diritto internazionale
giurisprudenza catania

Vincenzo Di Benedetto

Migranti, Confini, Respingimenti. Osservazioni su Corte EDU[G.C.], N.D. & N.T. c. Spagna

2021-2.9

Fogli di lavoro
per il Diritto Internazionale

La Redazione di FLADI-FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale*

Direzione scientifica: *Rosario Sapienza*

Coordinamento redazionale: *Elisabetta Mottese*

Comitato di Redazione: *Valentina Bonanno, Nancy Cannizzo, Federica Antonietta Gentile*, *Gemma Halliday*, *Salvo Emanuele Leotta, Giuseppe Matarazzo, Salvatore Andrea Viscuso*

Comitato dei Revisori*: Adriana Di Stefano, Elisabetta Mottese, Maria Manuela Pappalardo, Giuliana Quattrocchi, Grazia Vitale*

Testo chiuso nel mese di aprile 2021

FOGLI DI LAVORO *per il Diritto Internazionale* è *on line*
http://www.lex.unict.it/it/crio/fogli-di-lavoro

ISSN 1973-3585
Cattedra di Diritto Internazionale
Via Crociferi, 81 - 95124 Catania
E-mail: risorseinternazionali@lex.unict.it
Redazione: foglidilavoro@lex.unict.it

1. Con la sentenza della Grande Camera del 13 febbraio 2020, la Corte europea dei diritti umani ha definito il caso *N.D. e N.T contro Spagna*[1].

Come è avvenuto per la sentenza *Khlaifia,* anche in questo caso si è espressa la Grande Camera con una decisione che ha ribaltato quella precedente della Camera a sezione unica, e che ha suscitato numerose critiche da parte di commentatori e organizzazioni internazionali[2].

Cercando di analizzare brevemente i fatti del caso in esame, si deve innanzitutto osservare che la Corte ha affrontato per la prima volta la questione dei respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri che separano la città autonoma di Melilla, *énclave* spagnola di circa 12 km² situata sulla costa nord-africana, dal Regno del Marocco. Nel 2015, due cittadini di nazionalità maliana e ivoriana[3] hanno presentato il ricorso alla Corte per accertare la violazione degli articoli 3, 4 Protocollo n.4 e 13 CEDU, da parte delle autorità spagnole, le quali li avevano sorpresi mentre tentavano

---

[1] Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T contro Spagna,* ricorsi n. 8675/15 e 8697/15, sentenza del 13 febbraio 2020.

[2] Mussi, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?* 19 marzo 2020, in *SIDIBlog*, consultabile su www.sidiblog.org; Lübbe, *The Elephant in the Room. Effective Guarantee of Non-Refoulement after ECtHR N.D. and N.T.?,* in *Verfassungsblog*, 19 February 2020, consultabile su www.verfassungsblog.de; Wissing, *Pushbacks of 'badly behaving' migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements),* in *Strasbourg Observers*, 25 February 2020, consultabile su www.strasbourgobservers.com; Hrushka, *Hot returns remain contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR*, in *EU Migration Law Blog*, 28 February 2020, consultabile su www.eumigrationlawblog.eu; Pichl, Schmalz, *Unlawful may not mean rightless,* in *Verfassungsblog*, 14 February 2020, consultabile su www.verfassungsblog.de; Hakiki, *N.D. and N.T. v. Spain: defining Strasbourg's position on push backs at land borders?, in Strasbourg Observers,* 26 March 2020, consultabile su www.strasbourgobservers.com.

[3] I ricorrenti facevano parte di un gruppo di un'ottantina di migranti provenienti dall'Africa subsahariana.

di superare irregolarmente le frontiere di Melilla; i soggetti sono stati immediatamente rimpatriati, senza dar loro la possibilità di ricevere assistenza sanitaria, linguistica e legale, e in assenza di ogni procedura volta all'identificazione o a conoscerne le specifiche situazioni individuali. Il Governo spagnolo, dopo aver contestato la sussistenza della propria giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU e sollevato due questioni preliminari[4], negava che la misura adottata nei confronti dei ricorrenti integrasse una violazione dell'obbligo di *non-refoulement*, del divieto di espulsioni collettive e del diritto ad un ricorso effettivo. Con una prima pronuncia del 2015, la Corte aveva dichiarato il ricorso parzialmente irricevibile per manifesta infondatezza, in relazione alla violazione dell'art. 3; con una successiva decisione del 2017, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 4 Protocollo n.4 e dell'art. 13 in combinato disposto con la prima disposizione. La sentenza è stata ben accolta dalla dottrina, in quanto, nonostante gli obblighi gravanti nei confronti dello Stato spagnolo, quest'ultimo, a partire dal 2005, ha avviato la prassi delle cd. *hot return*s,[5] per respingere i migranti verso il Marocco attraverso delle procedure immediate, le quali appaiono certamente in contrasto con le garanzie procedurali dell'esame individuale ed obbiettivo, ed altresì con il principio di non *refoulement* ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra.[6]

---

[4] Nello specifico, si trattava dell'assenza della qualità di vittime dei ricorrenti ai sensi dell'art. 34 CEDU e del mancato esaurimento dei ricorsi interni ai sensi dell'art. 35. Corte EDU (Terza Sezione), *N.D. e N.T contro Spagna*, ricorsi n. 8675/15 e 8697/15 sentenza del 3 ottobre 2017, parr. 56, 62.

[5] Queste pratiche erano state accertate da un report del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti: CPT/Inf (2017) 34, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (CPT) from 27 September to 10 October 2016.

[6] Per una comprensione della prassi dei rimpatri alle frontiere di Melilla e della normativa spagnola, si rimanda a Salvadego, *Respingimenti sommari di migranti alle*

Tuttavia, la Grande Camera, adita dal governo spagnolo, ha ribaltato la suddetta decisione, negando la violazione dell'art. 4 del Protocollo n.4, con una sentenza che oscilla tra l'apparente adesione agli orientamenti espressi in casi precedenti e la tentazione di avviare una nuova fase, più attenta alle preoccupazioni degli Stati circa l'impossibilità di proteggere i propri confini a causa delle eccessive garanzie offerte dalla giurisprudenza della Corte stessa[7].

2. La prima questione analizzata dalla Corte è, ancora una volta, quella relativa alla *jurisdiction* dello Stato coinvolto nelle operazioni di espulsione, in questo caso la Spagna. A tal riguardo, il governo convenuto propugnava l'idea di una frontiera operativa mobile[8] in relazione ai controlli svolti presso il valico di Melilla, sulla base dell'assunto secondo cui l'esercizio della giurisdizione potrebbe avere un oggetto e uno scopo variabile in relazione al diritto protetto dalla Convenzione, dunque in funzione dei fatti dedotti in giudizio; secondo il governo, dunque, la cd. *operational border* doveva ritenersi sottratta alla giurisdizione dello Stato[9]. La Corte,

---

frontiere terrestri dell'énclave di Melilla, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 199-206; Cellamare, *Note in margine alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare N.D. e N.T. c. Spagna*, in *Studi sull'integrazione europea*, XII, (2018), pp. 153-163.

[7] Di Filippo, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, pag. 490.

[8] Pirola, *Tra frontiera dei diritti e frontiera dei controlli: la vicenda dei respingimenti collettivi nel caso N.D. e N.T. contro Spagna*, in *Quaderni costituzionali,* Fascicolo 2, giugno 2020: "*l'ambito della giurisdizione nazionale retrocederebbe oltre il valico difensivo realizzato contro «l'attraversamento non autorizzato» del confine (art. 13 codice Frontiere Schengen); l'effetto che ne consegue sarebbe l'esclusione selettiva della conditio necessaria affinché lo Stato possa essere riconosciuto responsabile per le violazioni e le omissioni allo stesso imputabili in relazione ai controlli frontalieri.*"

[9] Corte EDU (GC), *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., par. 91.

dopo aver ripreso la propria giurisprudenza circa la portata territoriale ed extraterritoriale della giurisdizione[10], ha ribadito che tale principio non può subire eccezioni[11], tranne nei casi in cui vi sia una zona che, pur essendo all'interno del territorio, è sottratta al potere dello Stato[12]. Nel caso di specie, oltre a considerare la frontiera di Melilla come una zona interna al territorio spagnolo, la Corte ha affermato che poteva certamente individuarsi un controllo diretto ed effettivo della *Guardia Civil* sui migranti, e soprattutto che l'emergenza migratoria non può essere invocata dagli Stati per giustificare l'istituzione di aree sottratte al rispetto degli obblighi di tutela previsti in capo ad essi[13].

3. Il punto della sentenza che desta maggiori perplessità è quello relativo alla mancata violazione dell'art.4 del Protocollo n.4. Dopo aver implicitamente confermato la decisione della Terza sezione circa l'irrilevanza della violazione dell'art.3, la Grande Camera, con delle argomentazioni non sempre di facile lettura[14], ribalta l'orientamento precedente relativo alla presunta natura collettiva dell'espulsione. Posto che la fattispecie

---

[10] Corte EDU (GC), *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., parr. 102-103- 106-108-109-110.

[11] Principio già affermato nel caso *Amuur c. Francia*, ricorso n. 19776/92, sentenza del 25 giugno 1996, in cui la Corte negava che uno Stato potesse disattendere i propri obblighi in materia di asilo dichiarando aree internazionali, dunque non soggette a giurisdizione statale ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, le aree di transito internazionale degli aeroporti.

[12] Ne è un esempio il caso *Ilascu e altri contro Moldovia e Federazione Russa*, sentenza del 8 luglio, 2004, in cui la Corte ha accertato la giurisdizione della Moldovia anche su una parte di territorio formalmente sottratta al suo potere, in quanto sotto il controllo della Repubblica Moldava di Transniestria. V. sul punto: V. Sapienza, Cossiri, Commento all'articolo 1 in Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea*, pag. 20.

[13] Corte EDU (GC), *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., par. 110. Si richiama quanto affermato nella sentenza resa nel caso *Hirsi*, par. 178.

[14] Di Filippo, *Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law,* cit. pag. 489.

dell'espulsione immediata alla frontiera terrestre rientra certamene nell'ambito di applicazione dell'art.4 del Protocollo n.4[15], la Corte nega che nel caso di specie la misura di allontanamento adottata dalle autorità spagnole possa essere considerata come collettiva, poiché ritiene di dover attribuire rilevanza al comportamento dei ricorrenti, i quali avevano volontariamente attraversato in maniera irregolare il confine di Melilla.

Innanzitutto, come è stato affermato in dottrina, dal testo della sentenza si può cogliere un'eccessiva insistenza della Corte su una sorta di collegamento funzionale tra l'art. 3 CEDU e l'art.4 del Protocollo n.4. Orbene, il fatto che la violazione dell'art.3 fosse già stata considerata irrilevante per mancanza di prove da parte dei ricorrenti circa il rischio di subire trattamenti vietati da questa disposizione, sembrerebbe avere influenzato l'intero orientamento della Corte relativo alla natura collettiva dell'espulsione, come se ciò potesse giustificare una visione più attenta agli interessi dello Stato rispetto alle esigenze dei migranti[16]. A ben vedere, anche se siffatto ragionamento era in qualche modo già stato espresso nella sentenza pronunciata nel caso *Khlaifia*, esso non appare condivisibile, poiché il divieto di espulsioni collettive costituisce una garanzia aggiuntiva rivolta a qualunque straniero appartenente ad un gruppo, la cui portata non coincide con quella del divieto di *refoulement* di cui all'art.3. Dunque, nonostante la Corte abbia avuto modo di accertare la contestuale violazione delle due disposizioni in numerosi casi, la mancanza del rischio di subire trattamenti vietati dall'art. 3 non può giustificare un mancato rispetto delle garanzie procedurali cui ogni straniero ha diritto ad accedere.

---

[15] Corte EDU (GC), *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., parr. 164 e ss.

[16] Di Filippo, *op. cit.*, pag. 492; Zaniboni, *Condotta colpevole e ordine pubblico europeo dei diritti umani. Il divieto di espulsioni collettive di stranieri nella CEDU dopo il revirement della Grande Camera sul caso N.D. e N.T. contro Spagna,* in *Cassazione Penale*, fasc.9, 2020, pag. 3397.*;* R. Wissing, op. cit.

Nel caso in esame, la Corte ha dimostrato di aver ridotto la portata di suddette garanzie, le quali erano già state ridimensionate con la sentenza *Khlaifia*. In quest'ultimo caso, la Corte aveva negato la violazione dell'art.4 del Protocollo n.4, in quanto i migranti, opportunamente individuati dalle autorità statali, non avrebbero avuto modo di opporsi alla misura di allontanamento anche qualora fosse stato effettuato un colloquio individuale[17]; nel caso *N.D e N.T c. Spagna,* invece, nonostante la mancanza della preliminare identificazione degli stranieri, oltre che dell'esame individuale ed oggettivo, la Corte ha negato la natura collettiva dell'espulsione.

4. Questo inaspettato ripensamento,[18] che sembrerebbe costituire un clamoroso passo indietro nella tutela dei migranti[19], viene giustificato dalla Corte sulla base del colpevole comportamento dei ricorrenti, i quali avrebbero potuto usufruire dei mezzi legali di accesso al territorio spagnolo resi disponibili dall'ordinamento dello Stato convenuto. La rilevanza attribuita al *bad behaviour* è ben chiarita al paragrafo 200 della sentenza, laddove vengono richiamate, *ex multis*, le sentenze rese nei casi *Hirsi* e *Khlaifia*[20],

---

[17] Corte EDU, *Khlaifia contro Italia,* ricorso n. 16483/12, sentenza del 15 dicembre 2016, par. 254.

[18] Salvadego, op. cit. Prima della pronuncia della Grande Camera riteneva che "*nonostante la questione sia stata riferita alla Grande Camera della Corte il 29 gennaio 2018, è difficile che quest'ultima giunga a conclusioni difformi da quelle elaborate dalla Camera*"

[19] Nel suo commento alla sentenza, Carlo Moreno parla addirittura di "*slap in the face"* nei confronti dei migranti. V. *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 February 2020 consultabile su https://verfassungsblog.de

[20] Corte EDU, *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., par. 200: "*The applicant's own conduct is a relevant factor in assessing the protection to be afforded under Article 4 of Protocol No. 4. According to the Court's well-established case-law, there is no violation of Article 4 of Protocol No. 4 if the lack of an individual expulsion decision can be attributed to the applicant's own conduct: see Khlaifia and Others [...] and Hirsi Jamaa and Others [...]; see also M.A. v. Cyprus [...]; Berisha and Haljiti [...]; and*

a testimonianza del fatto che la Corte ha cercato, sotto tale aspetto, di mantenere lo stesso orientamento dei casi precedenti. A ben vedere, come risulta dal paragrafo successivo, l'eccezione della cattiva condotta dei ricorrenti costituisce una novità, in quanto il richiamo ai casi precedenti è parzialmente irrilevante[21] e non può essere considerato alla stregua di un orientamento ormai consolidato[22].

Nello specifico, la Corte accoglie integralmente la tesi avanzata dal governo a propria difesa, secondo cui erano presenti diverse vie legali di accesso al territorio dello Stato e diversi strumenti per richiedere protezione internazionale, tra cui l'ufficio per la presentazione delle domande di asilo, sito in prossimità della frontiera di Beni-Enzar, e le rappresentanze diplomatiche e consolari spagnole site negli Stati di origine e di transito dei ricorrenti e in Marocco. Dunque, secondo la Corte, non può essere accertata la violazione dell'art.4 Protocollo n.4, poiché i ricorrenti hanno volontariamente deciso di non ricorrere ai legali mezzi di accesso al territorio ma di provare ad entrarvi illegalmente attraversando la frontiera.

5. Cercando di soffermare l'attenzione sui punti cruciali di questo ragionamento, deve innanzitutto sottolinearsi che la mera presenza di strumenti legali di accesso al territorio non può, *ex se*, giustificare un'espulsione arbitraria ed immediata di stranieri, anche se questi tentano di entrarvi

---

Dritsas and Others [...].In the last two cases, it was the lack of active cooperation with the available procedure for conducting an individual examination of the applicants' circumstances which prompted the Court to find that the Government could not be held responsible for the fact that no such examination was carried out."

[21] La Corte richiama ad esempio il caso *Dritsas e altri c. Italia*, ricorso n. 2344/02, sentenza del 1° febbraio 2011, in cui la condotta colpevole dei ricorrenti consisteva nel semplice fatto che non avevano esibito i documenti di riconoscimento alla polizia, comportamento ben diverso dal *bad behaviour* a cui si fa riferimento nel caso in esame.

[22] Di Filippo, *op. cit.*, pag. 493.

irregolarmente. Ciò deriva dalla consolidata giurisprudenza della Corte e dal Progetto di articoli sull'espulsione di stranieri[23]. Ciò posto, l'eventuale eccezione della condotta colpevole dovrebbe essere fatta valere dallo Stato soltanto qualora siano soddisfatte alcune condizioni. In primo luogo, il comportamento dei migranti deve costituire una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, tale da impedire alle autorità dello Stato di agire diversamente. In secondo luogo, si deve accertare l'assenza di ragioni che possano giustificare il mancato utilizzo dei mezzi legali di accesso al territorio da parte dei migranti.

Applicando questa impostazione al caso di specie, sembrerebbe che nemmeno la prima delle due condizioni sia soddisfatta, in quanto, come risulta da vari interventi di terze parti[24], questi strumenti previsti dall'ordinamento spagnolo non erano effettivamente accessibili ai ricorrenti nel momento in cui è avvenuta l'espulsione. Nonostante ciò, la Corte si sofferma principalmente sulla condotta 'antigiuridica' dei migranti, la quale ha determinato l'impossibilità per le autorità di individuare i soggetti e di esaminare le singole situazioni, come richiesto dall'art.4 del Protocollo n.4. Infatti, ad avviso della Corte, "*it was the applicants who placed themselves in jeopardy by participating in the storming of the Melilla border fences on 13 August 2014, taking advantage of the group's large numbers and using force*"[25], ed è proprio questo elemento della *unlawful conduct* e

---

[23] International Law Commission, *Draft articles on the expulsion of aliens, with commentaries,* cit., par.2 del commento all'art.1*: "draft articles apply in general to the expulsion of all aliens present in the territory of the expelling State, with no distinction between the various categories of persons involved, for example, aliens lawfully present in the territory of the expelling State, aliens unlawfully present, displaced persons, asylum seekers, persons granted asylum and stateless persons."*

[24] Corte EDU, *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., par. 152.

[25] Corte EDU, *N.D. e N.T contro Spagna,* cit. 231.

dell'uso della forza che giustifica l'immediato allontanamento degli stranieri.
Sulla base delle stesse argomentazioni, la Corte giunge ad escludere la violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 4 del Protocollo n.4. Infatti, ad avviso della Grande Camera, non può essere censurata la mancanza di un rimedio effettivo nel caso di respingimenti resi necessari dalle condotte illegittime deliberatamente poste in essere dai migranti coinvolti. Riprendendo le parole della Corte, il trattamento subito dagli stessi al confine è direttamente collegato alla loro condotta illecita; tale circostanza non permette agli stranieri di avere accesso ai ricorsi amministrativi previsti dalla legge spagnola per coloro i quali abbiano (invece) rispettato le procedure legali per accedere al territorio iberico.[26]
Secondo alcuni commentatori[27], con questa pronuncia la Grande Camera sembrerebbe legittimare *tout court* le espulsioni collettive di stranieri alle frontiere terrestri. Si tratta probabilmente di una conclusione affrettata, ma che certamente deriva dalle condivisibili preoccupazioni circa le possibili conseguenze di questa pronuncia. Difatti, qualora, anche nella giurisprudenza successiva, fosse attribuita la medesima rilevanza alla colpevole condotta dei ricorrenti, il risultato sarebbe quello di introdurre ulteriori condizioni per l'accertamento della natura collettiva dell'espulsione, le quali sarebbero del tutto estranee al dato normativo. Sotto certi aspetti, non si può negare che la presenza di vie legali di accesso al territorio deve essere presa in considerazione dalla Corte, e di conseguenza anche l'eventuale irregolare ingresso dei migranti, ma ciò non può automaticamente giustificare la condotta antigiuridica dello Stato. Semmai, si potrebbe configurare l'eccezione della colpevole condotta degli stranieri solo nei casi in

[26] Corte EDU, *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., para. 242-243.
[27] V. il commento di Carlos Oviedo Moreno, cit.

cui non vi siano delle cogenti ed effettive ragioni che abbiano impedito a quest'ultimi di accedere legalmente al territorio. Tuttavia, seguendo questa impostazione, lo Stato dovrebbe effettuare degli accertamenti ulteriori, che renderebbero ancor più complessa la gestione emergenziale dei casi di *mass influx* di migranti.

In aggiunta, si potrebbero anche immaginare paradossali sviluppi nella prassi degli Stati, i quali, facendo valere l'eccezione della volontaria sottrazione dei migranti alle vie legali di ingresso, sarebbero spinti ad adottare immediate ed arbitrarie espulsioni nei confronti di gruppi di stranieri. Considerando che questi *mixed flows* possono coinvolgere anche soggetti in cerca di asilo e che rientrerebbero nella nozione di rifugiato di cui all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, ovvero soggetti bisognosi di protezione complementare o sussidiaria, siffatta condotta da parte delle autorità statali sarebbe evidentemente in contrasto non soltanto con l'art. 4 del Protocollo n.4, ma anche col generale principio di *non-refoulement*.

6. In conclusione, sebbene la Corte, nel decidere il caso in esame, sia stata influenzata dall'assenza del rischio per i migranti di subire trattamenti inumani e degradanti nel Paese di destinazione, è evidente che l'attuale prassi degli Stati nella gestione dei flussi migratori non è sempre rispettosa delle garanzie procedurali e sostanziali che dovrebbero attuare. La Corte EDU, a ben vedere, sta cercando di adeguarsi alle esigenze legate alla complessa situazione che gli Stati devono affrontare, riconoscendo anche delle deroghe tacite al divieto di espulsioni collettive[28]. Tuttavia, pur essendo condivisibile un *case-by-case approach* da parte della Corte, che cerca di contemperare i concreti interessi posti in gioco nelle singole situazioni,

[28] Saccucci, *Il divieto di espulsioni collettive di stranieri in situazioni di emergenza migratoria*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2018, p. 29 ss.

spesso con delle soluzioni salomoniche, non si può trascurare l'esigenza di un definitivo chiarimento, da parte della Corte, circa la portata delle garanzie derivanti dall'art.4 del Protocollo n.4 e dalle altre disposizioni della Convenzione.

In aggiunta, è auspicabile che ciò avvenga cercando di elevare, anziché ridimensionare, gli effettivi livelli di garanzia dei diritti dei migranti, avendo come punto di partenza l'assunto in base al quale "*the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective» and that «the domestic rules governing border controls may not render inoperative or ineffective the rights guaranteed by the Convention and the Protocols thereto".* [29]

[29] Corte EDU, *N.D. e N.T contro Spagna,* cit., par. 171.