

L'ASILO IMPOSSIBILE: RESPINGIMENTI ALLA FRONTIERA E VISTI UMANITARI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

Alessandro Bufalini

SOMMARIO: 1. In cerca di protezione: tra respingimenti alla frontiera e assenza di vie di accesso regolare. – 2. L'esistenza di canali di ingresso regolare come possibile alternativa al pieno rispetto delle garanzie procedurali derivanti dal divieto di espulsioni collettive. – 3. I visti umanitari come (im)possibile via di accesso regolare in Europa per i richiedenti asilo. – 4. Conclusioni. L'asilo impossibile.

1. In cerca di protezione: tra respingimenti alla frontiera e assenza di vie di accesso regolare

Quali sono le alternative alle politiche di contenimento delle migrazioni? Che relazione esiste tra i tentativi di accesso non autorizzato al territorio dello Stato e l'esistenza di vie legali di ingresso? È davvero possibile limitare i viaggi lungo le rotte del Mediterraneo e i tentativi di “scavalcare” muri e fili spinati attraverso la creazione di percorsi sicuri e regolari? Esistono degli obblighi per gli Stati diretti a garantire l'accesso regolare al proprio territorio e così allentare la pressione migratoria ai propri confini? Negli ultimi mesi queste domande, che da tempo si aggirano come uno spettro sulle politiche degli Stati in materia di asilo e immigrazione, sono prepotentemente riemerse e sottendono un interrogativo ancora più grande: è ancora possibile cercare asilo in Europa?

Al di là dei recenti e problematici sviluppi di cui si cercherà di dare conto in queste pagine, il diritto di chiedere asilo in Europa è invero ormai da molto tempo pervaso da una profonda tensione tra il formale riconoscimento della centralità della sua tutela da parte degli Stati e la difficoltà pratica del suo esercizio da parte degli individui. Questa frizione può essere letta anche nei termini di una serie di contraddizioni più profonde che segnano le relazioni tra la pretesa universalità dei diritti umani, il limitato ambito di applicazione dei trattati internazionali che ne garantiscono l'effettiva tutela e le prerogative sovrane degli Stati, che si riservano il potere di decidere come e chi ammettere sul proprio territorio¹.

Vale forse la pena ricordare anche che la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) non contiene un esplicito e formale riconoscimento del diritto di asilo e che i diritti degli stranieri in cerca di protezione internazionale sono tutelati tramite l'applicazione *par ricochet* di alcune sue disposizioni e, in particolare, del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Il diritto dell'Unione Europea invece, che pure riconosce il diritto di cercare asilo, non predispone un vero e proprio sistema di norme dirette a favorire l'ingresso regolare dei richiedenti asilo nel vecchio continente. A ciò si può aggiungere che la politica dei visti dal codice frontiere Schengen è improntata ad una logica differenziale: di favore verso i cittadini degli Stati più ricchi, tollerante nei confronti dei Paesi da cui provengono lavoratori temporanei e stagionali (destinati spesso a divenire irregolari alla scadenza del visto) e di chiusura rispetto a chi arriva da Paesi in guerra o comunque instabili². Insomma, la via del visto di ingresso non

¹ L'origine di tutte le tensioni, in sostanza, era già stata espressa nella celebre intuizione di Hanna Arendt, quando criticava la possibilità stessa di garantire il rispetto dei diritti umani nel momento in cui la protezione degli stessi è affidata agli Stati-nazione e si continua a riconoscere come fondamentale la distinzione oppositiva tra cittadini e stranieri: cfr. H. ARENDT, *Alle origini del totalitarismo* (trad. it. di A. Guadagnin), Edizioni di Comunità, Milano, 1996, p. 372.

² C. FILOTELLI-G. SCIORTINO, *Through the Gates of the Fortress: European Visa Policies and the Limits of Immigration Control*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2013, pp. 500-521 e poi ancora G. SCIORTINO, *Le tensioni strutturali del regime europeo dell'asilo in prospettiva storica*, in G. NESI (a cura di), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza*, 2018, p. 17 ss. Sulla evoluzione della politica dei visti nell'area Schengen, si vedano le interessanti analisi e riflessioni di D. BIGO-E. GUILD, *Schengen et la Politique des visas*, in *Culture & Conflicts*, 2003, pp. 49-50. Nella prospettiva antropologica di chi ha vissuto

è solitamente percorribile proprio da chi è più esposto al rischio di persecuzioni, torture e trattamenti inumani e degradanti. Come è noto, l'iniziativa in questo ambito è lasciata ai singoli Stati che – attraverso la volontaria partecipazione ai piani di reinsediamento³ o la messa a punto di programmi di sponsorizzazione privata⁴ – decidono liberamente se, in che misura e con quali modalità, permettere ai richiedenti asilo di entrare nel proprio territorio.

L'alternativa alla carenza delle vie di accesso legale è varcare i confini terrestri e marittimi dell'Europa in modo non autorizzato. Le risposte degli Stati ai tentativi di ingresso irregolare sono tuttavia note: innalzamento di muri e barriere, diffusi e sommari respingimenti alla frontiera, esternalizzazione dei controlli alle frontiere.

Ingresso non autorizzato nel territorio di uno Stato e politica dei visti sono in evidente e strettissima relazione: più è difficile ottenere un visto o percorrere in qualche modo una via legale di ingresso, più aumenta il necessario ricorso dei migranti a forme di accesso irregolare. Se ad una politica dei visti restrittiva nei confronti dei potenziali richiedenti asilo si somma una prassi statale di rigida chiusura delle frontiere, è evidente come il diritto di cercare protezione in Europa vada incontro ad una compressione difficilmente accettabile per quegli stessi ordinamenti che da sempre ne proclamano la centralità.

Il tema si lega peraltro, e più in generale, alla sempre più esigua possibilità di ingresso nel territorio europeo per tutti i migranti, anche quelli c.d. "economici". Al di là delle critiche che possono essere avanzate alla (semplicitica) dicotomia fra rifugiati e migranti economici⁵, è chiaro che le limitate possibilità di accesso al mercato del lavoro europeo finiscono per indurre coloro che si spostano alla ricerca di un'occupazione ad infoltire le fila dei richiedenti asilo, vedendo nell'accesso alla protezione internazionale l'unica strada rimasta per la propria ammissione in Europa.

Nell'ultimo anno, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) è stata chiamata a fare i conti con alcune delle profonde tensioni che pervadono il sistema di asilo europeo. Quel che emerge è l'architettura sempre più precaria su cui si regge il diritto di cercare asilo in Europa. Tale precarietà sembra ormai quasi sancire l'impossibilità stessa di far valere tale diritto per chi fugge da guerre e persecuzioni.

2. L'esistenza di canali di ingresso regolare come possibile alternativa al pieno rispetto delle garanzie procedurali derivanti dal divieto di espulsioni collettive

La Corte di Strasburgo negli ultimi tempi appare sempre più indulgente nei confronti delle politiche di contenimento delle migrazioni messe in atto dagli Stati. Osservare, seppur rapidamente, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte rispetto a questa prassi mette infatti bene in luce un progressivo "cedimento" del sistema di garanzie procedurali derivanti dal

in prima persona l'esperienza della migrazione irregolare, si potrebbe anche dire che il carattere selettivo e discriminatorio delle frontiere serve a «tenere sotto controllo la mobilità dei lavoratori» al fine di «preservare la sperequazione salariale tra cittadini e non-cittadini, tra il Nord globale e il Sud globale» (S. KHOSRAVI, *Illegal Traveller: An Auto-ethnography of Borders*, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 8, trad. it., *Io sono confine*, Eleuthera, Milano, 2019).

³ Si può vedere sul tema, in generale, J. VAN SELM-THORBURN, *Refugee Resettlement*, in *Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, 2014, pp. 512-524. Alcune riflessioni interessanti sul tema, seppur nella più specifica prospettiva della cooperazione tra UE e Paesi terzi di origine e di transito, sono svolte da C. FAVILLI, *Nel mondo dei "non-accordi". Protetti sì, purché altrove*, in *Questione Giustizia*, 2020, pp. 143-154.

⁴ In questo ambito, un modello ormai consolidato e assunto talvolta come possibile riferimento è quello canadese; si può vedere sul punto E. YAHYAOU KRIVENKO, *Hospitality and Sovereignty: What Can We Learn From the Canadian Private Sponsorship of Refugees Program?*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2012, pp. 579-602.

⁵ Si vedano, per tutti, H. CRAWLEY-D. SKLEPARIS, *Refugees, Migrants, neither, both: Categorical Fetishism and the Politics of Bounding in Europe's "Migration Crisis"*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2017, pp. 48-64.

divieto di espulsioni collettive e dal principio di *non-refoulement*⁶. Attraverso alcune recenti pronunce, i giudici di Strasburgo sembrano invero avere ormai avallato le più rigide e restrittive politiche degli Stati nel controllo delle frontiere esterne dell'Europa⁷.

Per comprendere l'evoluzione (o, forse, l'involuzione) della giurisprudenza della Corte in questo ambito occorre fare un passo indietro richiamando brevemente il celebre caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*⁸. Come si ricorderà, in quella circostanza la Corte EDU condannò l'Italia per il respingimento in mare verso la Libia di oltre duecento migranti provenienti dal continente africano, evidenziando come l'esigenza di assicurare un giusto procedimento amministrativo in questi contesti imponga alle autorità statali l'esperimento di un colloquio individuale e l'adozione di una motivazione "personalizzata" della misura espulsiva o di rimpatrio. Non solo, in quella pronuncia la Corte aveva anche sottolineato che i militari italiani, oltre a non essere adeguatamente preparati per condurre le interviste, non erano stati assistiti da alcun interprete o consulente legale⁹. Sulla stessa linea interpretativa, nella successiva sentenza *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, del 2014, la Corte ritenne fondamentale la presenza di un interprete e, in quel caso, di un agente del Consiglio italiano per i rifugiati (CIR), organizzazione non governativa che all'epoca dei fatti forniva assistenza in materia di protezione internazionale nei porti di Ancona, Bari e Venezia¹⁰. Nel 2015, poi, nella prima pronuncia sul caso *Khlaifia e altri c. Italia*, la Corte ancora sottolineava come la mera identificazione dei migranti non fosse sufficiente a garantire il rispetto del divieto di espulsione: solo la prova dello svolgimento di un colloquio individuale e l'adozione di un provvedimento che dia conto della situazione personale del migrante assicurano il rispetto del giusto procedimento¹¹. Il rapido richiamo a questa giurisprudenza è utile a mostrare come, almeno fino al 2015, la Corte abbia interpretato il divieto di espulsioni collettive e, più in generale, le garanzie derivanti dal divieto di *refoulement*, come funzionali alla tutela e alla promozione dei principi del giusto processo e, in particolare, quello del contraddittorio (alla presenza, quanto meno, di un interprete) e dell'obbligo di motivazione (specificata)¹².

Nel 2016, tuttavia, con la sentenza della Grande Camera nello stesso caso *Khlaifia e altri c. Italia* si concretizza un notevole strappo nella prospettiva, che qui interessa, della compressione delle garanzie procedurali derivanti dall'art. 4 del IV Protocollo della CEDU. Nel negare la violazione di tale disposizione, la Corte esclude per la prima volta, e in modo molto netto, che il divieto di espulsioni collettive obblighi lo Stato a garantire allo straniero un colloquio

⁶ Sul principio v. *infra*, L. SALVADEGO, *Il rispetto del principio di non refoulement nel Mediterraneo centrale*, in questo volume.

⁷ Per una sistematica analisi della giurisprudenza della Corte EDU in materia di espulsioni collettive, si veda F.L. GATTA, *The Problematic Management of Migratory Flows in Europe and its Impact on Human Rights: The Prohibition of Collective Expulsion of Aliens in the Case-law of the European Court of Human Rights*, in G.C. BRUNO, F.M. PALOMBINO, A. DI STEFANO (eds), *Migration Issues before International Courts and Tribunals*, 2019, pp. 119-146. Studi di carattere più generale sul tema delle espulsioni collettive nella prospettiva del diritto internazionale pubblico sono stati proposti da G.S. GOODWIN-GILL, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1975, pp. 55-156; A.V. EGGLI, *Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law, The Hague-New York, 2002; J.-M. HENCKAERTS, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers/Kluwer Law International, The Hague-Boston-London, 1995.

⁸ Corte EDU, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, 23 febbraio 2012 [GC], n. 27765/09.

⁹ Ivi, par. 185. Per un commento si possono vedere, tra i tanti, P. BONETTI, *La decisione Hirsi Jamaa e altri c. Italia: i respingimenti collettivi in mare violano i diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 447 ss. e M. DEN HEIJER, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case*, in *Int. Journal of Refugee Law*, 2013, p. 265 ss.

¹⁰ Corte EDU, *Sharifi e al. c. Italia e Grecia*, 21 ottobre 2014, n. 16643/09, par. 217.

¹¹ Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, 1° settembre 2015, n. 16483/12.

¹² Si veda in questo senso, M. SAVINO, *L' "amministrativizzazione" della libertà personale e del "due process" dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 3-4/2015, p. 50 ss.

individuale¹³. A differenza dei precedenti casi, dove si richiamava la necessità di un esame dettagliato e in concreto delle singole posizioni individuali, qui pare sufficiente, più semplicemente, che lo straniero abbia avuto la possibilità di far valere le proprie ragioni contro l'espulsione e, con un linguaggio piuttosto generico, che gli argomenti proposti siano esaminati dalle autorità competenti in modo appropriato. Non risultano inoltre decisive al fine di accertare una violazione degli obblighi derivanti dalla CEDU la genericità e la natura standardizzata dei provvedimenti di espulsione¹⁴.

L'atteggiamento della Corte di Strasburgo rispetto alla prassi dei respingimenti sommari alla frontiera sembra in qualche modo porsi ad ulteriore tutela delle esigenze securitarie degli Stati nelle due prime (e recentissime) pronunce in materia di espulsioni collettive ai confini terrestri dell'Unione Europea. La prima sentenza, già celebre, è quella resa dalla Corte nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*¹⁵. La Grande Camera, ribaltando l'esito del giudizio della terza sezione del 2017¹⁶, ha qui ritenuto che il respingimento alla frontiera di due migranti di origine subsahariana – che avevano partecipato, insieme ad una ottantina di persone, ad un tentativo di attraversamento del muro di Melilla – non potesse essere considerato contrario all'art. 4 del IV Protocollo della CEDU. I ricorrenti, rimpatriati immediatamente in Marocco senza essere stati nemmeno identificati, non avevano evidentemente goduto di alcun tipo di assistenza sanitaria o linguistica e tanto meno della possibilità di contattare un legale o di far valere le proprie ragioni contro il respingimento. Ad avviso dei giudici di Strasburgo, il respingimento sommario e immediato messo in atto dalla Spagna sarebbe stato tuttavia in questo caso giustificato per due diversi motivi: i) la condotta dei migranti, che avrebbero, con un comportamento violento e inserito in un'azione di gruppo, creato una situazione di pericolo per la propria stessa incolumità e per l'ordine pubblico e la sicurezza della Spagna¹⁷; e ii) l'esistenza di vie legali di accesso al territorio spagnolo, a disposizione dei migranti, ma da questi volutamente non percorse¹⁸.

Questo secondo parametro pare indirettamente introdurre un obbligo positivo per gli Stati, in qualche misura alternativo ad un pieno rispetto delle garanzie del giusto processo. In sostanza, per non incorrere nella violazione del divieto di espulsioni collettive in occasione di respingimenti sommari alla frontiera, gli Stati dovrebbero aver garantito ai richiedenti asilo la possibilità di esperire vie legali di ingresso nel proprio territorio. In principio, e al netto delle critiche che possono essere avanzate all'idea stessa di una qualsiasi forma di sacrificio delle garanzie del *due process* nelle procedure di frontiera, l'esistenza di un obbligo positivo di predisporre vie legali di ingresso all'interno del proprio territorio è un elemento interessante nella prospettiva più generale delle politiche migratorie. Di fatto, potrebbe in qualche modo costringere gli Stati a fare i conti con quello che viene generalmente considerato uno dei principali limiti delle politiche contemporanee in materia di immigrazione e asilo: precisamente l'assenza totale, o quasi, di canali di accesso regolare.

Da un punto di vista giuridico, tuttavia, questo parametro accresce ulteriormente

¹³ Corte EDU, *Khlaifia e altri c. Italia*, 15 dicembre 2016 [GC], n. 16483/12. Per un commento si vedano, *ex multis*, M.R. MAURO, *A Step Back in the Protection of Migrants' Rights: the Grand Chamber's Judgment in Khlaifia v. Italy*, in *Italian Yearbook of Int. Law*, 2016, 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 *Riv. di diritto int.*, 2017, p. 552 ss., p. 559.

¹⁴ Corte EDU, 15 dicembre 2016 [GC], *Khlaifia e altri c. Italia*, n. 16483/12, par. 248. In tal senso, si può vedere Corte EDU, *Georgia c. Russia*, 3 luglio 2014 [GC], n. 13255/07, par. 153.

¹⁵ Corte EDU, *N.D e N.T. c. Spagna*, 13 febbraio 2020 [GC], n. 8675/15 e 8697/15.

¹⁶ Corte EDU, *N.D e N.T. c. Spagna*, 3 ottobre 2017, n. 8675/15 e 8697/15. Per un commento, si veda L. SALVADEGO, *I respingimenti sommari di migranti alle frontiere terrestri dell'enclave di Melilla*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2018, 199-206.

¹⁷ *Ivi*, par. 231.

¹⁸ *Ivi*, parr. 201, 209 e 213.

l'incertezza sul contenuto degli obblighi derivanti dal divieto di espulsioni collettive. Non è semplice infatti valutare in concreto l'esistenza e l'effettiva percorribilità di vie legali di ingresso nel territorio di uno Stato. Si tratta infatti di un accertamento che richiede un'attenta verifica "sul campo" delle reali possibilità di accesso e che non può fondarsi sull'astratto assunto che se una via esiste sia anche percorribile. L'ambiguità di tale parametro rischia più in generale – e ciò sembra essere avvenuto nel caso relativo alla frontiera ispano-marocchina – di dare un peso maggiore, e decisivo, alla voce degli Stati e alla formale esistenza di canali di ingresso regolare piuttosto che ad una valutazione in concreto – che pure molte organizzazioni non governative avevano offerto alla Corte¹⁹ – della reale percorribilità di quelle vie.

Nell'ultimo e più recente caso *Asady e altri c. Slovacchia*, la Corte di Strasburgo ha invece ritenuto adeguate le tutele offerte ai ricorrenti e non si è quindi espressa sulla esistenza di ulteriori parametri rilevanti (quale, appunto, l'esistenza di vie di ingresso regolare) ai fini di una possibile compressione delle garanzie legate al divieto di espulsioni collettive. Al di là di una ricostruzione dei fatti non del tutto convincente, ciò che qui lascia particolarmente perplessi è l'approccio formalistico adottato dalla Corte: l'adozione di una serie di decisioni individuali, ancorché uniformi e fondate su brevi colloqui standardizzati, sarebbe sufficiente a garantire una tutela effettiva contro il divieto di espulsioni collettive²⁰. Sul punto, pare condivisibile la critica avanzata dai tre giudici di minoranza nella propria opinione dissenziente, ove si mette in luce che un'intervista di appena dieci minuti difficilmente può fornire tempo sufficiente per informare i migranti circa i propri diritti, identificarli e accertare se si tratti o meno di persone a rischio di persecuzione o comunque in cerca di protezione internazionale²¹. Tale ultima sentenza sembra in linea con l'atteggiamento della Corte degli ultimi anni e conferma un progressivo "cedimento" (si potrebbe forse dire svuotamento) del sistema di garanzie procedurali legate all'art. 4 del IV Protocollo della CEDU.

L'approccio formalistico adottato nel caso *Asady e al. c. Slovacchia* appare invero in continuità anche con la sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna*. Uno degli aspetti più controversi di quest'ultima riguarda, come si è detto, l'assenza di un approfondito esame da parte della Corte in merito alla effettiva esistenza di reali vie di accesso legale al territorio spagnolo per i migranti di origine subsahariana provenienti dal Marocco²². La Grande Camera si è infatti accontentata della astratta possibilità per i migranti di percorrere le vie legali di accesso per ritenere legittimo il respingimento sommario operato dalla Spagna. E ciò nonostante la stessa Corte abbia riconosciuto che, sia il punto di attraversamento di Beni Enzar a Melilla che le sedi diplomatiche spagnole in Marocco, hanno ricevuto solo due richieste di protezione da parte di individui provenienti dall'Africa subsahariana negli ultimi quattro anni. La ragione di questi numeri non può che risiedere nel fatto che quelle vie non sono realmente accessibili o sono caratterizzate da procedure estremamente informali e altamente discrezionali²³. Insomma, la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo non rivela solo una generale incertezza e un progressivo (e sostanziale) "alleggerimento" degli obblighi positivi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive, ma esprime anche un'attitudine dei giudici a valutare – quanto

¹⁹ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, 13 febbraio 2020 [GC], n. 8675/15 e 8697/15, parr. 143-155.

²⁰ Corte EDU, *Asady e al. c. Slovacchia*, 24 marzo 2020, n. 24917/15. Per un'analisi della sentenza, sia consentito un rimando a A. BUFALINI, *L'insostenibile incertezza sul contenuto degli obblighi degli Stati derivanti dal divieto di espulsioni collettive*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2020.

²¹ Cfr. *Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland*, par. 13.

²² Si possono vedere, tra i numerosi commenti, quelli di G. SANTOMAURO, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, marzo 2020; F. MUSSI, *La sentenza N.D. & N.T. della Corte europea dei diritti umani: uno "schiaccio" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020 e 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.

²³ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, 13 febbraio 2020 [GC], n. 8675/15 e 8697/15, parr. 143-155.

meno nel contesto dei respingimenti alla frontiera – in modo poco rigoroso l’effettività della tutela dei diritti in gioco, in favore di un illusorio, e spesso vuoto, formalismo.

3. I visti umanitari come (im)possibile via di accesso regolare in Europa per i richiedenti asilo

Un possibile strumento per aggirare i limiti di una politica dei visti particolarmente severa per coloro che provengono da Paesi instabili e di conseguenza ridurre i tentativi di ingresso non autorizzato in Europa, è stato talvolta individuato nel rilascio dei c.d. “visti umanitari”, disciplinati dall’art. 25, par. 1, lett. *a*, del Codice dei visti²⁴. Si tratta di un visto – con validità territoriale limitata allo Stato che lo ha rilasciato o ad altri Stati membri che eventualmente acconsentano a riconoscerne gli effetti sul proprio territorio – che viene concesso, eccezionalmente e in deroga alle comuni regole in materia, «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali»²⁵.

La determinazione dell’esatta portata dell’art. 25 del Codice dei visti è tuttavia particolarmente complessa, a causa di alcune contraddizioni di fondo che sembrano segnare la collocazione e la stessa lettera della norma. Da un lato, il Codice non sembra proprio pensato per i richiedenti asilo, regolando i visti di breve durata, con validità fino a un massimo di 90 giorni. Inoltre, rientra tra le condizioni previste per il rilascio l’intenzione del migrante di rientrare nel proprio Paese di origine²⁶. Una condizione evidentemente impossibile da soddisfare per i richiedenti asilo. Dall’altro lato, però, il visto umanitario appare approntare proprio una forma di tutela eccezionale per coloro che versano in situazioni di particolare pericolo per la propria vita²⁷. Le finalità umanitarie e gli obblighi internazionali richiamati dalla norma hanno infatti indotto a ritenere che questo strumento, in alcune circostanze, potesse essere utilizzato per garantire una via di ingresso sicuro e regolare in Europa di quanti cercano protezione internazionale. Anche l’impiego di questa tipologia di visti rimarrebbe tuttavia una scelta dello «Stato membro interessato che lo ritiene necessario»; l’Italia stessa, in effetti, vi ha fatto ricorso con l’esperienza, avviata nel 2015, dei c.d. “corridoi umanitari”²⁸.

Recentemente, la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad esprimersi proprio su tale

²⁴ Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti). Il codice, peraltro, è stato recentemente riformato, senza tuttavia che siano intervenute modifiche sulla disciplina dei visti umanitari, cfr. Regolamento (UE) n. 2019/1155 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 recante modifica del regolamento (CE) n. 810/2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), OJ L 188, 12 luglio 2019, pp. 25-54.

²⁵ Per una ricostruzione della disciplina e di alcuni profili problematici, si veda F.L. GATTA, *La “saga” dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell’Unione europea e le prassi degli Stati membri*, 12 giugno 2019, reperibile all’indirizzo www.dirittifondamentali.it.

²⁶ Si veda l’art. 14 del “Codice visti”.

²⁷ Considerazioni analoghe sono compiute da E. FRASCA, *L’ordinanza del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2019 che obbliga il ministero all’immediato rilascio di un visto per motivi umanitari restituisce un senso all’art. 25 del Codice dei visti europeo: politiche del diritto ed esigenze di tutela a confronto*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3/2019, in particolare pp. 213-214. Per una lettura ampia della nozione di “motivi umanitari” e degli “obblighi internazionali” richiamati dall’art. 25 tale da ricomprendere ogni richiesta di protezione da parte di coloro che vedrebbero minacciati i propri diritti fondamentali, si vedano G. NOLL-J. FAGERLUND-F. LIEBAUT, *Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and the Goal of a Common Asylum Procedure*, Final Report, European Commission, 2003, reperibile all’indirizzo www.works.bepress.com, p. 235.

²⁸ Per alcune riflessioni su questo strumento, con una particolare attenzione al ruolo (decisivo) di alcune ONG, si può vedere P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I due protocolli d’intesa sui “corridoi umanitari” tra cui alcuni enti di ispirazione religiosa ed il governo ed il loro possibile impatto sulle politiche di asilo e immigrazione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2017, pp. 1-31. Interessanti, anche nel tentativo di individuare un fondamento giuridico diverso da quello (inadeguato, almeno alla luce della giurisprudenza richiamata in questo scritto) dell’art. 25 del Codice dei visti, le considerazioni di C. RICCI, *The Necessity for Alternative Legal Pathways: The Best Practice of Humanitarian Corridors Opened by Private Sponsors in Italy*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 265-283.

controversa via (e al momento anche l'unica a carattere, almeno potenzialmente, strutturale) per l'accesso regolare dei richiedenti asilo al territorio europeo. Si tratta del caso *M.N. e altri c. Belgio*, che riguarda una famiglia siriana recatasi presso l'ambasciata belga a Beirut per chiedere il rilascio di un visto umanitario (*ex art. 25, par. 1, lett. a* del Codice dei visti) in modo da raggiungere il Paese dell'UE dove avrebbe poi voluto formalizzare la propria richiesta di asilo²⁹.

I giudici di Strasburgo hanno ritenuto di non poter esercitare la propria giurisdizione sulla vicenda e sancito la non applicabilità della CEDU alle richieste di rilascio di un visto umanitario presentate presso le sedi diplomatiche e consolari degli Stati membri in un Paese terzo. La decisione di inammissibilità del ricorso, pur evidentemente fondata su diverse considerazioni, è in linea con l'atteggiamento già assunto in questo stesso ambito dalla Corte di giustizia dell'UE³⁰, che pure avrebbe potuto giungere a diverse conclusioni, così come prospettato dall'Avvocato generale Mengozzi in quella circostanza³¹. La sostanza di queste pronunce è quindi la seguente: il rilascio di visti di ingresso a carattere umanitario da parte delle sedi diplomatiche e consolari non è un obbligo per gli Stati alla luce del diritto dell'UE né rientra nell'ambito di applicazione della CEDU³².

Convieni qui ricordare che nel determinare l'applicazione extraterritoriale della propria giurisdizione, la Corte di Strasburgo, seppur attraverso una giurisprudenza non sempre coerente, ha in principio seguito un criterio fondato sull'esercizio di una qualche forma di controllo fisico da parte dello Stato nei confronti degli individui che si trovano in territorio straniero (o in acque internazionali)³³. Anche l'impiego del criterio del c.d. "controllo procedurale", che pure è stato utilizzato in tempi recenti dalla Corte³⁴, difficilmente avrebbe potuto essere impiegato di fronte alla richiesta di un visto umanitario. Ad avviso della Corte, infatti, se questa iniziativa individuale fosse sufficiente a creare un *jurisdictional link* tra l'individuo e lo Stato si darebbe luogo ad una sorta di "*near-universal application*" della CEDU. In altre parole, si imporrebbe agli Stati l'obbligo di garantire il rispetto dell'art. 3 nei confronti di chiunque richieda, presso qualsiasi sede diplomatica e consolare, di essere ammesso sul proprio territorio³⁵. Al di là di questa prospettiva sistemica, l'applicazione

²⁹ Corte EDU, *M.N. e al. c. Belgio*, decisione 5 maggio 2020 [GC], n. 3599/18.

³⁰ Corte giust., *causa C-638/16 PPU, X e X c. Belgio*, 7 marzo 2017. Per un commento, v. A. DEL GUERCIO, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *European Papers*, maggio 2017 e E. BROWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism?*, CEPS, marzo 2017.

³¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Paolo Mengozzi, presentate il 7 febbraio 2017, *causa C-638/16 PPU*. Diversi sono i passaggi interessanti e non è possibile ripercorrerli interamente in questa sede, ma si veda, ad esempio, il par. 165, dove l'Avvocato generale sottolinea come il rilascio del visto umanitario sia l'unica soluzione che sia degna dei «valori universali che costituiscono i diritti inviolabili e inalienabili della persona umana» sui quali si fonda la costruzione europea e «che difendono e promuovono l'Unione e i suoi Stati membri, tanto nei loro territori quanto nelle loro relazioni con altri paesi terzi». O ancora, nell'ottica dei rapporti tra vie legali di ingresso e tentativi di accesso non autorizzato, si legga il par. 159, in cui Mengozzi rileva che «è innegabile, alla luce delle informazioni contenute nel fascicolo del procedimento principale, che i ricorrenti nel procedimento principale avrebbero ottenuto la protezione internazionale che essi chiedevano se fossero stati in grado di superare gli ostacoli di un viaggio illegale, tanto pericoloso come spossante, e di arrivare malgrado tutto a raggiungere il Belgio. Il rifiuto di rilasciare il visto richiesto ha pertanto la conseguenza diretta di spingere i ricorrenti a mettere in pericolo la loro vita – e quella dei loro tre figli in tenera età – per esercitare il loro diritto alla protezione internazionale». Tra i commenti, si può vedere M. ZOETEWELJ-TURNHAN-S. PORGIN-THEURKAUF, *AG Mengozzi's Opinion on Granting Visas to Syrians from Aleppo: Wishful Thinking?*, in *European Law Blog*, 2017.

³² Sulla questione v. ampiamente *supra*, L. RIZZA, *Il visto umanitario europeo di asilo*, in questo volume.

³³ Si veda la nota giurisprudenza al riguardo come, ad esempio, Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 23 marzo 1995, n. 15318/89; *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, 23 febbraio 2012 [GC], n. 27765/09; *Al-Jedda c. Regno Unito*, 7 luglio 2011 [GC], n. 27021/08.

³⁴ Corte EDU, *Güzelyurtlu e altri c. Cipro e Turchia*, 29 gennaio 2019 [GC], n. 36925/07.

³⁵ Corte EDU, *M.N. e al. c. Belgio*, decisione 5 maggio 2020 [GC], n. 3599/18, par. 123.

extraterritoriale della CEDU dovrebbe avvenire solo nel caso in cui il collegamento di carattere procedurale sia comunque accompagnato da una qualche forma di controllo fisico sui ricorrenti da parte dei funzionari dello Stato³⁶. Non a caso la Corte insiste sulla libertà, in qualsiasi momento esercitata dalla famiglia siriana, di entrare e uscire dal consolato belga a Beirut, a dimostrazione appunto dell'assenza di una qualsiasi forma di esercizio di controllo fisico da parte delle autorità consolari³⁷.

La Corte avrebbe forse potuto avanzare altri e diversi argomenti e segnare nuovi sviluppi nella concezione della portata spaziale della propria giurisdizione. Più nello specifico, qualche parallelismo poteva forse essere tracciato con il risalente caso *M. c. Danimarca* relativo ad un cittadino tedesco che, insieme ad altri diciassette connazionali, era entrato illegalmente nell'ambasciata danese e aveva chiesto di poter lasciare la Repubblica democratica tedesca (DDR) per entrare nella Repubblica federale di Germania (BRD)³⁸. La situazione era certamente diversa da quella in cui si è trovata la famiglia siriana a Beirut, dal momento che l'ambasciatore danese, dopo aver cercato di convincere i rifugiati a lasciare l'ambasciata, si rivolse direttamente alla polizia della DDR, che intervenne con la forza al fine di assolvere la richiesta del rappresentante diplomatico. Il consenso dell'ambasciatore all'intervento delle forze di polizia tedesca era stato decisivo per la rimozione fisica dei cittadini della DDR dalla sede diplomatica danese ed è stato da alcuni inteso come esercizio di un potere fisico su quelle persone. È interessante tuttavia rilevare che la soluzione adottata in quella circostanza potrebbe essere letta in modo più ampio perlomeno nel passaggio in cui la Commissione europea dei diritti dell'uomo rileva come qualsiasi atto o omissione degli agenti diplomatici possa esprimere l'esercizio di un potere «in so far as ... (it) affect(s) such persons». Del resto, anche il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha recentemente interpretato in senso analogo la nozione di giurisdizione statale alla luce del diritto alla vita riconosciuto dall'art. 6 del Patto sui diritti civili e politici del 1966. Ad avviso del Comitato, infatti, le nozioni di potere e controllo effettivo, tipiche dell'esercizio della giurisdizione, ricomprendono tutte quelle «military or other activities» dello Stato che «in a direct and reasonably foreseeable manner» hanno un impatto sulla vita degli individui che si trovano al di fuori di un territorio controllato dallo Stato³⁹. In questa più ampia prospettiva, anche il diniego di rilasciare un visto potrebbe essere ricondotto all'esercizio di un potere o, meglio, al mancato esercizio di un potere, che ha però prodotto degli effetti sulla vita delle persone in cerca di protezione.

Si può forse leggere in linea con quest'ultima interpretazione della nozione di giurisdizione quella recente teoria che cerca ricondurre l'ambito di applicazione della CEDU ad una qualche forma di controllo “funzionale” sugli individui da parte di uno Stato. Tale controllo si configurerebbe anche in assenza di qualsiasi relazione fisica tra organi statali e individui e sarebbe conseguenza dell'esercizio di pubblici poteri⁴⁰. L'idea è, in altre parole, che lo

³⁶ Cfr., in questo senso, M. DUTTWILER, *Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, pp. 137-162. Una tesi diversa è quella che tende a limitare qualsiasi applicazione extraterritoriale della CEDU ad alcune ipotesi eccezionali nelle quali è tuttavia presente una qualche forma di collegamento con il territorio dello Stato. Un discorso valido, secondo tale ricostruzione, anche per le sedi diplomatiche, cfr. S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of Int. Law*, 2009, pp. 1223-1246.

³⁷ Corte EDU, *M.N. e al. c. Belgio*, decisione 5 maggio 2020 [GC], n. 3599/18, par. 118.

³⁸ Commissione europea dei diritti dell'uomo, *M. c. Danimarca*, 14 ottobre 1992, n. 17392/90.

³⁹ Human Rights Committee, General comment n. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, 30 ottobre 2018, CCPR/C/GC/36, par. 63. Si veda in questo stesso senso C. DANISI, *A “Formalistic” Approach to Jurisdiction in the European Court of Human Rights’ decision on Humanitarian Visas: Was Another Interpretation Possible?*, in *SIDI Blog*, 27 maggio 2020, reperibile all'indirizzo www.sidiblog.org.

⁴⁰ Come è noto, la tesi è stata sostenuta (anche di fronte alla Corte) da V. MORENO-LAX, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the*

svolgimento di funzioni tipicamente statali, espressione di politiche pubbliche o prassi amministrative, presuppone – anche nel caso in cui produca i propri effetti al di fuori del territorio dello Stato o attraverso individui che non sono organi statali – una forma di controllo, talvolta anche indiretto, su una determinata situazione e non può quindi non rientrare nell’ambito applicativo della CEDU.

Per quanto sia quindi possibile sostenere che il (mancato) rilascio di un visto umanitario rientri nell’ambito di applicazione della CEDU, quel che sembra più in generale emergere, e che è forse più interessante osservare, è il carattere variabile e flessibile della nozione di giurisdizione extraterritoriale. L’approccio della Corte nel ricostruire tale nozione sembra qui improntato ad un certo pragmatismo che tiene conto sia della reale volontà degli Stati di assumere gli obblighi internazionali derivanti da una determinata applicazione extraterritoriale della CEDU che della effettiva capacità degli stessi di tutelare al di fuori del proprio territorio i diritti fondamentali riconosciuti dal trattato. In altri termini, alcune domande sembrano guidare il percorso logico-argomentativo della Corte: esiste una volontà politica da parte degli Stati parti della CEDU di rendere le proprie sedi diplomatiche e consolari dei luoghi dove garantire – anche se indirettamente, attraverso il rilascio di un visto temporaneo – il possibile esercizio del diritto di asilo? Questa domanda sembra poi fondersi – o, meglio, spesso confondersi – anche nelle tesi avanzate dagli Stati, con un’ulteriore questione strettamente collegata: le ambasciate e le sedi diplomatiche sono luoghi dove gli Stati hanno una effettiva capacità di tutelare alcuni diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e gestire le potenziali richieste di protezione internazionale?

A queste domande la Corte ha preferito al momento rispondere in modo negativo, lasciando che siano gli stessi Stati ad adottare le scelte politiche più opportune. Non si può infatti non rilevare come la Corte non sia rimasta indifferente ai numerosi Stati intervenienti. Questi ultimi non hanno solo affermato che, da un punto di vista strettamente giuridico, non esiste alcun obbligo di concedere un visto umanitario a chi è in cerca di protezione⁴¹, ma hanno anche sottolineato come, in termini di politica migratoria, il riconoscimento di un simile obbligo non farebbe altro che creare un vero e proprio “ingorgo” amministrativo presso le proprie sedi diplomatiche e consolari nei Paesi di origine dei richiedenti asilo con un accumulo ingestibile di richieste di protezione⁴². In conclusione, la decisione della Corte di limitare la portata extraterritoriale della propria giurisdizione sembra essere dettata anche da diversi elementi di *realpolitik* messi in rilievo dagli Stati e a fronte dei quali i giudici di Strasburgo non hanno fatto altro che adottare un atteggiamento di *self-restraint*.

4. Conclusioni. L’asilo impossibile

Negli ultimi tempi, la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio fortemente in linea con le politiche di controllo delle frontiere adottate dagli Stati e ispirate ad una logica securitaria. La sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna* – in cui la Corte ha discutibilmente negato la violazione del divieto di espulsioni collettive e ritenuto effettive delle vie legali che difficilmente potevano essere percorse – si aggiunge infatti ad una serie di pronunce a dir poco “indulgenti” nei

“Operational Model”, in *German Law Journal*, 2020, pp. 385-416. Ma si vedano anche M. GAVOUNELI, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2007 e, con più specifico riferimento al caso *M.N. c. Belgio*, M. BAUMGARTEL, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourg Observer*, 7 maggio 2020.

⁴¹ Posizioni già espresse in Corte giust., *causa C-638/16 PPU, X e X c. Belgio*, 7 marzo 2017, si veda sul punto C. FAVILLI, *Visti umanitari e protezione internazionale: così vicini così lontani*, in *Diritti umani e diritto int.*, 2017, pp. 553-561.

⁴² Sottolinea questo aspetto anche A. RICCARDI, *Falsa partenza per i visti umanitari di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in ADiM Blog, Osservatorio sulla giurisprudenza, giugno 2020. È interessante, tuttavia, notare come un maggior ricorso al rilascio di visti umanitari è auspicato in alcuni documenti del Parlamento Europeo, si veda ad esempio *Humanitarian visas: option or obligation?* Study for the LIBE Committee, 2015.

confronti della prassi dei respingimenti alla frontiera, non solo per quel che riguarda il contenuto del divieto di espulsioni collettive, ma anche nel diverso, ma collegato, ambito della detenzione amministrativa dei migranti nelle zone di transito⁴³. A fare da contraltare a questa impostazione – e, se si vuole, ad un ordine del discorso che osserva le pressioni alle frontiere provenienti dai richiedenti asilo attraverso le lenti della sicurezza e dell’ordine pubblico⁴⁴ – i giudici di Strasburgo hanno posto la necessità di accertare l’esistenza di una serie di vie di accesso legali concretamente percorribili per i migranti. Nel compiere un accertamento sull’esistenza di canali regolari di ingresso, la Corte ha peraltro ritenuto che la possibilità per i ricorrenti di rivolgersi alle sedi diplomatiche e consolari situate nei propri Stati di origine o in quelli di transito fosse un’alternativa valida ed effettivamente esperibile rispetto all’attraversamento non autorizzato. Il recente caso *M.N. e altri c. Belgio* riguardava proprio la possibilità per i richiedenti asilo di rivolgersi a tali sedi per ottenere un visto di ingresso di carattere umanitario nel territorio europeo. La Corte sostiene però, almeno per quanto riguarda il rilascio di tale tipologia di visto, che le condotte degli Stati – e in particolare delle autorità consolari – non possono essere oggetto di giurisdizione.

Da un lato, la Corte si mostra quindi sempre più tollerante nei confronti delle politiche di contenimento delle migrazioni e, dall’altro, pur valorizzando la necessità di predisporre vie di accesso legale, evita di prodursi in un attivismo giudiziario che, in materia di visti umanitari e più in generale nell’ambito delle politiche migratorie, sarebbe invisibile a molti Stati. Il problema è che a questa forse comprensibile cautela dei giudici di Strasburgo, e ai timidi tentativi di imporre agli Stati la creazione di vie di accesso legale, non corrisponde una risposta politica in grado di garantire effettività al diritto di cercare protezione internazionale. E così il diritto di asilo in Europa rimane ancorato alle sporadiche e limitate iniziative di alcuni Stati e ad episodici e quanto mai rischiosi accessi di fortuna.

⁴³ Su questo diverso aspetto si può richiamare la decisione della Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, 21 novembre 2019 [GC], n. 47287/15, sulle zone di transito ungheresi. Sul punto la Corte di Strasburgo – a differenza di quanto avvenuto in materia di visti umanitari – è stata poi in qualche modo smentita dalla Corte di Giustizia dell’UE nel caso *FMS e al.*, causa C-924 e 925/19 PPU.

⁴⁴ La sentenza *N.D. e N.T. c. Spagna* sembra quasi rievocare il mito dell’invasione, tanto spesso impiegato nella narrazione pubblica sulle migrazioni provenienti dal continente africano (sia consentito, sul punto, un rimando a A. BUFALINI, *Ancora a margine del caso N.D. e N.T. c. Spagna: la retorica dell’invasione si fa largo a Strasburgo?*, in ADiM Blog, Editoriale, luglio 2020. Cerca di decostruire questo tipo di discorso almeno in relazione ad alcune specifiche rotte migratorie H. DE HAAS, *The Myth of Invasion. Irregular Migration from West Africa to the Maghreb and the European Union*, IMI Research Report, 2007.