricorso dichiarando insussistente la giurisdizione ai sensi dell’art. 1 CEDU, è chiaro che quantomeno il rilascio di visti presso ambasciate all’estero non rientra nel campo di applicazione della Convenzione (sul caso T. Gammeltoft-Hansen, N. Feith Tan, “Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement”, in *EU Migration Law Blog*, 26 maggio 2020, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu; M. Baumgärtel, “Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas”, in *Strasbourg Observers*, 7 maggio 2020, disponibile su www.strasbourgobservers.com).

Come conciliare le conclusioni delle due pronunce? Alla luce dei due casi emerge, infatti, che la disponibilità di procedure per il rilascio di visti umanitari presso le ambasciate all’estero è un elemento valido a sostanzare la ‘culpable conduct’ dei migranti e quindi a legittimare una loro espulsione collettiva, ma, allo stesso tempo, «is not a matter of individual rights corresponding to ECHR obligations» (V. Stoyanova, “M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas”, in *EJIL:Talk!*, 12 maggio 2020, disponibile su www.ejiltalk.com).

5. Il divieto di espulsioni collettive ha conosciuto un’importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonostante abbia trovato applicazione solo in pochi casi, tanto da essere considerato una «rising star» nel contenzioso sui diritti umani (l’espressione è usata da C. Hruschka, “Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR”, in *EU Migration Law Blog*, 28 febbraio 2020, disponibile su www.eumigrationlawblog.eu). Infatti, se inizialmente la disposizione ha trovato applicazione in casi concernenti espulsioni dal territorio di determinati gruppi di stranieri in virtù di politiche discriminatorie, è nell’ultimo decennio, nel solco della giurisprudenza *Hirsi*, che il divieto di espulsioni collettive diviene fondamentale nel condannare i respingimenti alle frontiere esterne europee, consolidandosi come una norma dal carattere procedurale, da cui deriva un obbligo più generale di effettuare un esame individuale della situazione di uno straniero prima di procedere alla sua espulsione (L. Leboeuf, “Interdiction des expulsions collectives et mesures d’expulsions immédiates et systématiques”, cit.). In *Hirsi*, infatti, il focus della Corte si sposta proprio sull’esistenza o meno di «sufficient guarantees ensuring that the individual circumstances of each of those concerned were actually the subject of a detailed examination» (par. 185), le quali, nella fattispecie, non vengono riscontrate, a causa dell’assenza di una procedura di identificazione dei ricorrenti (che costituisce una minima ed essenziale garanzia), di un colloquio individuale,

nonché di personale a bordo adeguatamente formato per la conduzione dello stesso e di interpreti o legali. Lo stesso ragionamento viene seguito in *Sharifi et al. c. Italia e Grecia* (ricorso n.16643/09, sentenza del 21 ottobre 2014) in cui la Corte rileva l'assenza di sufficienti garanzie procedurali nell'ambito del rinvio in Grecia dei richiedenti asilo giunti in Italia, che di fatto aveva loro precluso la possibilità di accedere alla procedura d'asilo (par. 215-216).

Tuttavia, questo percorso evolutivo subisce una netta battuta d'arresto con la sentenza *Khlaifia*, in cui la Corte afferma chiaramente che il divieto di espulsioni collettive non implica il diritto ad un colloquio individuale in ogni circostanza, ma che i requisiti della disposizione possono essere soddisfatti qualora lo straniero «has a genuine and effective possibility of submitting arguments against his or her expulsion, and where those arguments are examined in an appropriate manner by the authorities of the respondent State» (par. 248). Nel giungere a queste conclusioni, la Corte però sottolinea come, in una procedura di espulsione, la possibilità di richiedere asilo rimanga «a paramount safeguard», non riscontrando tuttavia nella fattispecie motivi validi a ritenere che le autorità italiane non sarebbero state ricettive alle richieste dei ricorrenti, qualora vi fossero stati «legitimate and legally arguable impediments to their removal» (par. 247. Sul caso vedi, *inter alia*, A.I. Matonti, «Garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU: il caso *Khlaifia*», in *Diritti umani e diritto internazionale* 2017, p. 523 ss.; M.R. Mauro, «A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: The Grand Chamber Judgment in *Khlaifia v. Italy*», in *Italian Yearbook of International Law* 2017, p. 289 ss.; A. Saccucci, «I 'ripensamenti' della Corte europea sul caso *Khlaifia*: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive 'alla prova' delle situazioni di emergenza migratoria», in *Rivista di diritto internazionale* 2017, p. 552 ss.)

Così facendo, la Corte preferisce non dedurre delle garanzie procedurali specifiche dall'obbligo generale di condurre un esame individuale ai sensi della disposizione, ma ritiene sufficiente che vi sia una possibilità effettiva di far valere argomenti avverso l'espulsione. Di fatto compromette il carattere autonomo della disposizione, che si consacra come «un droit garantissant l'accès aux procédures en vigueur permettant un examen individualisé, plus que comme un droit impliquant en lui-même le respect de diverses garanties spécifiques», come il diritto stesso ad un colloquio individuale, limitandosi ad essere una sorta di «*passerelle* vers les procédures adéquates et, en particulier, la procédure d'asile» (L. Leboeuf, «Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques», cit.). Preservando infatti la protezione assoluta avverso il *refoulement* (i migranti che richiedono asilo devono poter accedere alle procedure adeguate e alle garanzie procedurali ai sensi dell'art. 3 CEDU, quale anche il diritto ad un colloquio individuale) la Corte, in *Khlaifia* (in cui non è implicato l'art. 3 CEDU), dimostra di non voler dedurre dall'art. 4 Prot. n. 4 gli stessi standard in tema di garanzie procedurali per coloro i quali non richiedono asilo: per questi ultimi, ritiene sufficiente che vi sia l'opportunità di esporre argomenti avverso l'espulsione, conferendo quindi alle autorità statali maggiore discrezionalità riguardo alle modalità con cui valutare le situazioni personali di ciascuno in questi casi (al riguardo vedi L. Leboeuf, «The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement», cit.).

In effetti l'orientamento della Corte, nel solco tracciato dalla sentenza *Khlaifia*, sembra indirizzato a ritenere sufficiente un esame individuale più superficiale o il rispetto meramente formale delle garanzie previste ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 4, proprio quando non ricorre il rischio di *refoulement* ai sensi degli art. 2 e 3 CEDU, ossia laddove non abbia constatato un rischio concreto di 'danno irreparabile' (vedi D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, pp. 228-233). In assenza di tale rischio, la tutela dell'art. 4 Prot. n. 4 (nel

cui ambito di applicazione – si ricorda – ricadono tutti gli individui, «irrespective of [...] his or her status as migrant or as asylum seeker and his or her conduct when crossing the border», come confermato anche in *N.D. e N.T.* al par. 185), subisce una criticabile compressione, nonché la compromissione della qualità delle garanzie procedurali previste, il cui contenuto risulta essere sempre più flessibile e indeterminato. Nella recente pronuncia *Asady*, ad esempio, la Corte ha ritenuto conformi agli standard richiesti dal divieto di espulsioni collettive una serie di provvedimenti individuali di espulsione basati su colloqui standardizzati, tutti della medesima durata di 10 minuti, avvenuti di notte, con la presenza simultanea in alcuni casi degli stessi agenti di polizia e dello stesso interprete in più colloqui differenti. Colpisce – anche qui – il ragionamento altamente formalistico della Corte, che ritiene plausibile la brevità dei colloqui (aspetto – a suo avviso – che potrebbe essere giustificato dall’assenza di argomenti meritevoli di maggiori approfondimenti) e «sufficiently individualised» l’esame condotto (par. 58 e 66). Quest’ultimo elemento sarebbe dedotto, a dispetto della registrazione di domande e risposte assolutamente identiche, dall’annotazione delle diverse quantità di denaro in possesso dei ricorrenti (vedi F.L. Gatta, “Tell me your story, but hurry up because I have to expel you”, cit.; A. Bufalini, “L’insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive”, in *ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza*, aprile 2020, disponibile su www.adimblog.com).

In questo quadro, l’eccezione *N.D. e N.T.*, di fatto, comprime ulteriormente e radicalmente la portata del divieto di espulsioni collettive, in quanto più che ridurre (o compromettere) la qualità delle garanzie procedurali come in *Kblaifia* o *Asady*, prevede proprio l’esclusione di queste ultime – e quindi anche della garanzia generale ‘di addurre argomenti avverso l’espulsione’ – qualora ricorrano determinate circostanze (la Corte in effetti «shows its readiness to endorse a total disavowal of the very essence of Article 4-P4», M. Di Filippo, “Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law”, cit., p. 22). Nel giungere a questa controversa conclusione, inoltre, la Corte si è premurata di osservare come il caso *N.D. e N.T.* non concernesse una violazione dell’art. 3 CEDU (la doglianza era stata dichiarata inammissibile già nella precedente sentenza dell’ottobre 2017), il cui carattere assoluto e inderogabile resta in ogni caso intatto (par. 232) e come i ricorrenti non avessero ottenuto lo status di rifugiato (*N.T.* non lo aveva neanche richiesto). In merito al divieto di espulsioni collettive, la Grande Camera ribadisce che esso «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» (par. 198), presupponendo implicitamente un legame ‘funzionale’ tra la disposizione e il rischio di trattamenti contrari alla Convenzione, specialmente all’art. 3 CEDU (per una discussione critica su tale relazione funzionale vedi M. Di Filippo, “Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law”, cit.; in merito si segnala anche la discutibile opinione parzialmente dissenziente in *N.D. e N.T.* del giudice Koskelo, favorevole invece ad un’interpretazione molto restrittiva della norma, che troverebbe applicazione *solo* in presenza del rischio di *refoulement*).

Una tale lettura sembra in effetti confermata dal caso *M.K.*, in cui, come si è detto, la violazione del divieto di espulsioni collettive è stata riscontrata nell’ambito di ampie pratiche sistematiche di respingimento alle frontiere, che avrebbero esposto i ricorrenti al concreto rischio di trattamenti contrari all’art. 3 CEDU. Tuttavia, la riduzione della portata dell’art. 4 Prot. n. 4 quale garanzia procedurale autonoma e indipendente, nonché la sua supposta ‘funzionalizzazione’ al principio di *non-refoulement*, comporta necessariamente due tipi di considerazioni. In primo luogo, ci si chiede se ridurre la portata dell’art. 4 Prot. n. 4 (comprimendo la qualità delle garanzie procedurali o addirittura escludendone l’applicazione in

determinate circostanze), quando quest'ultimo è allo stesso tempo 'porta di accesso' alla protezione garantita dalla CEDU – e in particolare all'art. 3 CEDU, che ha carattere assoluto e inderogabile, non possa compromettere proprio l'effettività del principio di *non-refoulement*.

In *Asady* i giudici dissenzienti Lemmens, Keller e Schembri Orland hanno giustamente osservato che un colloquio di 10 minuti è insufficiente «to explain an investigative process, identify a person and probe whether he or she was prosecuted and requires international protection» (par. 13). In effetti è discutibile come le circostanze del caso nel loro insieme, brevemente esposte in precedenza, possano garantire un esame appropriato della situazione personale di ciascun straniero e pertanto l'effettiva tutela dalle espulsioni collettive, nonché dal rischio di *refoulement* (F.L. Gatta, “‘Tell me your story, but hurry up because I have to expel you’, cit.).

La contraddizione è ancora più evidente in *N.D. e N.T.* in cui si è affermato che, in determinate circostanze, il diritto alle garanzie offerte dall'art. 4 Prot. n. 4 è del tutto sacrificabile, spingendo a chiedersi se è davvero possibile garantire un'effettiva protezione contro il *refoulement*, se si assume che l'assenza di un esame individuale, necessario ad accertare il rischio stesso di trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, non viola *a priori* la CEDU (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”, cit.; A. Lübke, “The Elephant in the Room: Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR *N.D. and N.T.*?”, in *Verfassungblog*, 19 febbraio 2020, disponibile su www.verfassungsblog.de; A. Fazzini, “The protection of migrants against collective expulsions between restriction and uncertainty: reading the ECtHR's *ND and NT v. Spain* judgment”, in *Migration and Asylum Policies Systems, Challenges and Perspectives*, G. Cataldi, A. Del Guercio, A. Liguori (a cura di), Napoli, 2020, p. 271 ss.). In proposito, in *Ilias e Ahmed*, la Grande Camera ha affermato che è solo attraverso l'esame delle domande di asilo che si può valutare se il richiedente corre il rischio di sottoporsi a trattamenti contrari all'art. 3 nel suo Paese di origine. La constatazione *post-factum* secondo cui il ricorrente non corre tale rischio non può assolvere lo Stato da tale obbligo procedurale, altrimenti rischierebbe di rendere «meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers» (par. 137).

In secondo luogo, dovrebbe essere districato lo stesso (supposto) link funzionale tra le garanzie procedurali ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 4 e il rischio di trattamenti contrari alla Convenzione, *specialmente* all'art. 3 CEDU. Concordiamo infatti con chi sostiene che l'art. 4 Prot. n. 4 ha una *raison d'être* distinta dall'art. 3 CEDU e una logica molto più ampia, essendo soprattutto «a requirement of *due process*, granting any alien the right to have his claim against removal (of whatever nature that may be) examined on an individual basis» (M. Den Heijer, “Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the *Hirsi* Case”, cit., p. 284). Dovrebbe pertanto mantenere una sua indipendenza dal principio di *non-refoulement*, potendo trovare applicazione anche quando quest'ultimo non è implicato. Inoltre, gli argomenti che possono essere sollevati avverso l'espulsione non si esauriscono nel rischio di tortura e trattamenti inumani e degradanti, di cui all'art. 3 CEDU, ma possono estendersi anche al rischio di violazione di altri diritti tutelati dalla Convenzione, tra cui in particolare quelli di cui agli art. 2 e 8 CEDU (sul tema M. Di Filippo, “Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law”, cit., pp. 7-11), così come a vincoli derivanti da altre norme internazionali (si pensi alla natura di minore non accompagnato dello straniero, vedi S. Carrera, “The Strasbourg Court Judgement *N.D. and N.T. v. Spain*: A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”, cit., pp. 5 e 17-21), nonché da norme nazionali (la Corte stessa afferma che

l'opposizione all'espulsione collettiva può essere giustificata da altri motivi ai sensi del diritto internazionale o interno, vedi *Kblaiifia et al.*, par. 253). Si rileva che anche in questi casi è fondamentale garantire una procedura di identificazione, nonché un esame concreto degli argomenti avverso l'espulsione. L'effettività dell'art. 4 Prot. n. 4 potrebbe essere vanificata non solo dalla riduzione delle garanzie procedurali che da essa derivano, ma anche limitando gli "argomenti avverso l'espulsione" ai solo rischi di trattamenti contrari alla CEDU.

In conclusione, la tendenza restrittiva nell'interpretazione della norma affermatasi nella recente giurisprudenza CEDU solleva non poche questioni, con cui la Corte dovrà confrontarsi in futuro. Infatti, la riduzione e l'incertezza delle garanzie previste dal divieto di espulsioni collettive, in linea con il sempre maggiore peso che viene accordato agli interessi degli Stati nel rafforzamento dei controlli alla frontiera, specialmente quando non è in gioco una violazione del principio di *non-refoulement*, rischiano in ultima analisi di compromettere proprio la portata della norma e la sua stessa *raison d'être*.

6. La sentenza *M.K.* è stata accolta con favore dai commentatori, a seguito di pronunce discutibili in materia respingimenti ed espulsioni collettive che hanno caratterizzato la recente giurisprudenza della Corte EDU (tra cui, in particolare, il caso *N.D. e N.T.*). In essa, la Corte riscontra molteplici violazioni della Convenzione, mettendo in luce inoltre una pratica sistematica più ampia di respingimenti al confine polacco-bielorusso, che vede colpiti in special modo i cittadini russi di origine cecena.

In riferimento alla violazione del divieto di espulsioni collettive, la sentenza fornisce indicazioni in merito alla conduzione dei colloqui individuali e, soprattutto, indicazioni di tipo metodologico, relative all'applicazione del test della 'culpable conduct', introdotto in *N.D. e N.T.*, che qui viene eseguito per la prima volta, cristallizzandosi quindi come criterio preciso atto a valutare la conformità all'art. 4 Prot. n. 4. I due casi, in questo senso, possono essere considerati emblematici di situazioni fattuali poste 'agli estremi', riguardando, da una parte, il 'bad behavior' dei migranti, che attraversano irregolarmente le frontiere usando mezzi violenti, dall'altra il 'well behavior' di coloro che pacificamente si dirigono ai posti di frontiera per richiedere protezione internazionale, da cui vengono ripetutamente espulsi. Tuttavia, le circostanze fattuali nettamente differenti alla base dei due casi non permettono di comprendere ancora quanto restrittivamente troverà applicazione l'eccezione *N.D. N.T.*, i cui requisiti restano ancora vaghi e imprecisi. Si tratterà infatti di comprendere come saranno valutati, in casi in cui le circostanze fattuali saranno meno chiare ed 'estreme', le condotte dei ricorrenti, nonché la disponibilità effettiva di canali di accesso legali (che, nella causa spagnola, è stato oggetto di un accertamento formalistico e carente da parte della Grande Camera). La Corte avrà modo di chiarire questi aspetti in futuro. Diversi infatti sono i casi attualmente pendenti in materia, specie contro Paesi dell'Europa dell'Est (*H.K. c. Ungheria*, ricorso n. 18531/17; *M.A. et al. c. Lettonia*, ricorso n. 25564/18; *A.A. et al. c. Ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*, ricorso n. 55798/16; *M.H. et al. c. Croazia*, ricorso n. 15670/18 e *D.A. et al. c. Polonia*, ricorso n. 51246/17).

Infine, la condotta irreprensibile dei ricorrenti, elemento distintivo in *M.K.* (insieme all'utilizzo dei mezzi legale di ingresso), non è l'unico fattore che differenzia il caso in esame da *N.D. e N.T.* In *M.K.*, infatti, viene riscontrata la chiara violazione dell'art. 3 CEDU, a causa del rischio di *refoulement* 'a catena' in Bielorussia, per di più nell'ambito di una politica statale di respingimenti sistematici al confine. A tal proposito si è affermato che, alla luce della recente giurisprudenza CEDU in materia di espulsioni collettive, la lettura di *M.K.* sembrerebbe confermare la tendenza della Corte di Strasburgo a consentire una compressione della portata dell'art. 4 Prot. n. 4 e della qualità delle garanzie procedurali «ogni qual volta i diritti rivendicati non siano riconducibili *stricto sensu* alla tutela contro il *refoulement* ai sensi dell'art. 2 e 3

CEDU, ovvero la condizione del ricorrente non sia tale da renderlo particolarmente vulnerabile» (D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., pp. 232-233). Ciò si evince in recenti sentenze in cui, in assenza del rischio di *refoulement*, la Corte ha considerato sufficienti un esame più superficiale delle situazioni dei ricorrenti (*Khlaifia* e la mancanza di un colloquio individuale), il rispetto meramente formale delle garanzie procedurali (*Asady*), se non l'assenza stessa di un esame individuale qualora ricorrano precise circostanze (*N.D. e N.T.*), determinando di fatto un'incertezza di fondo che caratterizza il contenuto delle garanzie procedurali e gli obblighi degli Stati ai sensi dell'art. 4 Prot. n. 4.

Tuttavia, accordando di fatto un maggiore peso ai *desiderata* degli Stati nei controlli alle frontiere, che quindi assumono maggiore discrezionalità nelle modalità di valutazione delle situazioni individuali dei migranti alla frontiera, il rischio è che questa tendenza restrittiva comprometta inevitabilmente l'effettività del divieto di espulsioni collettive, che costituisce una garanzia indipendente e autonoma dal principio di *non-refoulement*, «deeply rooted in the principles of the rule of law (in particular, the due process of law)» (M. Di Filippo, “Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsions: an assessment of the Strasbourg case law”, cit., p. 7). Inoltre, tale approccio restrittivo potrebbe andare ad inficiare lo stesso diritto (assoluto e inderogabile) di non respingimento, dal momento che è solo tramite un ‘reasonable and objective examination’ che si può effettivamente garantire l'accertamento di rischi contrari all'art. 3 CEDU. La progressiva configurazione dell'art. 4 Prot. n. 4 si pone pertanto come uno dei banchi di prova della Corte di Strasburgo in materia di migrazione. Il punto di equilibrio del bilanciamento tra gli interessi degli Stati e i diritti protetti dalla Convenzione dipenderà anche dalla misura in cui sarà garantito il carattere autonomo e indipendente del divieto di espulsioni collettive, nel rispetto della sua più ampia *raison d'être* e saranno assicurate garanzie procedurali che siano ‘concrete et effective’ e non ‘théorique et illusoire’: un punto di equilibrio che oggi pende con preoccupazione in favore degli interessi nazionali, mettendo a repentaglio la stessa credibilità della Corte di Strasburgo nel suo ruolo di baluardo a difesa dei diritti umani.

Anna Fazzini*

ABSTRACT. Good' and 'Bad' Ones at Land Borders: The Progressive Framing of the Prohibition of Collective Expulsions Following the M.K. Judgment

In *M.K. and others v. Poland* judgment, the ECtHR highlights a wide practice of systematic pushbacks implemented by the Polish Government at the borders. In the judgment, for the first time, the Court performs the test of the applicants' ‘culpable conduct’, introduced in the controversial *N.D. and N.T. v. Spain*. The comparison between the two cases, and the recent Court's case-law on the matter in general, allow to critically reflect on the progressive framing of the prohibition of collective expulsions, which nowadays is the object of a particularly restrictive interpretative trend and on its relationship with the principle of *non-refoulement*.

Keywords: pushbacks; land borders; prohibition of collective expulsions; culpable conduct; procedural guarantees; principle of *non-refoulement*.

* Dottoranda in Studi internazionali presso l'Università degli Studi di Napoli “L'Orientale”, Dipartimento di Scienze Umane e Sociali, Largo San Giovanni Maggiore, 30 – 80134 Napoli, afazzini@unior.it

Osservatorio – Immigrazione e asilo
Anna Fazzini