



I migranti come “arma” tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali

Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell’UE

DI ALESSIA DI PASCALE*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La situazione dei migranti al confine bielorusso. – 3. Gli antefatti: le relazioni UE-Bielorussia. – 4. Le nozioni di manaccia ibrida e strumentalizzazione dei migranti. – 5. La proclamazione dello stato di emergenza e le limitazioni alle garanzie del diritto di asilo in Polonia, Lettonia e Lituania. – 6. Le iniziative poste in essere dall’Unione europea. – 7. Il ricorso al meccanismo per far fronte a una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi di cui all’art. 78, par. 3, Tfue. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Nei mesi precedenti l’aggressione militare russa all’Ucraina, iniziata il 24 febbraio, le frontiere orientali dell’Unione europea erano già state teatro di vicende gravi e drammatiche, che avevano coinvolto persone (non europee) in fuga da guerre e miseria. Una sorta di preludio a flussi di ben altre dimensioni che, forse non casualmente, aveva preceduto l’offensiva militare condotta dalla Russia. Le strette relazioni tra i due Paesi sono note, tanto che il 17 marzo il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa ha annunciato la sospensione di tutte le relazioni con le autorità bielorusse “a motivo della partecipazione attiva del paese all’aggressione della Federazione Russa contro l’Ucraina”¹. Allora, però, la reazione dei Paesi limitrofi, e in

* Professoressa associata di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ Nella [decisione del 17 marzo 2022](#), il Comitato dei Ministri ha deliberato la sospensione del diritto della Bielorussia a partecipare a tutte le riunioni e attività dell’Organizzazione. Solo pochi giorni prima la Russia aveva annunciato il recesso dal Consiglio d’Europa. Si veda I. ANRÒ, *La Russia annuncia (senza sorpresa) il recesso dal Consiglio d’Europa*, in questa [Rivista](#). La Bielorussia è attualmente parte contraente di 11 trattati promossi dal Consiglio d’Europa e partecipa a 13 comitati intergovernativi dell’Organizzazione. Le Parti hanno avviato un percorso in vista della futura adesione. Per i dettagli della cooperazione si veda: Council of Europe,

particolare della Polonia, più direttamente interessata, era stata fortemente ostile e repressiva, a differenza dell'estrema solidarietà ed accoglienza dimostrata nei confronti dei profughi ucraini. E anche l'Unione europea aveva proposto iniziative, volte a modificare il quadro legislativo nella materia dell'asilo in senso restrittivo.

Progressivamente da maggio 2021 migliaia di persone provenienti soprattutto dall'Iraq, e in misura minore dalla Siria, dall'Iran, dallo Yemen, dall'Afghanistan e da alcuni Paesi africani, tra cui Repubblica democratica del Congo e Sudan, erano, infatti, giunte alle frontiere orientali dell'Unione europea con la Bielorussia, nella convinzione di poter entrare legalmente in Europa. Gli arrivi si erano intensificati da agosto e la situazione ha assunto toni gravi e drammatici in autunno². A fine novembre si contavano circa 8000 ingressi non autorizzati nei territori dei suddetti Paesi, attraverso la Bielorussia, rispetto a 257 ingressi in tutto il 2020, e oltre 40.000 tentativi di attraversamento³. La maggior parte dei migranti, una volta entrati nell'Unione europea, aspirava ad arrivare in Germania: risulta, infatti, che oltre 11.000 persone avrebbero attraversato il confine tedesco-polacco, in arrivo dalla Bielorussia, tra agosto e novembre⁴.

In maggioranza, i migranti erano arrivati nella capitale bielorusa in aereo (fino all'autunno Minsk era servita da voli diretti da tutto il Medio Oriente, tra cui Beirut, Dubai e Baghdad) con visti turistici, proseguendo poi via terra fino ai confini con l'Unione europea. Come affermato dalla Presidente della Commissione europea, intervenendo davanti al Parlamento europeo riunito in seduta plenaria, "questi migranti vengono vilmente ingannati da false promesse", con la complicità di "agenzie di viaggio specializzate che offrono offerte *all-inclusive*: visti, voli, hotel e, un po' cinicamente, taxi e autobus fino al confine"⁵. Alle persone,

Action Plan for Belarus 2019-2021, CM(2019)68
13 giugno 2019, disponibile su: <https://rm.coe.int/ap-belarus-2019-2021-web-en/168098f1bd>.

² I primi attraversamenti dei migranti, giunti in Bielorussia, sono avvenuti a maggio al confine con la Lituania e fino ad agosto circa 4000 persone avevano passato la frontiera. A seguito del rafforzamento dei controlli lungo i confini del Paese baltico, anche a seguito dell'adozione dello stato di emergenza (*infra*), i migranti si sono spostati verso la Lettonia e soprattutto sul confine polacco. Sulla base delle cifre ufficiali disponibili, a fine novembre, la Federazione Internazionale della Croce Rossa stimava che almeno 20.000 persone fossero state complessivamente coinvolte in questa situazione, includendo quanti si trovavano ancora in Bielorussia, quanti avevano passato il confine e quanti erano giunti in Germania fino a novembre. Si veda *Belarus and neighbouring countries - Europe Region: Population Movement - Emergency Appeal (MGR65001)*, 24 novembre 2021, disponibile su: <https://reliefweb.int/report/belarus/belarus-and-neighbouring-countries-europe-region-population-movement-emergency-appeal>. Per una breve ricostruzione delle tappe di questa crisi ai confini UE-Bielorussia si veda S. DEVI, *Calls for international solutions to EU-Belarus border crisis*, in *The Lancet*, Vol. 398, I. 10.316, 4-10 dicembre 2021.

³ Secondo la guardia di frontiera polacca sarebbero stati 33.000 i tentativi di attraversare irregolarmente il confine da agosto, di cui 17.000 solo in ottobre. Si veda W. KOŚC, *Hundreds of migrants head toward Polish-Belarusian border*, in *Politico.eu*, dell'8 novembre 2021, disponibile su: <https://www.politico.eu/article/migrants-poland-belarus-border/>.

⁴ *11,000 migrants reached Germany in 2021 via Belarus and Poland*, 31 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.infomigrants.net/en/post/37559/11000-migrants-reached-germany-in-2021-via-belarus-and-poland>.

⁵ *Speech by President von der Leyen at the EP Plenary on the conclusions of the October European Council and the situation in Belarus and at its border with the EU*, 23 novembre 2022, disponibile su: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/news/speech-president-von-der-leyen-ep-plenary-conclusions-october-european-council-and-situation-belarus-2021-11-23_it.

in attesa di un'occasione di arrivare in Europa, sarebbe stato fatto credere (con campagne di comunicazione, anche tramite i social media) di poter entrare legalmente nell'UE attraverso il confine bielorusso, inducendoli ad intraprendere il viaggio, per il quale avevano pagato diverse migliaia di euro (spesso indebitandosi). Solo una volta giunti al confine, i migranti hanno scoperto la realtà, “venendo esposti ad una situazione di sofferenza e violenza sfruttata per scopi politici, a causa della sconsiderata spregiudicatezza del regime di Lukashenko”⁶. A gennaio 2022 la situazione alla frontiera appariva ridimensionata, seppure continuassero a verificarsi tentativi di attraversamento⁷. La Polonia aveva avviato la costruzione di un muro che dovrebbe correre lungo il confine con la Bielorussia per 186 km⁸ e la Lituania ha in programma di collocare telecamere⁹.

Gli avvenimenti verificatisi alle frontiere orientali dell'UE, nella seconda metà del 2021, non hanno però messo in luce solo ostilità e mancanza di solidarietà, bensì hanno comportato gravi violazioni dei diritti fondamentali, sollevando rilevanti criticità quanto alla reazione dei tre Paesi coinvolti e alla risposta dell'Unione europea. Dopo una breve ricostruzione delle tappe della crisi che ha coinvolto i migranti al confine con la Bielorussia, il presente contributo ricostruirà le pregresse relazioni UE-Bielorussia, che rappresentano il contesto entro cui si inseriscono i recenti accadimenti, introducendo il concetto di minaccia ibrida, a cui è stato ricondotto quanto avvenuto¹⁰, qualificato dall'Unione europea come “strumentalizzazione dei migranti”. Ci si soffermerà, quindi, sulle limitazioni al diritto di asilo introdotte in particolare in Polonia, a seguito della proclamazione dello stato di emergenza, e sulle iniziative e le proposte legislative presentate dall'Unione europea per far fronte a tale situazione e definire un quadro per affrontare un simile contesto in maniera strutturale. Occorre, in particolare, domandarsi se il concetto di minaccia ibrida sia allo stato attuale sufficientemente definito e consenta, pertanto, l'elaborazione di risposte coerenti, anche sotto il profilo giuridico. Laddove la minaccia “ibrida” consista nella migrazione di massa, le reazioni sono suscettibili di ripercuotersi su diritti fondamentali della persona e principi cardine del diritto internazionale ed europeo, quali il divieto di respingimento e di espulsioni collettive, e lo scrutinio deve pertanto avvenire in modo rigoroso.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *137 people tried to cross Latvia-Belarus border over weekend*, 31 gennaio 2022, disponibile su: <https://eng.lsm.lv/article/society/defense/137-people-tried-to-cross-latvia-belarus-border-over-weekend.a441383/>.

⁸ *Poland starts building wall through protected forest at Belarus border*, 27 gennaio 2022, disponibile su: <https://www.theguardian.com/world/2022/jan/27/poland-starts-building-wall-through-protected-forest-at-belarus-border>.

⁹ *Lithuania To Put Cameras Along Entire Border Barrier With Belarus*, 29 gennaio 2022, disponibile su: <https://www.rferl.org/a/lithuania-belarus-border-cameras-migrants/31677158.html>.

¹⁰ Tale situazione è stata qualificata in questi termini dapprima dalla Polonia, seguita poi da Lituania ed Lettonia e dalla NATO, la quale in una dichiarazione resa a novembre ha affermato “The North Atlantic Council strongly condemns the continued instrumentalisation of irregular migration artificially created by Belarus as part of hybrid actions targeted against Poland, Lithuania, and Latvia for political purposes”. Si veda *Statement by the North Atlantic Council on the situation at the Poland-Belarus border*, 12 novembre 2021, disponibile su: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_188529.htm.

2. La situazione dei migranti al confine bielorusso

La situazione dei migranti al confine bielorusso con la Polonia, e in misura minore con la Lituania e la Lettonia, è apparsa in tutta la sua drammaticità soprattutto tra ottobre e novembre. Numerose testimonianze hanno descritto trattamenti inumani e degradanti da parte delle guardie di frontiera bielorusse, le quali avrebbero accompagnato un migliaio di migranti alla frontiera con la Polonia¹¹ e qui avrebbero percosso le persone, costringendole a tagliare la recinzione, dando loro istruzioni su quando e dove attraversare la frontiera, non consentendo di tornare indietro e punendole per non aver tentato di attraversare il filo spinato che corre lungo il confine¹². Circa 2000 persone (tra le quali tante famiglie con bambini) lasciate al gelo (con minime sottozero) nei boschi in prossimità della frontiera, in assenza di riparo, abbigliamento adeguato, cibo e servizi essenziali (oltre una ventina sarebbero i morti per ipotermia, tra cui anche un bimbo di pochi mesi e una donna curda incinta morta per setticemia) e alle quali con difficoltà associazioni ed abitanti della zona hanno cercato di portare cibo e coperte¹³. Soltanto a metà novembre esse sarebbero in gran parte state trasferite dalle autorità bielorusse in un magazzino (un centro logistico di distribuzione merci) situato nei pressi della frontiera, presso il villaggio di Bruzgi, nella regione bielorusca di Grodno, in condizioni comunque difficili e poco adatte all'accoglienza di persone.

Le violazioni dei diritti fondamentali hanno, però, avuto luogo su entrambi i lati del confine. Dopo aver proclamato lo Stato di emergenza, la Lituania (ad agosto, prorogato al 15 gennaio 2022¹⁴), la Lettonia (ad agosto, prorogato fino al 10 febbraio 2022), la Polonia (a settembre) hanno modificato le norme nazionali con l'obiettivo di facilitare l'attuazione di respingimenti alla frontiera (*infra* par. 2). Dal canto suo, ad ottobre, la Bielorussia aveva deciso in risposta alle misure restrittive adottate nei suoi confronti¹⁵, unilateralmente, la sospensione

¹¹ *Belarus escorts 1,000 migrants towards Polish border*, 8 novembre 2021, disponibile su: <https://www.theguardian.com/world/2021/nov/08/belarus-escorts-hundreds-of-migrants-towards-polish-border>. La notizia, ripresa da numerosi mezzi di informazione, sarebbe stata diffusa proprio dalle autorità bielorusse.

¹² Si vedano: Amnesty International, *Belarus/EU: New evidence of brutal violence from Belarusian forces against asylum-seekers and migrants facing pushbacks from the EU*, 20 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2021/12/belarus-eu-new-evidence-of-brutal-violence-from-belarusian-forces-against-asylum-seekers-and-migrants-facing-pushbacks-from-the-eu/>; *At the border, Belarusian soldiers only know three words: 'Go to Poland'*, 23 novembre 2021, disponibile su: <https://www.infomigrants.net/en/post/36694/at-the-border-belarusian-soldiers-only-know-three-words-go-to-poland>.

¹³ *Belarus migrants: Inside the Polish underground movement offering help to people in the Bialowieza forest*, del 15 novembre 2021, disponibile su: <https://news.sky.com/story/belarus-migrants-inside-the-polish-underground-movement-offering-help-to-people-in-the-bialowieza-forest-12468540>.

¹⁴ A inizio gennaio la Lituania ha deciso di non prorogare ulteriormente lo stato di emergenza nella zona di confine con la Bielorussia, si veda *Lithuania will not extend state of emergency at Belarus border*, 6 gennaio 2022, disponibile su: <https://www.infomigrants.net/en/post/37681/lithuania-will-not-extend-state-of-emergency-at-belarus-border>.

¹⁵ Nelle premesse della decisione (UE) 2021/1940 del Consiglio del 9 novembre 2021 sulla sospensione parziale dell'applicazione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Bielorussia relativo alla facilitazione del rilascio dei visti, in GUUE L 396, 10.11.2021, p. 58 ss. (*infra* par. 6) al punto 5, nella versione inglese, viene utilizzato il termine "retaliate".

dell'applicazione dell'accordo di riammissione con l'UE, che sancisce l'impegno a riprendere sul proprio territorio i cittadini di paesi terzi che hanno fatto ingresso irregolarmente nell'UE¹⁶, peraltro in contrasto con la procedura di sospensione indicata all'art. 23, par. 6, dell'accordo¹⁷. E così, emerge dalle testimonianze¹⁸, le guardie di frontiera polacca avrebbero ignorato sistematicamente le richieste di asilo, riportando subito oltre confine i migranti che, pressati dalle guardie bielorusse, l'avevano attraversato. Passaggi che si sarebbero ripetuti anche più volte, in questo macabro rimpallo in cui sono state intrappolate le persone, forzate a muoversi da una parte all'altra del confine, con il rischio concreto anche di separazione tra membri della famiglia. A novembre sarebbero state inviate 12.000 guardie al confine, le quali avrebbero anche fatto uso di gas lacrimogeni e idranti per fermare i migranti¹⁹

La proclamazione dello stato di emergenza nell'area della foresta di Białowieża, lungo il confine polacco-bielorusso, ha comportato, sin dall'inizio di settembre²⁰, anche il divieto di ingresso per i non residenti e di ripresa di immagini della zona di confine, delle infrastrutture in essa presenti così come delle guardie di frontiera, della polizia e dei militari, con ciò limitando la possibilità di offrire assistenza ai migranti in condizioni critiche, da parte delle organizzazioni umanitarie, e il diritto di documentare la grave situazione da parte di giornalisti

¹⁶ *Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Bielorussia relativo alla riammissione delle persone in soggiorno irregolare*, in GUUE L 181 del 9.6.2020, p. 3 ss. Si veda in particolare l'art. 4, par. 1, il quale prevede che "La Bielorussia riammette sul suo territorio, su istanza di uno Stato membro e senza ulteriori adempimenti oltre a quelli previsti dal presente accordo, qualunque cittadino di paese terzo o apolide che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di ingresso, presenza o soggiorno nel territorio dello Stato richiedente, qualora sia accertato o vi sia la fondata presunzione, basata sugli elementi prima facie forniti, che tale persona: a) possiede o possedeva, al momento dell'ingresso, un permesso di soggiorno rilasciato dalla Bielorussia; b) possiede o possedeva, al momento dell'ingresso, un visto valido rilasciato dalla Bielorussia accompagnato da una prova dell'ingresso nel territorio della Bielorussia; oppure c) è entrata illegalmente nel territorio degli Stati membri direttamente dopo aver soggiornato o essere transitata nel territorio della Bielorussia. In merito alla sospensione si veda *Belarus Parliament votes to suspend readmission of migrants*, del 6 ottobre 2021, disponibile su: <https://abcnews.go.com/International/wireStory/belarus-parliament-votes-suspend-readmission-migrants-80416472>.

¹⁷ Ai sensi di tale disposizione "ciascuna parte può, dandone notifica ufficiale all'altra parte e previa consultazione del comitato, temporaneamente sospendere, completamente o in parte, l'attuazione del presente accordo. La sospensione entra in vigore il secondo giorno successivo alla notifica". Non risulta, tuttavia, che sia intervenuta la consultazione del comitato misto per la riammissione, ma solo che il Parlamento bielorusso abbia unilateralmente approvato un testo legislativo che ha sancito la sospensione dell'accordo. Si veda *Belarus parliament blocks returning migrants*, in *politico.eu*, del 4 ottobre 2021, disponibile su: <https://www.politico.eu/article/belarus-migration-europe-latvia-lithuania-poland-refugees/>.

¹⁸ Si veda in particolare il rapporto di Human Rights Watch, *Die Here or Go to Poland, Belarus' and Poland's Shared Responsibility for Border Abuses*, del 24 novembre 2021, disponibile su: <https://reliefweb.int/report/belarus/die-here-or-go-poland-belarus-and-poland-s-shared-responsibility-border-abuses-enrude>.

¹⁹ *Brussels Playbook: Belarus border crisis — Sanctions latest — Lithuania's terror warning*, 9 novembre 2021, *politico.eu*.

²⁰ Il divieto di accesso è stato ulteriormente prorogato il 1° dicembre. Si veda: *Polish parliament rejects unlimited media access to Belarus border*, 30 novembre 2021, disponibile su: <https://www.reuters.com/world/europe/poland-limits-access-belarus-border-migrant-crisis-simmers-2021-11-30/>

e fotografi. A dicembre, l'accesso alla zona di frontiera non è stato consentito neppure all'Alto Commissariato delle NU per i diritti umani, i cui funzionari hanno descritto la situazione dei migranti sul confine come "straziante e spaventosa"²¹. E così le notizie, e le stime, sulle persone lungo il confine sono imprecise e frammentarie.

La situazione al confine era, peraltro, culminata nella lettera inviata il 7 ottobre alla Commissione europea, da dodici Stati membri (su proposta della Lituania e sostenuta principalmente dagli Stati membri dell'Est e Nord Europa, ma sottoscritta anche da Grecia e Cipro)²², contenente diverse richieste, tra cui quella (presentata come legittima ed efficace) di sostenere i costi per erigere un muro alle frontiere esterne, ai fini di contrastare i flussi di migranti irregolari, nonché di adattare il quadro giuridico attuale (in particolare le norme contenute nel codice frontiere Schengen) alle "nuove realtà" (soprattutto "l'uso strumentale della pressione migratoria da parte di alcuni Paesi terzi"). Posizione peraltro reiterata a gennaio 2022, in occasione della Conferenza sulla gestione delle frontiere svoltasi a Vilnius. All'esito della riunione, sedici Stati membri dell'UE hanno pubblicato una dichiarazione comune sulla necessità di "proteggere le frontiere esterne dell'UE", chiedendo all'UE di finanziare misure di gestione delle frontiere, comprese "barriere fisiche e altre infrastrutture mobili o fisse"²³.

Considerato lo stallo e l'impossibilità di oltrepassare il confine, dalla seconda metà di novembre le autorità bielorusse hanno cominciato a rinviare i migranti attirati nei mesi precedenti nei loro Paesi, talvolta attraverso voli organizzati insieme al governo iracheno o tramite il programma di rimpatrio volontario assistito di OIM²⁴, alcuni riportati con la forza, senza considerazione dei rischi cui sarebbero esposti²⁵.

Nonostante la difficoltà di accesso ad informazioni puntuali, a dicembre, gli arrivi in Bielorussia apparivano cessati e nel Paese rimanevano circa 5000 persone giunte nei mesi precedenti²⁶. A gennaio, tra le 450 e le 800 persone si trovavano presso il magazzino di Grodno, al confine con la Polonia, e alcune centinaia ancora esposte al gelo nella foresta. Dall'altro lato del confine, nell'Unione europea, circa 3200 erano ospitate in 5 centri in Lituania, mentre circa 1700 si troverebbero in centri di trattenimento in Polonia. Tramite i voli di rimpatrio 3.817

²¹ OHCHR, *Press briefing notes on Poland/Belarus border*, 21 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=28004&LangID=E>.

²² La lettera, indirizzata al vice presidente della Commissione Schinas ed alla commissaria agli Affari interni Johansson, è stata firmata dai ministri di Austria, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Grecia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia e Slovacchia. Si veda: *Twelve member states ask Commission to finance 'physical barriers' as border protection measures*, 8 ottobre 2022, disponibile su: <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/twelve-member-states-ask-commission-to-finance-physical-barriers-as-border-protection-measures/>.

²³ *Joint Statement of the Ministers responsible for Migration at the Conference on Border Management*, 21 January, 2022 Vilnius, disponibile su: <https://www.pio.gov.cy/en/press-releases-article.html?id=25425#flat>.

²⁴ IOM, *IOM Offers Safe and Dignified Return Assistance to Migrants Stranded in Belarus*, 15 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.iom.int/news/iom-offers-safe-and-dignified-return-assistance-migrants-stranded-belarus>

²⁵ MSF, *8 things to know about the EU/Belarus border crisis*, 31 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.msf.org/8-things-know-about-eubelarus-border-crisis>,

²⁶ Si vedano i dati ripostati da ECHO, *Daily Flash*, del 17 dicembre 2021, disponibili su: <https://erccportal.jrc.ec.europa.eu/ECHO-Products/Echo-Flash#/daily-flash-archive/4376>.

migranti iracheni sarebbero stati rimpatriati dalla Bielorussia e 112 dalla Lituania, mentre con il programma di rimpatrio volontario assistito e reintegrazione dell'OIM 381 migranti sono rientrati dalla Bielorussia ai loro paesi di origine²⁷.

3. Gli antefatti: le relazioni UE-Bielorussia

Quanto accaduto per mesi al confine con la Bielorussia non è riconducibile solamente ad una nuova “crisi dei migranti”, ma va inquadrato in un contesto più ampio. Già a settembre, nel discorso annuale sullo stato dell’Unione, la Presidente della Commissione europea aveva affermato senza mezzi termini: “diciamo la verità: siamo di fronte a un attacco ibrido per destabilizzare l’Europa”²⁸, ribadendo in occasione dell’incontro con il Presidente degli Stati Uniti, a novembre, che: “questa non è una questione bilaterale di Polonia, Lettonia e Lituania con la Bielorussia”²⁹. Questa non è una crisi migratoria. Questo è il tentativo di un regime autoritario di cercare di destabilizzare i suoi vicini democratici”, incluse Ucraina e Moldavia.

Non si tratta, in realtà, della prima volta in cui la Bielorussia ricorre all’uso della leva migratoria con l’intento di effettuare pressioni sull’Unione europea. Nel novembre 2002, il presidente Lukashenko aveva minacciato, infatti, di riversare nell’Unione europea migliaia di immigrati dopo che la Repubblica ceca gli aveva negato il visto di ingresso³⁰, non consentendogli di partecipare al vertice NATO alla fine del mese³¹. Nel maggio 2004, lo stesso presidente bielorusso aveva richiesto milioni di euro per fermare l’afflusso di rifugiati nell’Unione Europea, preannunciando conseguenze drammatiche per l’Europa³². A differenza del contesto attuale, si trattava, tuttavia, di migranti già presenti nel Paese e in ogni caso alle minacce non fu dato seguito.

I rapporti con la ex-repubblica sovietica sono complessi da tempo³³, intercalando tentativi di rafforzamento della cooperazione e il raffreddamento delle relazioni, con l’applicazione di

²⁷ IFCR, *Belarus and neighbouring countries - Europe Region: Population Movement Emergency appeal No. MGR65001, Operation update # 2*, 22 gennaio 2022, disponibile su: <https://reliefweb.int/report/belarus/belarus-and-neighbouring-countries-europe-region-population-movement-emergency-2>.

²⁸ *Discorso sullo stato dell’Unione 2021 della Presidente von der Leyen*, 15 settembre 2021, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_21_4701.

²⁹ *Statement by President von der Leyen following her meeting with President of the United States Joe Biden*, 10 novembre 2021, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_21_5906.

³⁰ *Statement by the Head of the Delegation of Belarus at the EAPC Meeting at the level of Heads of State and Government*, 22 novembre 2002, disponibile su: <https://www.nato.int/docu/speech/2002/s021122p.htm>.

³¹ *Belarus issues threat to EU over summit*, 14 novembre 2002, disponibile su: <https://www.thetimes.co.uk/article/belarus-issues-threat-to-eu-over-summit-z3r3xj2sbvp>.

³² *EU asked for payment to stop refugees*, 27 maggio 2004, disponibile su: <https://www.irishtimes.com/news/eu-asked-for-payment-to-stop-refugees-1.1142200>. La Bielorussia era in grado di mettere in atto le minacce perché all’epoca aveva circa 150.000 migranti presenti sul proprio territorio, compresi i rifugiati dalla Cecenia, ma alle minacce non fu dato seguito.

³³ C. PORTELA, *The European Union and Belarus: Sanctions and partnership?*, in *Comparative European Politics, suppl. Special Issue: South East and Eastern European Countries EU*; Vol. 9, Fasc. 4-5, 2011, p. 486 ss.

sanzioni volte anche a favorire il processo di democratizzazione³⁴. L'UE ha introdotto misure restrittive³⁵ nei confronti della Bielorussia nel 2004³⁶ (successivamente prorogate ed ampliate³⁷)

³⁴ Si veda S. POLI, *Promoting EU values in the neighbourhood through EU financial instruments and restrictive measures*, in S. POLI (Ed.), *The European Neighbourhood Policy - Values and Principles*, London, 2016, p. 27 ss.

³⁵ Ai sensi dell'art. 215, par. 2 Tfu, "Quando una decisione adottata conformemente al capo 2 del titolo V del trattato sull'Unione europea lo prevede, il Consiglio può adottare, secondo la procedura di cui al paragrafo 1, misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali". Come posto in luce dalla Corte di giustizia, sentenza 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, ECLI:EU:C:2012:472, "l'articolo 215, paragrafo 2, TFUE è idoneo a costituire il fondamento normativo di misure restrittive, nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali adottate dall'Unione quando la decisione di adottare dette misure ricade nella sua azione nel contesto della PESC". L'art. 215 TFUE introduce, quindi, un doppio livello decisionale: una previa decisione adottata dal Consiglio UE, nell'ambito della Politica estera e sicurezza comune (PESC), conformemente al Capo 2 del Titolo V del TUE, la quale determina il contenuto e gli obiettivi delle misure restrittive, è seguita da un successivo atto vincolante di attuazione adottato dello stesso Consiglio a maggioranza qualificata e su proposta congiunta dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e della Commissione. È previsto solo un obbligo di informazione del Parlamento europeo. Sulle misure restrittive si vedano A. LANG, P. MARIANI, *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino, 2014; C. ECKES, *EU restrictive measures against natural and legal persons: From counterterrorist to third country sanctions*, in *Common Market Law Review*, Vol. 51, I. 3, 2015, p. 869 ss. e in questa *Rivista*, C. MORVIDUCCI, *Le misure restrittive dell'Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti problematici*, fascicolo 2, 2019.

³⁶ Ribadendo la propria preoccupazione per il continuo deteriorarsi della democrazia, dello stato di diritto e dei diritti umani in Bielorussia, e la mancata considerazione dei richiami rivolti da UE e Consiglio d'Europa, gli Stati membri avevano adottato "le misure necessarie per impedire l'ingresso o il transito nel loro territorio delle persone elencate nell'allegato, che, pur avendone la responsabilità, non hanno disposto l'avvio di un'indagine indipendente e il perseguimento dei presunti reati, nonché delle persone considerate dal rapporto Pourgourides i principali responsabili della sparizione di quattro notabili in Bielorussia nel 1999/2000 e del successivo occultamento, in considerazione dell'evidente ostruzione fatta alla giustizia". Si veda posizione comune 2004/661/PESC del Consiglio del 24 settembre 2004 relativa a misure restrittive nei confronti di determinati funzionari della Bielorussia, in GUUE L 301 del 28.9.2004, p. 67. Il c.d. rapporto Pourgourides presentava i risultati dell'indagine svolta dal relatore cipriota e dalla sottocommissione ad hoc del Consiglio d'Europa in merito alla sorte delle quattro persone scomparse a Minsk nel 1999 e 2000. Le conclusioni mettevano gravemente in discussione la responsabilità di alcuni alti rappresentanti del governo della Bielorussia. Council of Europe: Parliamentary Assembly, *Disappeared Persons in Belarus, Report by the Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr Christos Pourgourides, Cyprus, Group of the European People's Party*, 4 February 2004, Doc. 10062.

³⁷ Si vedano, in particolare, la *posizione comune 2006/362/PESC del Consiglio, del 18 maggio 2006, che modifica la posizione comune 2006/276/PESC relativa a misure restrittive nei confronti di determinati funzionari della Bielorussia* in GUUE L 134 del 20.5.2006, p. 45 ss., e il *regolamento (CE) n. 765/2006 del Consiglio, del 18 maggio 2006, relativo a misure restrittive nei confronti del presidente Lukashenko e di determinati funzionari della Bielorussia*, in GUUE L 134 del 20.5.2006, p. 1 ss, che aveva disposto il congelamento dei fondi e delle risorse economiche delle persone, delle entità o degli organismi ritenuti responsabili di gravi violazioni dei diritti umani o della repressione della società civile e dell'opposizione democratica o le cui attività costituiscono una grave minaccia per la democrazia o lo Stato di diritto in Bielorussia ovvero che traggono vantaggio dal regime di Lukashenko o lo sostengono e vieta di mettere fondi o risorse economiche a loro disposizione. Il regolamento aveva, altresì, vietato la fornitura di assistenza tecnica pertinente ai beni e alle tecnologie inclusi nell'elenco comune delle attrezzature militari dell'Unione europea o relativa alla fornitura, alla fabbricazione, alla manutenzione e all'uso di tali beni, nonché l'esportazione di attrezzature che potrebbero essere utilizzate a fini di

in risposta alle sparizioni, avvenute tra il 1999 e il 2000 e mai risolte, di quattro persone (tra le quali oppositori e giornalisti). Nel 2011 era stato disposto anche l'embargo sulle armi³⁸, mantenuto anche allorché nel 2016 il Consiglio UE aveva deciso di revocare alcune misure restrittive³⁹, a seguito dei passi intrapresi dalla Bielorussia, che avevano temporaneamente contribuito a migliorare le relazioni con la UE. Le misure restrittive rimaste in vigore (oltre all'embargo sulle armi, anche il divieto di esportare beni utilizzabili a fini di repressione interna e il congelamento dei beni e il divieto di viaggio nei confronti di quattro persone ritenute legate alle summenzionate sparizioni irrisolte) sono state mantenute negli anni successivi⁴⁰.

La tensione si è nuovamente acuita a seguito delle elezioni del presidente Lukashenko, il cui regime antidemocratico è condannato dall'Unione europea. Come dichiarato dall'Alto rappresentante Borrell, i "risultati falsificati" delle elezioni presidenziali svoltesi in Bielorussia il 9 agosto 2020 non sono riconosciuti dall'Unione europea, la quale ritiene "la cosiddetta investitura del 23 settembre 2020 e il nuovo mandato rivendicato da Aleksandr Lukashenko privi di qualsiasi legittimità democratica"⁴¹. Alle elezioni, svoltesi in un quadro di irregolarità e repressione di candidati indipendenti, erano seguite intimidazioni e violenze contro manifestanti pacifici, membri dell'opposizione e giornalisti. Così, dall'ottobre del 2020 l'UE ha imposto gradualmente nuove misure restrittive nei confronti della Bielorussia (in particolare nei confronti di 44 persone – incluso il Ministro dell'interno - individuate quali responsabili delle irregolarità elettorali e della successiva repressione)⁴². I riflessi della situazione politica sul contesto sociale ed economico, anche per l'effetto delle sanzioni imposte non solo dalla UE, ma anche da Stati Uniti, Canada, Regno Unito, Svizzera e Norvegia, avevano provocato dall'agosto 2020 anche una significativa migrazione di cittadini bielorussi verso i paesi UE⁴³.

A maggio 2021, si è verificato un nuovo grave episodio (un aereo di linea Ryanair è stato costretto ad atterrare per permettere alla polizia di arrestare un giornalista dissidente)

repressione interna a qualsiasi persona, entità od organismo in Bielorussia o per un uso in Bielorussia, così come la relativa fornitura di assistenza tecnica, servizi di intermediazione, finanziamento e assistenza finanziaria. L'atto vietava, inoltre, ai vettori aerei bielorussi di atterrare nel territorio nell'Unione, di decollare da esso o di sorvolarlo.

³⁸ *Decisione 2011/357/PESC del Consiglio del 20 giugno 2011 che modifica la decisione 2010/639/PESC relativa a misure restrittive nei confronti di determinati funzionari della Bielorussia*, in GUUE L 161 del 21.6.2011, p. 25 ss.

³⁹ *Conclusioni del Consiglio sulla Bielorussia*, 15 febbraio 2016, disponibili su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/02/15/fac-belarus-conclusions/>

⁴⁰ In merito all'evoluzione, ai presupposti e ai limiti del potere sanzionatorio dell'UE si veda S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (Eds.), *EU Law Enforcement The Evolution of Sanctioning Powers*, London, 2021.

⁴¹ *Bielorussia: dichiarazione dell'alto rappresentante, a nome dell'Unione europea, sulla cosiddetta "investitura" di Aleksandr Lukashenko*, 24 settembre 2020, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/09/24/belarus-declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-so-called-inauguration-of-aleksandr-lukashenko/>.

⁴² Conclusioni del Consiglio europeo sulla Bielorussia del 24 maggio 2021.

⁴³ Si veda CASE (Center for Social and Economic Research), P. KAZMIERKIEWICZ, A. KULESA, *The Migration of Belarusians to Poland and The European Union: The Situation after August 2020*, 8 dicembre 2021, disponibile su: <https://ssrn.com/abstract=3991735>.

fermamente condannato dal Consiglio europeo⁴⁴. Il 4 giugno il Consiglio dell'Unione europea ha, pertanto, deciso di introdurre un divieto di sorvolo dello spazio aereo e di accesso agli aeroporti dell'UE da parte di tutti i vettori bielorusi⁴⁵ e il 21 giugno 2021 è stato adottato un quarto pacchetto di sanzioni, con cui sono state imposte misure restrittive nei confronti di 78 persone e otto entità bielorusse⁴⁶. In risposta, dal 28 giugno la Bielorussia ha sospeso la propria partecipazione al partenariato orientale⁴⁷, ovvero la cooperazione regionale promossa dall'Unione europea nel 2008 e volta al rafforzamento dell'associazione politica e dell'integrazione economica di sei Paesi partner dell'Europa orientale e del Caucaso meridionale (Armenia, Azerbaigian, Georgia, Repubblica di Moldova, Ucraina e appunto Bielorussia)⁴⁸. All'esito del sesto vertice del partenariato orientale svoltosi a Bruxelles il 15 dicembre 2021, i partecipanti hanno convenuto una dichiarazione congiunta nella quale l'UE ha deplorato la decisione delle autorità bielorusse, auspicando “di riprendere la cooperazione con le stesse non appena vi saranno le condizioni necessarie per una transizione democratica pacifica, al fine di sviluppare un'agenda comune basata su valori comuni e interessi condivisi”⁴⁹.

Facendo seguito alle conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre 2021⁵⁰, in cui i capi di Stato e di governo leader dell'UE hanno condannato i tentativi da parte di paesi terzi di strumentalizzare i migranti a fini politici, il Consiglio dell'Unione europea ha modificato il regime delle sanzioni. Dapprima il 15 novembre 2021 il Consiglio ha, infatti, adottato la

⁴⁴ *Conclusioni del Consiglio europeo sulla Bielorussia*, 24 maggio 2021, disponibili su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/24/european-council-conclusions-on-belarus-24-may-2021/>.

⁴⁵ *Regolamento (UE) 2021/907 del Consiglio del 4 giugno 2021 che modifica il regolamento (CE) n. 765/2006, concernente misure restrittive nei confronti della Bielorussia e decisione (PESC) 2021/908 del Consiglio del 4 giugno 2021 che modifica la decisione 2012/642/PESC, relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia*, in *GUUE L 197I del 4.6.2021*, rispettivamente p. 1 e p. 3.

⁴⁶ *Regolamento (UE) 2021/996 del Consiglio del 21 giugno 2021 che modifica il regolamento (CE) n. 765/2006, concernente misure restrittive nei confronti della Bielorussia e Decisione (PESC) 2021/1001 del Consiglio del 21 giugno 2021 che modifica la decisione 2012/642/PESC, relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia*, in *GUUE L 219I del 21.6.2021*, rispettivamente p. 1 ss. e 67 ss.

⁴⁷ *European Union ambassador informed about Belarus' steps in response to EU sanctions*, 28 giugno 2021, disponibile su: <https://eng.belta.by/politics/view/european-union-ambassador-informed-about-belarus-steps-in-response-to-eu-sanctions-141235-2021/>.

⁴⁸ Sul partenariato orientale si veda S. POLI, *La politica di vicinato europea e la sua evoluzione nei rapporti con gli Stati del partenariato orientale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 631 ss.

⁴⁹ Nel condannare “la strumentalizzazione dei migranti e dei rifugiati da parte delle autorità bielorusse e, di fatto, tutti gli episodi di strumentalizzazione dei migranti a fini politici”, l'UE ha dichiarato di continuare a dialogare con i cittadini, la società civile e i media indipendenti della Bielorussia e a sostenerli, con un piano globale di supporto finanziario per una Bielorussia democratica, il cui importo potrà raggiungere i 3 miliardi di EUR. Si veda Vertice del partenariato orientale - Dichiarazione congiunta, 15 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/12/15/eastern-partnership-summit-joint-declaration/>

⁵⁰ Conclusioni del Consiglio europeo del 21 e 22 ottobre, EUCO 17/21.

decisione (PESC) 2021/1990⁵¹, con la quale è stata introdotta la possibilità di applicazione di misure restrittive mirate nei confronti di persone ed entità che organizzano o contribuiscono alle attività volte a facilitare l'attraversamento irregolare delle frontiere esterne dell'UE. Su questa base, il 2 dicembre 2021, è stato adottato un quinto pacchetto di sanzioni, con cui sono state imposte misure restrittive nei confronti di altre 17 persone e 11 entità, tra le quali alti funzionari politici e imprese che hanno contribuito a incoraggiare e organizzare attraversamenti illegali delle frontiere⁵². Le nuove misure sono state adottate in maniera coordinata con Regno Unito, Stati Uniti e Canada⁵³.

Attualmente il regime di sanzioni si applica in totale nei confronti di 26 entità e 183 persone, tra cui il presidente bielorusso Alexandr Lukashenko, suo figlio e consigliere per la sicurezza nazionale Viktor Lukashenko, nonché altre figure politiche chiave, membri di alto livello del sistema giudiziario, del governo e diversi attori economici di primo piano.

4. Le nozioni di minaccia ibrida e strumentalizzazione dei migranti

Sin da settembre, nel corso del ricordato discorso sullo stato dell'Unione, la Presidente della Commissione ha qualificato l'azione, entro cui si inserisce l'afflusso di migranti ai confini esterni, attribuita alla Bielorussia, come un "attacco ibrido teso a destabilizzare l'Unione europea". La riconduzione di tali avvenimenti a questa nozione solleva una serie di interrogativi in merito all'effettiva sussistenza dei presupposti di una minaccia ibrida, alle conseguenze sul piano giuridico, nonché agli strumenti legittimamente utilizzabili per farvi fronte, sia nell'ambito del diritto internazionale che dell'Unione europea. E, quindi, in merito alla legittimità delle iniziative intraprese dall'UE in risposta alla situazione al confine orientale, in un quadro giuridico ancora frammentario, in cui la competenza a fronteggiarle appare ancora prevalentemente nazionale⁵⁴, seppur in un contesto di cooperazione multilaterale.

Il concetto di "minacce ibride", dapprima emerso nel linguaggio militare con riferimento a nuove modalità di combattimento sperimentate nei primi anni duemila (il conflitto ceceno o Israele-Hezbollah), ha ricevuto in effetti un riconoscimento in un documento della NATO del 2010, intitolato "*Military contribution to countering hybrid threats*", in cui si delineavano i principali aspetti e settori della difesa dell'Organizzazione per il futuro, sottolineando l'emergere di nuove tipologie di minaccia in un contesto mutevole e la progressiva attenuazione

⁵¹ *Decisione (PESC) 2021/1990 del Consiglio del 15 novembre 2021 che modifica la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia*, in *GUUE L 405 del 16.11.2021*, p. 10 ss.

⁵² *Regolamento di esecuzione (UE) 2021/2124 del Consiglio del 2 dicembre 2021 che attua l'articolo 8 bis, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 765/2006 concernente misure restrittive nei confronti della Bielorussia*, in *GUUE L 430I del 2.12.2021*, p. 1 ss.; *decisione di esecuzione (PESC) 2021/2125 del Consiglio del 2 dicembre 2021 che attua la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive in considerazione della situazione in Bielorussia*, in *GUUE L 430I del 2.12.2021*, p. 16 ss.

⁵³ *EU, UK, US, Canada issue coordinated sanctions against Belarus regime*, 3 dicembre 2021, disponibile su: <https://www.dw.com/en/eu-uk-us-canada-issue-coordinated-sanctions-against-belarus-regime/a-60000656>.

⁵⁴ In merito alle basi per l'elaborazione di un quadro giuridico dell'Unione e al riparto di competenze con gli Stati membri si veda l'analisi di L. LONARDO, *EU Law Against Hybrid Threats: A First Assessment*, in *European Papers*, Vol. 6, 2021, No 2, p. 1075 ss.

delle differenze tra la componente militare e quella civile⁵⁵. Nel suddetto documento si evidenziava che “le minacce ibride coinvolgono avversari (inclusi Stati, Stati canaglia, attori non statali o organizzazioni terroristiche) che possono impiegare una combinazione di azioni in un ambiente operativo sempre meno vincolato, al fine di raggiungere i loro obiettivi”. L'esperienza dei recenti teatri operativi aveva dimostrato che nello scenario attuale gli avversari possono condurre azioni ostili attraverso una vasta gamma di mezzi e metodi convenzionali o non convenzionali (utilizzo di notizie false, ma anche l'utilizzo distorto dei sistemi giuridici e dei vincoli da essi posti⁵⁶) e avere un esito favorevole contro una forza, pur superiore sia tecnologicamente che militarmente. Il fine ultimo sottostante tale tipologia di minacce appare consistere nello sfruttamento dei punti deboli di un Paese, spesso minandone i valori democratici e le libertà fondamentali, in modo da generare ambiguità sia nella popolazione oggetto dell'attacco che nel resto della comunità internazionale. Pur non esente da diffuse critiche legate all'indefinitezza e all'ambiguità del concetto⁵⁷, la NATO ha continuato a riferirsi alle minacce ibride adottando, nel 2015, anche un'apposita strategia di contrasto⁵⁸.

Dal 2016, la NATO e l'Unione europea hanno identificato il contrasto alle minacce ibride come una priorità per la cooperazione e, contemporaneamente, la Commissione europea e il Servizio europeo per l'azione esterna (“SEAE”) hanno sviluppato un quadro congiunto sul contrasto alle minacce ibride⁵⁹, contenente 22 azioni rivolte agli Stati membri e alle istituzioni intese a consentire di riconoscerle e ad affrontarle. In una comunicazione del 2018 le campagne ibride venivano indicate come “multidimensionali e miranti a destabilizzare l'avversario combinando misure coercitive e sovversive, avvalendosi di strumenti e tattiche convenzionali e non convenzionali (di tipo diplomatico, militare, economico e tecnologico)”⁶⁰. In particolare, si sottolineava che tali campagne, che possono essere utilizzate da soggetti sia statali che non

⁵⁵ NATO, *BI-SC Input for a New NATO Capstone Concept for The Military Contribution to Countering Hybrid Threats*, del 25 agosto 2010, disponibile su: <https://natolibguides.info/hybridwarfare/documents>.

⁵⁶ Come è stato posto in luce da A. B. MUNOZ MOSQUERA, S. D. BACHMANN, *Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2016, Vol. 7, I 1, p. 63 ss., l'uso del diritto come arma può avere un impatto tangibile sugli Stati democratici quando i loro avversari lo usano in modo strumentale. In merito all'utilizzo strumentale del diritto internazionale nel contesto della guerra ibrida si veda A. SARI, *Legal Resilience in an Era of Grey Zone Conflicts and Hybrid Threats*, Exeter Centre for International Law Working Paper 2019/1.

⁵⁷ Come sottolineato nel documento *Food-for-thought paper "Countering Hybrid Threats"*, EEAS(2015) 731, del 13 maggio 2015, “la guerra ibrida può essere più facilmente descritta che definita”, p. 2. Sulla nozione di minaccia ibrida si veda anche A. DENG, M. SCHURIAN (eds.), *Networked Insecurity - Hybrid Threats in the 21st Century*, Vienna, 2016; G. GIANOPOULOS, H. SMITH, M. THEOCHARIDOU, *The Landscape of Hybrid Threats: A conceptual model*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021.

⁵⁸ Si veda: *NATO's response to hybrid threats*, disponibile su: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_156338.htm?selectedLocale=en.

⁵⁹ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, *Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride. La risposta dell'Unione europea*, JOIN(2016) 18 finale del 6.4.2016. In merito al quadro europeo di contrasto alle minacce ibride si veda G. D'AGNONE, *L'Unione europea e le risposte alle minacce ibride*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, Osservatorio europeo, luglio 2016, disponibile su: http://www.dirittounioneuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=109.

⁶⁰ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio, *Rafforzamento della resilienza e potenziamento delle capacità di affrontare minacce ibride*, JOIN(2018) 16 finale del 13 giugno 2018.

statali, sono progettate in modo tale che risulti difficile individuarle o risalire al loro autore e contrastarle rappresenti un problema complesso. Nel marzo 2018, il Consiglio europeo ha sottolineato la necessità di potenziare la capacità dell'Unione europea e dei suoi Stati membri di individuare, prevenire e rispondere alle minacce ibride quale l'attacco cibernetico, che si configura come il principale contesto riconducibile a tale tipologia di minaccia, ma anche la comunicazione strategica e il controspionaggio, senza però operare riferimento ad una possibile minaccia riconducibile alla strumentalizzazione di flussi migratori⁶¹.

Rispetto ad un quadro definitorio ancora poco puntuale, l'afflusso di migranti al confine bielorusso è stato ricondotto dall'UE a tale nozione: dopo l'intervento della presidente Von der Leyen a settembre, a novembre l'Alto rappresentante, a nome dell'Unione europea, ha ufficialmente qualificato la situazione alle frontiere dell'Unione europea come "attacco ibrido"⁶² e in una successiva comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante, essa è stata definita "un tentativo deliberato di creare una crisi persistente e prolungata, nell'ambito di un più ampio sforzo concertato teso a destabilizzare l'Unione europea, mettendone alla prova l'unità e la determinazione", evidenziandone le ramificazioni mondiali, "causa di preoccupazione non solo per l'UE, ma anche per la comunità internazionale"⁶³. La questione della strumentalizzazione dei migranti, avallata dallo Stato, è stata affrontata dall'UE anche in seno all'OSCE e alle Nazioni Unite. L'11 novembre si è tenuta, su richiesta dell'UE, una riunione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sulla situazione alla frontiera e sulla strumentalizzazione dei migranti da parte della Bielorussia. Il 18 novembre i ministri degli esteri del G7 hanno rilasciato una dichiarazione di solidarietà⁶⁴ con la Polonia, la Lituania e la Lettonia e hanno elogiato le azioni dell'UE in stretta collaborazione con i paesi di origine e di transito per porre fine alle azioni del regime di Lukashenko.

La Commissione europea ha posto in luce che strumenti di questa guerra ibrida sarebbero, anzitutto, i migranti, utilizzati per fini politici⁶⁵. In aggiunta, vengono evidenziate la manipolazione delle informazioni (volta a screditare la reputazione internazionale dell'UE, presentandola come ostile nei confronti dei rifugiati e descrivendo di converso il regime del Presidente Lukashenko come un governo che soddisfa i legittimi desideri delle persone che desiderano migrare, con l'intento di distogliere l'attenzione dalla sistematica violazione dei diritti umani in Bielorussia) e il ricorso ai social media (ritenuti cruciali nel sollecitare la domanda di servizi dei trafficanti di migranti e nel suscitare aspettative irrealistiche circa le possibilità di ingresso nell'UE).

⁶¹ *Conclusioni del Consiglio europeo del 22 marzo 2018*, EUCO 1/18.

⁶² *Bielorussia: dichiarazione dell'alto rappresentante, a nome dell'Unione europea, sulla situazione alle frontiere dell'Unione europea*, 10 novembre 2021, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/11/10/belarus-declaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-situation-at-the-european-union-border/>.

⁶³ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Risposta alla strumentalizzazione dei migranti avallata dallo Stato alle frontiere esterne dell'UE*, JOIN(2021) 32 finale del 23 novembre 2021, p. 1.

⁶⁴ *G7 Foreign Ministers' statement on Belarus*, disponibile su: https://www.esteri.it/it/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/2021/11/g7-foreign-ministers-statement-on-belarus/.

⁶⁵ JOIN(2021) 32 finale, cit.

Occorre, pertanto, interrogarsi se i presupposti per la sussistenza di un attacco ibrido si possano rinvenire. Come si è detto, numerose fonti riportano che le autorità bielorusse hanno avuto una condotta attiva nel favorire l'arrivo dei migranti, nel condurli alla frontiera e nel costringerli coercitivamente ad oltrepassarla, impedendo loro di tornare indietro e mantenendoli con crudeltà alla frontiera in condizioni terribili, in evidente contrasto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti. Tutto ciò avrebbe avuto l'obiettivo deliberato di destabilizzare i paesi coinvolti e di indurre l'Unione europea a revocare le sanzioni adottate. In presenza effettivamente di tali circostanze, che potrebbero configurarsi come misure coercitive, si potrebbe ritenere sussistente un attacco di tal tipo, alla luce dei criteri illustrati sopra. Tuttavia, come è stato posto in luce, i confini del concetto di attacco ibrido, i suoi presupposti sul piano del diritto internazionale (necessità di un intento coercitivo o di superamento di una certa soglia di gravità), le sue ricadute giuridiche rimangono incerte⁶⁶. Se per alcuni tale condotta potrebbe configurare una violazione del principio di non intervento, eventualmente anche raggiungendo la soglia di gravità di cui all'art. 2(4) della Carta ONU⁶⁷, essa appare cionondimeno difficilmente qualificabile oltre il concetto di "incidente di frontiera", non costituendo, in assenza di un'azione armata dello Stato, un attacco rilevante ai fini della legittima difesa (art. 51 Carta ONU), né il presupposto per qualsiasi uso lecito della forza internazionale.

La questione è stata affrontata anche nel comunicato emesso all'esito del vertice NATO, svoltosi a Bruxelles solo qualche mese prima, ove si afferma che "while the primary responsibility for responding to hybrid threats rests with the targeted nation, NATO is ready, upon Council decision, to assist an Ally at any stage of a hybrid campaign being conducted against it, including by deploying a Counter Hybrid Support Team. In cases of hybrid warfare, the Council could decide to invoke Article 5 of the Washington Treaty, as in the case of an armed attack"... "a decision as to when a cyber attack would lead to the invocation of Article 5 would be taken by the North Atlantic Council on a case-by-case basis. Allies recognise that the impact of significant malicious cumulative cyber activities might, in certain circumstances, be considered as amounting to an armed attack. We remain committed to act in accordance with international law, including the UN Charter, international humanitarian law, and international human rights law as applicable"⁶⁸. A conferma di questa posizione, il Segretario Generale della NATO, in una conferenza stampa successiva all'invasione russa in Ucraina, ha ribadito che un

⁶⁶ M. STARITA, "Hybrid attack": un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorusso-polacca, in ADIMblog, 29 dicembre 2021, disponibile su: <http://www.adimblog.com/2021/12/29/hybrid-attack-un-concetto-dalle-ricadute-giuridiche-incerte-considerazioni-a-margine-della-crisi-umanitaria-alla-frontiera-bielorusso-polacca/>.

⁶⁷ A. KLECZKOWSKA, *What does the 'hybrid attack' carried out by Belarus against the EU borders mean in reality? An international law perspective*, 13 dicembre 2021, in EJIL Talk!, disponibile su: <https://www.ejiltalk.org/what-does-the-hybrid-attack-carried-out-by-belarus-against-the-eu-borders-mean-in-reality-an-international-law-perspective/>. Si veda anche l'analisi di A. SARI, B. HUDSON, *Stirring Trouble at the Border: Is Belarus in Violation of International Law? – Part 1 and 2*, novembre 2021, disponibile su: <https://www.justsecurity.org/79222/stirring-trouble-at-the-border-is-belarus-in-violation-of-international-law/>.

⁶⁸ *Brussels Summit Communiqué. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Brussels 14 June 2021*, disponibile su: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm.

attacco informatico nei confronti di uno Stato membro della NATO potrebbe giustificare il ricorso all'art. 5⁶⁹.

Attività cumulativamente attuate ed intenzionalmente finalizzate a danneggiare uno Stato potrebbero, anche se solo in alcuni casi da valutare accuratamente, essere considerati equivalenti a un attacco armato. In questi termini pare esprimersi anche la Commissione europea, la quale aveva ipotizzato il ricorso alla clausola di difesa reciproca di cui all'art. 42, par. 7, del TUE⁷⁰, che sancisce un dovere di aiuto e assistenza allo Stato membro che sia oggetto di aggressione armata sul suo territorio, “nel caso in cui molteplici minacce ibride gravi costituiscono un'aggressione armata contro uno Stato membro dell'UE”⁷¹. Di fronte ad una minaccia ibrida, consistente in una combinazione di azioni criminali e sovversive, che non raggiunga tale soglia, la Commissione ha prospettato invece l'applicazione della clausola di solidarietà (art. 222 TUE). La soglia, che potrebbe marcare la differenza tra le diverse ipotesi, resta, tuttavia, ancora indefinita, confermando la difficoltà di inquadramento e la prospettazione essenzialmente teorica di una risposta ad un attacco armato. La tesi sulle minacce ibride nell'Unione europea appare, peraltro, finora focalizzata sulla gestione di contrasto ad uno scenario di crisi, non essendosi soffermata sulle conseguenze giuridiche e solo in misura limitata sulle possibili limitazioni di diritti fondamentali delle persone⁷².

Tale aspetto è stato maggiormente preso in considerazione dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. In una risoluzione del 2018⁷³, notando l'assenza di una definizione universalmente condivisa di "guerra ibrida" e di un "diritto della guerra ibrida", essa ha, anzitutto, affermato che “se, nel contesto della guerra ibrida, uno Stato ricorresse all'uso della

⁶⁹ *Russia-Ukraine conflict: NATO chief warns Russia that cyber attacks can trigger NATO Charter Article 5*, 25 febbraio 2022, disponibile su: <https://globalnews.ca/video/8646550/russia-ukraine-conflict-nato-chief-warns-russia-that-cyber-attacks-can-trigger-nato-charter-article-5>.

⁷⁰ JOIN(2016) 18 finale del 6.4.2016, cit., p. 17. Ai sensi dell'art. 42, par. 7, TUE, “Qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite”. Come rileva S. IZZO, *Unione europea e Bielorussia tra misure restrittive e gestione dei flussi migratori*, in BlogDUE, 7 gennaio 2022, in <https://www.aisdue.eu/simonetta-izzo-unione-europea-e-bielorussia-tra-misure-restrittive-e-gestione-dei-flussi-migratori/>, in una dichiarazione della presidenza (slovena) di turno del Consiglio UE di agosto, nel quadro del Meccanismo integrato di risposta politica alle crisi (IPCR), si fa riferimento ad un'aggressione da respingere con “*tutte le misure necessarie*”, con un'espressione che ricorda la formula solitamente utilizzata dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nelle sue risoluzioni autorizzative all'uso della forza.

⁷¹ *Relazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione del Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride – La risposta dell'Unione europea*, del 19 luglio 2017, JOIN(2017)30, p. 19. Si vedano i rilievi di G. D'AGNONE, *Migrazioni di massa e minacce 'ibride' alla sicurezza degli Stati UE*, in *Federalismi*, 1/2018, disponibile su: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=35528>, la quale evidenzia i limiti di applicabilità ed efficacia di tale disposizione con riferimento a minacce ibride consistenti in migrazioni di massa.

⁷² Nel *Quadro congiunto per contrastare le minacce ibride. La risposta dell'Unione europea*, JOIN(2016), cit., al punto 4.6, si evidenzia che “Per combattere i contenuti di carattere estremistico su Internet la Commissione sta analizzando — nell'ambito della strategia per il mercato unico digitale — la necessità di eventuali nuove misure, prestando debita attenzione al loro impatto sui diritti fondamentali alla libertà di espressione e di informazione”.

⁷³ *Legal challenges related to hybrid war and human rights obligations*, risoluzione 2217 (2018) adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa il 26 aprile 2018.

forza contro un altro Stato, quest'ultimo potrebbe invocare il diritto alla legittima difesa sulla base dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, con la conseguente applicazione delle norme del diritto internazionale umanitario. Tuttavia, in pratica, gli avversari ibridi evitano l'uso manifesto della forza, il che non consente di raggiungere la soglia necessaria per l'applicazione delle norme di cui sopra, creando così una zona grigia giuridica". Nella stessa risoluzione gli Stati contraenti sono stati, però, anche richiamati ad applicare le restrizioni ai diritti fondamentali, consentite dall'art. 15 CEDU "nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale" e nel rispetto dei limiti sanciti dalla convenzione, avendo quindi riguardo che esse siano "prescritte dalla legge", "necessarie in una società democratica" e "proporzionate". Le insuperabili limitazioni alla libertà di circolazione (art. 2, protocollo 4) e di espressione (art. 10 CEDU), introdotte dalla Polonia da settembre, suscitano evidenti profili di incompatibilità con tali indicazioni e sono state, infatti, dichiarate ingiustificate e in contrasto con la Costituzione, con la Convenzione EDU e l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici a gennaio dalla Corte suprema polacca⁷⁴, che ha richiamato il ruolo essenziale dei media in una società democratica e ha sottolineato la mancanza di proporzionalità della misura⁷⁵. *A fortiori* appaiono ingiustificate, anche in reazione a una situazione di guerra ibrida, eventuali limitazioni di diritti assoluti quali quelli sanciti dall'art. 2 e 3 CEDU, che non tollerano restrizioni neanche in situazioni di emergenza (art. 15, par. 2)⁷⁶.

L'Unione europea appare cionondimeno determinata a far uso di tale concetto: su questa base, infatti, il 14 dicembre la Commissione ha presentato una proposta di revisione del codice frontiere Schengen⁷⁷, in cui si prende per la prima volta in considerazione la strumentalizzazione dei migranti e si prevedono appositi meccanismi rafforzati di controllo delle frontiere. In questo contesto, è stata, quindi, fornita una definizione del fenomeno consistente in "una situazione in cui un paese terzo induce flussi migratori irregolari nell'Unione incoraggiando o facilitando attivamente lo spostamento di cittadini di paesi terzi verso le frontiere esterne, verso o dall'interno del suo territorio e poi verso tali frontiere esterne, quando tali azioni sono indicative dell'intenzione di un paese terzo di destabilizzare l'Unione o uno Stato membro, quando la natura di tali azioni è tale da mettere a rischio funzioni essenziali dello Stato, compresa l'integrità territoriale, il mantenimento dell'ordine pubblico o la salvaguardia della sua sicurezza nazionale". In presenza di una situazione di questo tipo, sarebbero consentite restrizioni da parte degli Stati membri: le modifiche proposte agli artt. 5 e 13 reg.

⁷⁴ *Poland's Supreme Court slams government for restricting media access at Belarus border*, 20 gennaio 2022, disponibile su: <https://www.euronews.com/2022/01/20/poland-s-supreme-court-slams-government-for-restricting-media-access-at-belarus-border>.

⁷⁵ Si veda la pronuncia della Corte suprema polacca del 18 gennaio 2022 disponibile su: <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/i-kk-171-21-bezprawnosc-judykacyjna-w-kontekscie-523381029?fbclid=IwAR3fXFKYKmdjFuKqVZVI5WZGySYBOJyxBW28j-pVdTqeqNqbmKLxHK3IH0>.

⁷⁶ Si vedano, in proposito, i rilievi contenuti nel rapporto della commissione per gli affari legali e i diritti umani del Consiglio d'Europa, relatore Boriss CILEVIČS, doc. 14523 del 6 aprile 2018.

⁷⁷ *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, COM(2021)891 finale, del 14 dicembre 2021.

2016/399⁷⁸ permetterebbero di limitare il numero dei valichi di frontiera o il loro orario di apertura (fatti salvi i diritti dei richiedenti protezione internazionale) e di intensificare, se necessario, la sorveglianza di frontiera per far fronte all'accresciuta minaccia. In particolare, lo Stato membro interessato avrebbe la possibilità di rafforzare, se del caso, le risorse e i mezzi tecnici (quali droni e sensori di movimento, così come unità mobili) per impedire il passaggio non autorizzato della frontiera. Dopo la sua presentazione, il 26 gennaio è stato completato un primo esame del testo da parte del Consiglio, che ha proposto un primo progetto di compromesso su una parte del testo. Nel corso del dibattito sono stati discussi due temi principali, di cui si è tenuto conto nella proposta di compromesso: il primo riguarda i soggetti di cui tener conto nella definizione della strumentalizzazione (si propone di includere anche l'ipotesi di una strumentalizzazione da parte di soggetti non statali al fine di tener conto della realtà di un fenomeno che potrebbe subire un'evoluzione), e il secondo la possibilità di rendere più espliciti i mezzi di sorveglianza della frontiera esterna (art. 13), includendo espressamente la possibilità di erigere barriere fisiche alla frontiera⁷⁹. L'iter di approvazione è ancora lungo e occorrerà capire la posizione del Parlamento europeo. Ma il Consiglio appare orientato all'adozione, rafforzando ulteriormente modalità e meccanismi di reazione di fronte ad una "strumentalizzazione di migranti", sulla cui definizione non sembra siano stato sollevati profili sostanziali.

5. La proclamazione dello stato di emergenza e le limitazioni alle garanzie del diritto di asilo in Polonia, Lettonia e Lituania

Partendo da una comune qualificazione di tali accadimenti quale attacco ibrido, e facendo seguito alla proclamazione dello stato di emergenza, con l'intento di rafforzare il controllo dei confini, tutti e tre gli Stati coinvolti hanno progressivamente introdotto, a partire da agosto, delle modifiche legislative⁸⁰, che tuttavia intaccano sensibilmente le garanzie del diritto di asilo, andando a derogare obblighi configurati in termini "assoluti", quali il divieto di trattamenti inumani e degradanti, il principio di non respingimento e la proibizione di espulsioni collettive. La situazione presenta significativi profili di criticità soprattutto in Polonia, ove le norme introdotte con lo stato di emergenza si sono sommate alle nuove restrizioni anti-covid adottate ad agosto. Queste ultime consentono il respingimento e l'espulsione di tutte le persone, non incluse nelle categorie inserite in appositi elenchi, che hanno attraversato la frontiera dalla Russia, dalla Bielorussia o dall'Ucraina dopo il 20 agosto 2021 (a modifica delle norme del marzo 2020 e che già limitavano il passaggio solo ad alcune categorie di persone e soltanto attraverso specifici posti di frontiera). L'emendamento non solo si applica a qualsiasi valico di frontiera, ma anche "al di là dell'ambito territoriale del valico di frontiera", consentendo conseguentemente l'allontanamento di ogni persona identificata sul territorio della Polonia

⁷⁸ *Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)*, in GUUE L 77 del 23 marzo 2016, p. 77.

⁷⁹ Si veda il doc. 6222/1/22 del Consiglio, del 23.2.2022.

⁸⁰ Per una descrizione delle misure adottate nei tre Paesi si veda M. DEL MONTE e K. LUYTEN, *Emergency measures on migration*, European Parliamentary Research Service, dicembre 2021.

dopo aver attraversato la frontiera a far data da agosto, a meno che non rientri in una delle categorie escluse, tra le quali non figurano i richiedenti asilo⁸¹. In aggiunta, il 21 ottobre sono state emanate delle modifiche legislative nella materia della protezione internazionale (in vigore dal 25 ottobre) che permettono alle guardie di frontiera di respingere i migranti che hanno attraversato il confine in modo irregolare, consentendo il rigetto delle domande di asilo senza esame (salvo che i cittadini di paesi terzi possano dimostrare che stanno fuggendo direttamente da un paese in cui la loro vita o la loro libertà è minacciata da persecuzioni o dal rischio di gravi danni e sussistano motivi ragionevoli per essere entrati irregolarmente in Polonia). Nella misura in cui queste condizioni non sono sufficientemente soddisfatte, sono rinviati ai valichi di frontiera, applicandosi un divieto di reingresso "per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni". L'allontanamento è attuato sulla base di un'ordinanza disposta dalla locale guardia di frontiera, impugnabile dinanzi al comando della polizia di frontiera a Varsavia, ma senza effetto sospensivo⁸².

Biasimo per gli avvenimenti sopra descritti e le restrizioni adottate nei tre Stati di confine è stato espresso da più parti. UNHCR ha sottolineato che la strumentalizzazione di migranti e rifugiati per raggiungere fini politici è deplorabile: "approfittare della disperazione e della vulnerabilità di migranti e rifugiati offrendo loro promesse irrealistiche e fuorvianti è inaccettabile e ha gravi conseguenze umane"⁸³, richiamando nel contempo gli Stati dell'UE al rispetto dei propri obblighi internazionali in materia di asilo e formulando puntuali rilievi in relazione ai profili di contrasto sollevati dalle norme introdotte in Polonia⁸⁴. In particolare, UNHCR ha sottolineato che gli Stati sono tenuti a garantire alle persone che chiedono asilo l'accesso al loro territorio e a procedure eque ed efficienti prima di intraprendere azioni per il loro allontanamento. Nelle proprie considerazioni formali, UNHCR ha ribadito la propria posizione che uno Stato che riceve una richiesta d'asilo alle frontiere è tenuto a consentire l'ammissione, almeno su base temporanea, per esaminare la richiesta, in quanto il diritto di chiedere asilo e il principio di non respingimento sarebbero altrimenti privati di significato, richiamando i principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella controversa sentenza della Grande Camera in *N.D. e N.T. contro Spagna*⁸⁵. Pur avendo in quell'occasione

⁸¹ Per un esame delle norme introdotte in Polonia si veda l'analisi di G. BARANOWSKA, *The Deadly Woods: Legalizing pushbacks at the Polish-Belarusian border*, *VerfBlog*, 2021/10/29, disponibile su: <https://verfassungsblog.de/the-deadly-woods/>, DOI: 10.17176/20211029-182941-0.

⁸² J. DE CONINCK, *(Il-)Legal Gymnastics by Poland and Hungary in EU Border Procedures*, in *VerfBlog*, 2021/11/11, <https://verfassungsblog.de/il-legal-gymnastics-by-poland-and-hungary-in-eu-border-procedures/>, DOI: [10.17176/20211111-182426-0](https://doi.org/10.17176/20211111-182426-0).

⁸³ *UNHCR and IOM Call for immediate de-escalation at the Belarus-Poland border*, 9 novembre 2021, disponibile su: <https://www.unhcr.org/news/press/2021/11/618a63674/unhcr-iom-call-immediate-de-escalation-belarus-poland-border.html>

⁸⁴ UNHCR ha espresso critiche puntuali rispetto alle norme approvate in Polonia. Si veda il documento *UNHCR observations on the draft law amending the Act on Foreigners and the Act on Granting Protection to Foreigners in the territory of the Republic of Poland (UD265)*, disponibile su: <https://www.refworld.org/docid/61434b484.html>.

⁸⁵ Corte EDU, ric. n. 8675/15 e n. 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna*, [GC], 13 febbraio 2020. Il caso riguardava due ricorrenti, cittadini del Mali e della Costa d'Avorio, i quali il 13 agosto 2014, insieme ad un gruppo di circa 600 migranti, avevano tentato di attraversare la recinzione di confine dell'enclave spagnola di Mellilla in Marocco.

introdotto il discutibile criterio della responsabilità nella condotta dei richiedenti e attribuito rilevanza alla necessità e alla difficoltà degli Stati di proteggere i propri confini, specie ove siano esposti ad afflussi massicci di migranti, ai fini della valutazione della sussistenza di una violazione del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4, protocollo 4⁸⁶, la Corte sottolineò che "(...) l'efficacia dei diritti discendenti dalla CEDU richiede che (...) gli Stati rendano disponibile un accesso reale ed effettivo ai mezzi di ingresso legale, in particolare alle procedure di frontiera per coloro che sono arrivati alla frontiera. Questi mezzi dovrebbero permettere a tutte le persone esposte al rischio di persecuzione di presentare una domanda di protezione (...). In assenza di disposizioni adeguate, la conseguente possibilità per gli Stati di rifiutare l'ingresso nel loro territorio rischia di rendere inefficaci tutte le disposizioni della Convenzione volte a proteggere le persone che corrono un rischio reale di persecuzione⁸⁷.

Seppure un "diritto d'ingresso" per presentare la domanda di protezione internazionale non si possa ricavare da una lettura degli strumenti che compongono il sistema europeo di asilo, l'applicazione dei numerosi richiami al principio di non respingimento, in essi contenuti, porta ad escludere l'automatico rinvio dei cittadini di Paesi terzi che si presentino ai valichi di frontiera, in assenza dei requisiti prescritti per l'ingresso, qualora venga manifestata l'intenzione di presentare una domanda di protezione internazionale⁸⁸. Al contrario, in tal caso, si deduce l'obbligo delle guardie di frontiera di fornire adeguate informazioni e consentire la presentazione della domanda, da cui discende, ai sensi dell'art. 9 dir. 2013/32/UE, il diritto di rimanere nello Stato membro durante l'esame e in ogni caso l'avvio di una procedura formale di identificazione dello Stato competente all'esame della domanda, previa valutazione della situazione individuale del richiedente e dei rischi a cui potrebbe essere esposto in caso di

N.D e N.T. erano, quindi, stati fermati subito dopo dalla *Guardia Civil* spagnola, insieme a circa altre 70 persone dell'Africa subsahariana che erano riuscite a scavalcare le recinzioni, ed erano stati immediatamente "respinti" in Marocco, venendo consegnati alle autorità marocchine. In contrasto con la decisione resa da una Camera nel 2017, la Grande Camera ha ritenuto non sussistente la violazione del divieto di espulsione collettiva di cui all'art. 4, Protocollo 4, invocata dai ricorrenti per l'assenza di una valutazione individuale della loro situazione e di qualsiasi procedura o assistenza legale. In particolare, la Grande Camera aveva considerato che i ricorrenti si fossero messi in una situazione di illegalità allorché avevano deliberatamente tentato di entrare in Spagna, attraversando le strutture di protezione della frontiera di Melilla in un luogo non autorizzato, approfittando della numerosità del gruppo e usando la forza. Avevano quindi scelto di non utilizzare le procedure legali esistenti per entrare legalmente nel territorio spagnolo. Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la mancanza di decisioni individuali di allontanamento potesse essere attribuita al fatto che i ricorrenti non avevano fatto uso delle procedure ufficiali di ingresso esistenti a tal fine, e che quindi era stata una conseguenza del loro stesso comportamento. Nella misura in cui aveva constatato che la mancanza di una procedura individualizzata per il loro allontanamento era stata la conseguenza del comportamento dei ricorrenti stessi, la Corte non poteva ritenere lo Stato convenuto responsabile della mancanza di un rimedio giuridico a Melilla che permettesse loro di contestare tale allontanamento. La sentenza ha suscitato acceso dibattito in dottrina, in particolare, per il ricorso al criterio del comportamento del ricorrente, pur essendo l'art. 4, Protocollo 4, formulato in termini assoluti. Tra i numerosissimi commenti si veda P. PINTO DE ALBUQUERQUE, "*Figli di un dio minore': migranti e rifugiati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2/2021, p. 259 ss.

⁸⁶ Paragrafi 231-232.

⁸⁷ Paragrafi 171 e 209

⁸⁸ In merito alle condizioni di ingresso nell'Unione europea per i richiedenti protezione internazionale si veda S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

trasferimento, con la notifica di un provvedimento formale di trasferimento e il correlativo diritto di impugnazione. Utili indicazioni, che confermano tale interpretazione, si rinvencono nel *Manuale pratico per le guardie di frontiera* ad uso delle autorità competenti degli Stati membri per lo svolgimento del controllo di frontiera delle persone, ove si puntualizza che «la guardia di frontiera non può decidere di respingere un richiedente prima di aver consultato le competenti autorità nazionali responsabili per l'esame delle domande di protezione internazionale»⁸⁹.

Anche la Corte EDU ha puntualizzato che le disposizioni del diritto dell'Unione, tra cui il codice frontiere Schengen e la direttiva 2013/32/UE, accolgono chiaramente il principio di non respingimento, come garantito dalla Convenzione di Ginevra, e lo applicano anche alle persone che sono sottoposte a verifiche di frontiera prima di essere ammesse nel territorio di uno degli Stati membri. Tali disposizioni mirano chiaramente a fornire a tutti i richiedenti asilo un accesso effettivo alla procedura corretta attraverso la quale le loro domande di protezione internazionale possono essere esaminate⁹⁰. Così, ove le guardie di frontiera ignorino tali domande e non le trasmettano a un'autorità competente per l'esame e la determinazione dello status, come richiesto dal diritto nazionale e dalla direttiva sulle procedure d'asilo, rinviando i richiedenti verso il paese di provenienza, in assenza di un esame del rischio reale di subire maltrattamenti in quel paese, lo Stato commette una violazione dell'art. 3 della Convenzione⁹¹. In particolare nella pronuncia *D.A. e altri*⁹², resa nei confronti della Polonia solo qualche settimana prima dell'adozione delle misure restrittive, la Corte EDU ha constatato la violazione dell'art. 3 CEDU e 4, protocollo 4, in relazione al respingimento dei ricorrenti - cittadini siriani - al confine tra Polonia e Bielorussia, ai quali le autorità polacche avevano ripetutamente negato la possibilità di presentare domande di protezione internazionale, sussistendo una politica generale seguita dalle autorità polacche allo scopo di ridurre il numero di domande di asilo registrate in Polonia. La Corte ha affermato che lo Stato polacco avesse l'obbligo di garantire la sicurezza dei ricorrenti, in particolare permettendo loro di rimanere sotto la giurisdizione polacca fino al momento in cui le loro richieste fossero state adeguatamente esaminate da un'autorità nazionale competente. La Corte aveva puntualizzato che, tenuto conto della natura

⁸⁹ Manuale, punto 12.3. In proposito anche la *Guida pratica: l'accesso alla procedura di asilo*, predisposta da EASO e disponibile su <https://easo.europa.eu/sites/default/files/Practical%20Tools-%20Access%20To%20Procedures-Practical-Guide-IT.pdf.pdf>, fornisce alle guardie di frontiera le seguenti istruzioni: «Siate consapevoli che il vostro compito è di identificare quanti desiderano richiedere protezione internazionale, fornire loro le informazioni e rinviarli alle autorità competenti. Non è possibile negare a nessuno l'accesso alla procedura di asilo. Un rapido ed efficiente rinvio alle autorità competenti è fondamentale per assicurare che il diritto all'asilo sia garantito all'atto pratico. Non è vostra responsabilità valutare se la persona che avete davanti abbia necessità connesse alla protezione e se le/gli possa essere garantita la protezione internazionale».

⁹⁰ Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, ricorsi n. 40503/17, 42902/17 e 43643/17, sentenza del 23.7. 2020, par. 179 ss. E. FRASCA, *Efficacia dei diritti fondamentali nelle zone di frontiera: la Corte EDU ritorna sui respingimenti sommari nel caso D.A. e altri c. Polonia*, in ADiM BLOG, agosto 2021. A, FAZZINI, 'Buoni' e 'cattivi' alle frontiere terrestri: la progressiva definizione del divieto di espulsioni collettive a margine della sentenza M.K., in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 534 ss

⁹¹ Corte EDU, *M.A. e altri c. Lituania*, sent. dell'11 dicembre 2018, ric. n. 59793/17, §§ 113-115.

⁹² Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, sent. dell'8 luglio 2021, ric. n. 51246/17, §§ 64-70

assoluta del diritto garantito dall'articolo 3, la portata di tale obbligo non dipende dal fatto che i ricorrenti portino con sé documenti che li autorizzano ad attraversare la frontiera o che siano stati legalmente ammessi sul territorio nazionale per altri motivi⁹³, il che appare in evidente contrasto con i requisiti introdotti dalle modifiche legislative di ottobre. Né è stata ritenuta fondata l'argomentazione del governo convenuto secondo cui, rifiutando ai ricorrenti l'ingresso in Polonia, esso ha agito conformemente agli obblighi giuridici discendenti dal diritto UE in quanto "le disposizioni del diritto dell'Unione europea, tra cui il codice frontiere Schengen e la direttiva 2013/32/UE, abbracciano chiaramente il principio di non respingimento, come garantito dalla Convenzione di Ginevra, e lo applicano anche alle persone che sono sottoposte a verifiche di frontiera prima di essere ammesse nel territorio di uno degli Stati membri"⁹⁴. Tali disposizioni (i) sono chiaramente finalizzate a fornire a tutti i richiedenti asilo un accesso effettivo alla procedura corretta attraverso la quale le loro domande di protezione internazionale possono essere riesaminate⁹⁵ e (ii) obbligano lo Stato a garantire che gli individui che presentano domande di protezione internazionale siano autorizzati a rimanere nello Stato in questione fino a quando le loro domande siano riesaminate⁹⁶.

Sulla base della Convenzione, in assenza di un'apposita norma che sancisca il diritto di asilo (a differenza della CDFUE), la Corte non può arrivare ad affermare che tali condotte costituiscano una violazione di tale diritto. Rilievi che sono, però, stati sollevati dalla Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, dopo una visita al confine polacco a novembre. Sottolineando che se la situazione è il risultato delle azioni riprovevoli della Bielorussia (che però non è parte della Convenzione europea dei diritti umani⁹⁷), questo non esime la Polonia dal rispetto dei propri obblighi in materia di diritti fondamentali, la Commissaria ha constatato che "l'attuale legislazione polacca sull'accesso al territorio e la protezione internazionale, che permette il respingimento immediato alla frontiera di persone entrate nel territorio al di fuori dei valichi di frontiera ufficiali, mina il diritto di chiedere asilo e le garanzie cruciali ad esso associate, compreso il diritto a un rimedio effettivo"⁹⁸. Tra il 20 agosto e il 3 dicembre 2021, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha, peraltro, esaminato un totale di 69 richieste di misure provvisorie ex art. 39 presentate da un totale di 270 ricorrenti, in gran parte nei confronti della Polonia. Le misure, accordate in quasi tutti i casi esaminati (65 ricorsi), hanno incluso la richiesta ai governi dei Paesi interessati di fornire ai ricorrenti cibo, acqua, vestiti, cure mediche adeguate e, se possibile, un alloggio temporaneo per un periodo di tempo limitato. Sebbene in molti casi agli Stati in questione sia stato richiesto di sospendere

⁹³ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, citata, § 64 e *M.K. e altri c. Polonia*, citata, § 178

⁹⁴ Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, citata, § 66 e *M.K. e altri c. Polonia*, citata, §§ 78-84.

⁹⁵ Corte EDU, sentenza 21 ottobre 2014, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, ric. n. 16643/09, § 169.

⁹⁶ Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, citata, §§ 91 e 181.

⁹⁷ La Bielorussia è, però, parte del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che all'art. 7 sancisce il divieto di tortura e di pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti (ratificato nel 1973), della Convenzione *contro la tortura* ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti (ratificata nel 1987) e della Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato del 1951 e del relativo Protocollo del 1967 (ratificati nel 2001).

⁹⁸ *Commissioner calls for immediate access of international and national human rights actors and media to Poland's border with Belarus to end human suffering and violations of human rights*, 19 novembre 2021, disponibile su: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-calls-for-immediate-access-of-international-and-national-human-rights-actors-and-media-to-poland-s-border-with-belarus-in-order-to-end-hu> .

l'esecuzione dell'espulsione, la Corte ha puntualizzato, cionondimeno, che questa misura non comporta alcun obbligo di far entrare i richiedenti nei rispettivi territori, richiamando i consueti principi circa il diritto degli Stati, in virtù di consolidato principio del diritto internazionale, di controllare l'ingresso, il soggiorno e l'espulsione di stranieri⁹⁹. Pur in assenza di un diritto di ingresso sul territorio, la violazione degli artt. 3 e 13 CEDU, nonché 4, prot. 4, per il mancato accesso alle procedure di asilo da parte delle autorità polacche, alle quali si contesta anche la violazione dell'art. 3 per le condizioni materiali e sanitarie a cui sono stati esposti i ricorrenti, sarà esaminato dalla Corte nel caso *R.A. e altri contro la Polonia*¹⁰⁰, relativo a 32 cittadini afgani, che avrebbero attraversato il confine polacco-bielorusso ad agosto venendo coattivamente respinti in Bielorussia dalle guardie di frontiera polacche. Particolarmente interessante sarà la valutazione della Corte rispetto all'assolutezza dei diritti in questione, in considerazione della situazione emergenziale ed eccezionale al confine.

6. Le iniziative poste in essere dall'Unione europea

La reazione dell'Unione europea si è articolata in una pluralità di direzioni, descritte analiticamente nella citata comunicazione della Commissione pubblicata a fine novembre "*Risposta alla strumentalizzazione dei migranti avallata dallo Stato alle frontiere esterne dell'UE*". In precedenza, la Commissione aveva già identificato alcune linee d'azione per il contrasto alla strumentalizzazione dei migranti, insistendo in particolare sulla cooperazione con i paesi terzi direttamente coinvolti, nel rinnovato piano d'azione contro il traffico di migranti (2021-2025)¹⁰¹, adottato a settembre, e in cui era dato atto della situazione alla frontiera con la Bielorussia, inquadrata come una forma di sfruttamento della migrazione irregolare.

⁹⁹ Si veda il comunicato stampa "Requests for interim measures concerning the situation at the borders with Belarus", del 21 febbraio 2022, ECHR 051 (2022). Tredici delle richieste sono state ricevute tra il 20 agosto e il 31 ottobre 2021, e 34 tra novembre e dicembre. Delle 69 richieste esaminate 65 sono state presentate contro la Polonia, 3 contro la Lituania e una contro la Lettonia.

¹⁰⁰ Il caso *R.A. e altri contro la Polonia*, ric. n. 42120/21, riguarda 32 cittadini afgani ospitati per circa sette settimane nel campo di fortuna al confine tra Bielorussia e Polonia vicino al villaggio polacco di Usnarsz Górny. I ricorrenti sostengono di aver attraversato il confine bielorusso-polacco nella foresta intorno all'8 agosto 2021 prima di essere respinti con la forza in Bielorussia dalle guardie di frontiera polacche, rimanendo da allora bloccati, in condizioni sanitarie e umanitarie critiche, tra le guardie di frontiera bielorusse, da un lato, e la polizia polacca, dall'altro. Il ricorso è stato presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 20 agosto 2021, accompagnato dalla richiesta di misure provvisorie (articolo 39 del regolamento della Corte). I ricorrenti lamentano di essere stati privati dalle autorità polacche dell'accesso alle procedure di asilo e di essere esposti al rischio, in caso di rimpatrio in Afghanistan, da cui sono fuggiti quando i Talebani hanno preso il potere, di un trattamento contrario all'art. 3 Convenzione. Essi lamentano anche il rischio di respingimento a catena se inviati in Bielorussia, in quanto sostengono che non sarebbe un paese sicuro per loro. Ai sensi dell'articolo 3 in combinato disposto con l'articolo 2 (diritto alla vita), essi lamentano le loro condizioni materiali e condizioni sanitarie e del perdurare della mancata applicazione da parte della Polonia del provvedimento provvisorio indicato dalla Corte il 25 agosto 2021. Essi lamentano, inoltre, che nessun mezzo di ricorso effettivo era a loro disposizione in merito alla violazione dell'articolo 3 e 13 CEDU e dell'articolo 4 del Protocollo n. 4.

¹⁰¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025)*, COM(2021) 591 finale del 29 settembre 2021.

In particolare, in aggiunta alle succitate sanzioni nei confronti della Bielorussia, ritenuta direttamente responsabile della situazione, il 9 novembre 2021 il Consiglio ha adottato una sospensione parziale dell'accordo UE-Bielorussia relativo alla facilitazione del rilascio dei visti¹⁰² per i funzionari collegati al regime bielorusso (membri di delegazioni ufficiali bielorusse; membri dei governi e dei parlamenti nazionali e regionali della Bielorussia, della Corte costituzionale e della Corte suprema della Bielorussia). A fine novembre la Commissione ha, inoltre, pubblicato una proposta di regolamento che introduce misure nei confronti degli operatori di trasporto che agevolano o praticano la tratta di persone o il traffico di migranti in relazione all'ingresso illegale nel territorio dell'Unione europea¹⁰³. Le misure prospettate includono la sospensione del diritto di prestare servizi di trasporto da e verso l'Unione nonché al suo interno, la sospensione del diritto di sorvolare il territorio dell'Unione; la sospensione del diritto di fare rifornimento o di effettuare la manutenzione all'interno dell'Unione; la sospensione delle licenze o delle autorizzazioni concesse a norma del diritto dell'Unione che consentono l'esercizio all'interno dell'Unione o lo svolgimento di attività di trasporto internazionale di passeggeri.

Ma l'UE ha anche fatto pressione sui paesi terzi tanto per impedire i viaggi verso la Bielorussia quanto per assicurare rapidi rimpatri. In autunno l'alto Rappresentante, Josep Borrell, ha incontrato i ministri degli esteri di Kazakistan, Kirghizistan e Tagikistan e il vice ministro degli esteri del Turkmenistan, per chiedere il loro sostegno, e in particolare l'Uzbekistan ha accettato di impedire ai passeggeri provenienti da Afghanistan, Iraq, Libano, Libia, Siria e Yemen di viaggiare in Bielorussia. A novembre il vicepresidente della Commissione europea, Schinas, si è recato in Iraq, Libano, Emirati Arabi e Turchia e diverse compagnie aeree di questi Paesi hanno annunciato che non avrebbero più accettato cittadini siriani, iracheni o afgani sui propri voli diretti a Minsk. Le discussioni con l'Iraq si inseriscono in un contesto più ampio, che già dalla primavera 2021 aveva fatto ipotizzare l'avvio della procedura a norma dell'articolo 25 bis del nuovo codice dei visti¹⁰⁴ (che dal 2020 prevede la possibilità di restringere le condizioni per il rilascio dei visti nei confronti dei cittadini dei Paesi che non collaborano adeguatamente alla riammissione¹⁰⁵). Così dal 6 agosto 2021 sono stati sospesi i voli (diretti e con scalo in paesi terzi) dall'Iraq alla Bielorussia e, da novembre, è stato avviato il rimpatrio dei cittadini iracheni con voli di ritorno dalla Bielorussia, la Lituania e la Polonia. In proposito la Commissione ha reso disponibili fino a 3,5 milioni di EUR per agevolare i rimpatri volontari assistiti, a copertura dei costi del rimpatrio e del reinserimento

¹⁰² Comunicato stampa, *Bielorussia: il Consiglio sospende le disposizioni sulla facilitazione del rilascio dei visti per i funzionari del regime bielorusso*, 9 novembre 2021, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/11/09/belarus-council-suspends-visa-facilitation-provisions-for-officials-of-the-belarus-regime/>.

¹⁰³ *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a misure nei confronti degli operatori di trasporto che agevolano o praticano la tratta di persone o il traffico di migranti in relazione all'ingresso illegale nel territorio dell'Unione europea*, COM(2021) 753 finale del 23.11.2021.

¹⁰⁴ Si veda la *proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa alla sospensione di alcune disposizioni del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio nei confronti dell'Iraq*, COM(2021) 414 finale del 15.7.2021.

¹⁰⁵ In proposito si veda S. F. NICOLSI, *Refashioning the EU Visa Policy: A New Turn of the Screw to Cooperation on Readmission and to Discrimination?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, Vol 22, I. 4, p. 467 ss.

nei paesi di origine, nonché dell'assistenza umanitaria, medica e legale essenziale durante la permanenza sul territorio della Bielorussia.

L'Unione europea ha, inoltre, fornito un sostegno pratico-operativo, anche tramite il dislocamento di personale di Frontex, Europol, EASO, ai tre Stati membri direttamente interessati. Sebbene occorra sottolineare che la Polonia ha rifiutato il supporto offerto da Frontex per il dislocamento alla propria frontiera (rimasta, quindi, impenetrabile¹⁰⁶), richiedendolo solo per l'esecuzione dei rimpatri¹⁰⁷. Sono, inoltre, stati mobilitati fondi aggiuntivi. In particolare, a favore della Lituania sono stati erogati circa 37 milioni di euro attraverso un aiuto di emergenza stanziato tramite il Fondo asilo, migrazione e integrazione e 700.000 euro sono stati resi disponibili per garantire supporto umanitario ai migranti bloccati in Bielorussia.

A luglio era stato attivato dalla Lituania il meccanismo europeo di protezione civile e 19 Stati membri, insieme alla Norvegia, hanno messo a disposizione tende, letti e biancheria, sistemi di riscaldamento, generatori elettrici, razioni alimentari e altre forme di assistenza in natura, con il coordinamento della Commissione. Al meccanismo europeo di protezione civile di cui all'art. 196 Tfu si è fatto ricorso ripetutamente in questi anni di fronte a situazioni di pressione migratoria¹⁰⁸.

A gennaio 2022, è stato inoltre istituito un meccanismo per il coordinamento operativo della dimensione esterna della migrazione (Mocadem)¹⁰⁹. Non si tratta di un meccanismo appositamente predisposto per affrontare la situazione al confine bielorusso, ma che potrebbe avere dei riflessi anche in queste situazioni. L'istituzione del Mocadem fa seguito all'invito rivolto dal Consiglio europeo del 24 e 25 giugno 2021 a intensificare i partenariati e la cooperazione con i paesi di origine e di transito al fine, tra l'altro, di ridurre la pressione alle frontiere europee, "secondo un approccio pragmatico, flessibile e su misura, utilizzando in modo coordinato tutti gli strumenti e gli incentivi disponibili a livello dell'Unione e degli Stati membri". Il meccanismo di funzionamento, delineato all'art. 3, prevede che qualora la situazione delle relazioni nel settore della migrazione tra l'Unione europea e un paese terzo abbia un impatto tale da richiedere un coordinamento e una risposta tempestiva da parte dell'Unione, la presidenza può convocare, con l'assistenza e la consulenza del segretariato generale del Consiglio, una tavola rotonda Mocadem, con lo scopo di sintetizzare le informazioni e le proposte politiche fornite dai vari organi preparatori del Consiglio, come pure da altre parti invitate, basandosi, in particolare, sulle sintesi operative elaborate dal gruppo di lavoro del Consiglio «Aspetti esterni dell'asilo e della migrazione» e sui pertinenti lavori svolti

¹⁰⁶ *Bielorussia: Ue, Polonia sia trasparente, lasci entrare Frontex*, 9 novembre 2021, <https://www.ansa.it/europa/notizie/rubriche/altrenews/2021/11/09/ue-preoccupati-da-legge-asilo-in-polonia-ma-sono-in-corso-analisi-7a300718-10fc-410c-84a9-00eeb3ac8062.html>

¹⁰⁷ *Frontex to assist Poland in return operations of migrants?*, 23 ottobre 2021, disponibile su: <https://www.polskieradio.pl/395/7784/Artykul/2832353,Frontex-to-assist-Poland-in-return-operations-of-migrants>.

¹⁰⁸ F. CASOLARI, *L'assistenza umanitaria agli Stati membri dell'Unione e la questione migratoria. Osservazioni critiche a margine del regolamento 2016/369*, in F. CORTESE - G. PELACANI (a cura di), *Il diritto in migrazione Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, 2017.

¹⁰⁹ *Decisione di esecuzione (UE) 2022/60 del Consiglio del 12 gennaio 2022 relativa al meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione*, in GUUE L 10, 17.1.2022, p. 79 ss.

da altri gruppi di lavoro del Consiglio (quali il gruppo di lavoro «Visti», il gruppo di lavoro «Integrazione, migrazione e espulsione», il gruppo di lavoro «Cooperazione allo sviluppo e partenariati internazionali», o i gruppi di lavoro geografici). Essa prepara azioni operative da proporre al Comitato dei rappresentanti permanenti (Coreper), in qualsiasi settore pertinente alle relazioni tra l'Unione europea e il paese terzo interessato nel settore della migrazione. Come affermato in un documento del Consiglio¹¹⁰, il Moadem, che è stato prontamente utilizzato per l'Iraq anche in considerazione dei voli aerei che hanno trasportato i migranti in Bielorussia e della cooperazione attuata per il rimpatrio, “riunisce gli sforzi degli Stati membri e delle istituzioni”, con ciò evidenziando la sempre maggiore attenzione rispetto alla gestione dell’immigrazione in capo agli Stati membri. .

7. Il ricorso al meccanismo per far fronte a una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi di cui all’art. 78, par. 3, Tfu

Facendo seguito all’invito rivolto alla Commissione dal Consiglio europeo nelle sue conclusioni del 22 ottobre, in cui si richiedeva di proporre eventuali modifiche legislative, il 1° dicembre la Commissione ha presentato una proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia¹¹¹, predisposta tenendo conto delle richieste specifiche dei tre Stati membri in questione. Si tratta di misure straordinarie ed eccezionali, fondate sull’art. 78, par. 3, Tfu, volte ad istituire una procedura di emergenza, applicabile ai cittadini di paesi terzi fermati o trovati nelle vicinanze della frontiera con la Bielorussia dopo un ingresso illegale o presentatisi ai valichi di frontiera. Dall’introduzione di tale disposizione con il Trattato di Lisbona nel 2007 (che ha sostituito, con alcune modifiche, il precedente art. 64, par. 2, TCE) è la seconda volta che l’Unione europea ricorre a tale previsione. La prima volta vi fu fatto ricorso con l’adozione delle due decisioni sul ricollocamento nel 2015¹¹², nel contesto della c.d. crisi dei migranti, con le quali si prevedeva un meccanismo di redistribuzione dei richiedenti protezione internazionale giunti in quei mesi in Italia e Grecia, negli altri Stati membri, in deroga agli ordinari criteri di competenza fissati per l’esame delle domande dal c.d. regolamento Dublino.

In questo caso, però, la possibilità offerta dall’art. 78, par. 3, Tfu viene utilizzata non per alleviare le sofferenze dei migranti accampati al gelo al confine bielorusso, nonché gli oneri dei tre Stati membri interessati, attraverso una redistribuzione tra gli tutti gli Stati membri in ossequio al principio di solidarietà sancito all’art. 80 Tfu¹¹³, bensì per giustificare la deroga,

¹¹⁰ *Migration and asylum: follow-up to the COREPER discussion on 28 January*, doc. 5917/22, 8 febbraio 2022.

¹¹¹ *Proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia*, COM(2021) 752 finale dell’1.12.2021.

¹¹² *Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, in GUUE L 239 del 15.9.2015, p. 146 ss. e *decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia*, in GUUE L 248 del 24.9.2015, p. 80 ss.

¹¹³ Sull’art. 80 Tfu e la clausola di solidarietà si veda G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, 2018. Sui possibili meccanismi di ripartizione dei richiedenti:

per un periodo di sei mesi, alle ordinarie disposizioni contenute, in particolare, nella direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure)¹¹⁴, in quanto, come si legge nella relazione di accompagnamento, “le disposizioni della direttiva procedure non sono concepite per gestire situazioni in cui l'integrità e la sicurezza dell'Unione sono sotto attacco a seguito della strumentalizzazione dei migranti”. Quanto all'eccezionalità della situazione caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi, che costituisce il presupposto per azionare tale meccanismo, essa viene dalla Commissione individuata nella modalità dell'afflusso riconducibile alla c.d. strumentalizzazione dei migranti. Tuttavia, se l'articolo 78, paragrafo 3, TFUE non definisce la natura delle «misure temporanee» che possono essere adottate in forza di tale disposizione e che possono in via di principio derogare anche a disposizioni di atti legislativi, a condizione che simili deroghe siano circoscritte sotto il profilo del loro ambito di applicazione sia sostanziale che temporale, la Corte di giustizia ha puntualizzato che per qualificarsi come «improvviso», ai sensi dell'articolo 78, paragrafo 3, TFUE, “un afflusso di cittadini di paesi terzi di deve essere tale da rendere impossibile il funzionamento normale del regime comune di asilo dell'Unione”¹¹⁵. I numeri (alcune migliaia) sono, indubbiamente, significativamente inferiori al flusso di quasi due milioni di persone che giunsero nel contesto della c.d. crisi dei migranti nel biennio 2015-2016 e appare difficile sostenere che siano di tali proporzioni da rendere impossibile il funzionamento del sistema di asilo dei Paesi coinvolti. Il ricorso a tale disposizione appare, quindi, fondato su esigenze diverse (la difesa e la sicurezza dell'Unione e dei suoi confini), rispetto a quelle sottostanti a tale disposizione.

Le modifiche proposte riguardano i termini e le modalità di registrazione delle domande (limitando la possibilità di presentare le domande solo in alcuni posti di frontiera specificati e concedendo alle autorità un termine di 4 settimane per la registrazione, in deroga all'attuale termine variabile tra i 3 e i 10 giorni), la possibilità di applicare la procedura accelerata di frontiera a tutte le domande e non solo in un numero limitato di casi, come previsto attualmente, nonché di estenderne la durata del termine per l'esame da 4 a 16 settimane, ma anche di limitare l'effetto sospensivo automatico di un ricorso, a tutte le procedure di frontiera, conferendo a un giudice il potere di decidere se il richiedente possa rimanere o meno nel territorio fino all'esito dell'eventuale decisione sull'appello. Ulteriori deroghe sono previste con riferimento anche alle condizioni materiali di accoglienza (consentendo di soddisfare soltanto le esigenze essenziali) e alle condizioni per il rimpatrio per i cittadini di paesi terzi e gli apolidi la cui domanda di protezione internazionale sia stata respinta.

C. FAVILLI. *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, pp. 1 ss.

¹¹⁴ *Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*, in *GUUE L 180*, del 29.6.2013, p. 60 ss.

¹¹⁵ Corte di giustizia, Sentenza del 6 settembre 2017, *Repubblica slovacca e Ungheria contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-643/15 e C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, in particolare punti 72-75 e 114. Per un commento si vedano B. DE WITTE, L. TSOURDI, *Confrontation on relocation - The Court of Justice endorses the emergency scheme for compulsory relocation of asylum seekers within the European Union: Slovak Republic and Hungary v. Council*, in *Common Market Law Review*, 2018, Vol. 55, n° 5, p.1457 ss.; H. LABAYLE, *Le principe de solidarité en matière d'asile devant la Cour de justice, de la coupe aux lèvres*, in *La Semaine Juridique - édition générale*, 2017, n° 47, p.2113 ss.

Il Consiglio ha avviato l'esame della proposta pochi giorni dopo la sua presentazione. Se nella prima riunione svoltasi il 6 dicembre la Polonia ha manifestato scetticismo, ritenendo le soluzioni contenute insufficienti¹¹⁶, e chiedendo successivamente di inserire una modifica nel testo per legittimare la possibilità di presentare la domanda di asilo da parte dei migranti che hanno attraversato irregolarmente la frontiera solo in valichi designati¹¹⁷, le principali organizzazioni della società civile hanno manifestato un atteggiamento molto critico, stigmatizzando le restrizioni al diritto di asilo ivi contenute¹¹⁸. La procedura di cui all'art. 78 par. 3, Tfeue, su cui la proposta si basa, richiede peraltro l'approvazione solo da parte del Consiglio a maggioranza qualificata, con il solo parere consultivo del Parlamento europeo¹¹⁹, che non può pertanto opporsi all'adozione. Per il momento il servizio legale del Parlamento europeo, interpellato dalla commissione LIBE, non ha escluso la possibilità di ricorrere all'articolo 78, paragrafo 3, del TFUE per affrontare una situazione di emergenza, come quella individuata nella proposta della Commissione, in cui l'impatto sul funzionamento del sistema di asilo negli Stati membri interessati deriva da un insieme complesso di circostanze, di cui l'afflusso di cittadini di paesi terzi in tali Stati membri è solo un elemento, richiedendo al Consiglio (in sede di eventuale approvazione) di puntualizzare adeguatamente il rapporto diretto tra le restrizioni introdotte agli artt. 4, 6 e 8 della proposta e il funzionamento del sistema di asilo nei tre Paesi beneficiari.

La presidenza francese ha proposto un testo di compromesso che, nel sottolineare il sensibile aumento delle domande di protezione internazionale nei tre Stati membri tale da ripercuotersi sul funzionamento del sistema di asilo, ha ulteriormente irrigidito il testo proposto dalla Commissione, prevedendo, tra l'altro, che tutte le domande presentate alla frontiera possano essere decise nel merito e che la trattazione prioritaria delle domande che appaiono *prima facie* fondate sia solo opzionale e non obbligatoria. Sarebbero, però, rimosse le deroghe

¹¹⁶ Agence Europe, *Poland unhappy with Commission's proposed solutions to help manage situation on border with Belarus*, 7.12.2021, disponibile su: <https://agenceurope.eu/en/bulletin/article/12848/11>.

¹¹⁷ *Poland and Hungary go hard on Belarus migrants*, 24.1.2022, in euobserver.com. Per una descrizione delle reazioni alla proposta si veda M. DEL MONTE, K. LUYTEN, *Emergency measures on migration*, EPRS | European Parliamentary Research Service, 15 dicembre 2021, disponibile su: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document/EPRS_BRI\(2021\)698851](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document/EPRS_BRI(2021)698851).

¹¹⁸ Le organizzazioni della società civile avevano già pubblicato una dichiarazione congiunta chiedendo il ripristino delle garanzie sul diritto di asilo e richiamando l'Unione europea ai propri valori, *Joint Statement: Call on the EU: Restore Rights and Values at Europe's Borders*, del 29 novembre 2021, disponibile su: <https://www.nrc.no/news/2021/november/joint-statement-call-on-the-eu-restore-rights-and-values-at-europes-borders/>

¹¹⁹ Per un commento si veda E. DE CAPITANI, *Belarus Crisis : Should also the European Parliament ask the Commission to withdraw its art.78.3 TFEU Proposal ?*, 14 dicembre 2021, disponibile su: <https://free-group.eu/2021/12/14/belarus-crisis-should-also-the-european-parliament-ask-the-commission-to-withdraw-its-art-78-3-tfeu-proposal/>.

rispetto alla direttiva rimpatri¹²⁰. Tuttavia, non è stato possibile raggiungere un accordo per la ferma opposizione della Polonia e il testo potrebbe essere abbandonato¹²¹.

Ma la questione resta aperta in quanto a metà dicembre la Commissione aveva presentato una proposta di regolamento relativo alle situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo¹²², che nella sostanza riproduce, rendendole stabili, le deroghe contenute nella proposta di decisione, la quale, essendo legata ad una situazione eccezionale, ha natura temporanea. La proposta istituisce una procedura di gestione delle emergenze in materia di migrazione e di asilo, in una situazione riconducibile alla strumentalizzazione dei migranti, per i cittadini di paesi terzi e gli apolidi fermati o trovati in prossimità della frontiera con un paese terzo, dopo un attraversamento non autorizzato o dopo essersi presentati ai valichi di frontiera, prevedendone l'attuazione con la previa comunicazione alla Commissione da parte dello Stato interessato e la successiva adozione di una decisione da parte del Consiglio. Occorre, peraltro, ricordare che nel 2020, nell'ambito del nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, la Commissione aveva presentato una proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo¹²³. La necessità di un'ulteriore proposta, spiegata dalla Commissione nelle premesse, si giustifica in quanto “le misure contenute nella proposta del 2020 concernente le situazioni di crisi non sono state concepite per gestire situazioni in cui l'integrità e la sicurezza dell'Unione sono sotto attacco a seguito della strumentalizzazione dei migranti”. Nonostante alcune similitudini (ad es. il più ampio ricorso alla procedura di frontiera, seppure in misura più limitata rispetto al caso di strumentalizzazione, e l'estensione del termine per la registrazione delle domande), la proposta del 2020 conteneva maggiori garanzie. Tra queste, in particolare, la possibilità di sospendere l'esame delle domande di protezione e concedere lo status di protezione immediata, di durata limitata, ai migranti esposti ai maggiori rischi di subire violenza indiscriminata, in situazioni eccezionali di conflitto

¹²⁰ Per l'illustrazione di tutte le proposte della presidenza francese si veda S. PEERS su <https://twitter.com/StevePeers/status/1486287361218691074?s=20>, 26 gennaio 2022.

¹²¹ Agence Europe, *No agreement in EU Council on exceptional measures for Poland, Lithuania and Latvia, which Warsaw still considers insufficient*, 28 gennaio 2022.

¹²² *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo*, COM(2021) 890 finale del 14 dicembre 2021.

¹²³ *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo*, COM(2020) 513 finale del 23 settembre 2020. Ai sensi dell'art. 1 della proposta, le situazioni di crisi consistono in “una situazione eccezionale di afflusso massiccio di cittadini di paesi terzi o di apolidi arrivati in modo irregolare in uno Stato membro o sbarcati sul suo territorio a seguito di operazioni di ricerca e soccorso, la cui entità, in proporzione alla popolazione e al PIL dello Stato membro interessato, rende inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio dello Stato membro in questione e può avere gravi conseguenze sul funzionamento del sistema europeo comune di asilo o del quadro comune definito dal regolamento (UE) XXX/XXX [*gestione dell'asilo e della migrazione*], oppure (b) un rischio imminente che si verifichi una tale situazione”. La proposta non chiarisce, invece, il significato di situazione di forza maggiore. Per un commento sulla proposta si vedano C. FRATEA, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *I Post di AISDUE*, III (2021), aisdue.eu, Focus “La proposta di Patto su immigrazione e asilo”, n. 10, 26 gennaio 2021; S. VILLANI, *Il fenomeno migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2021, p. 388 ss.

armato, che non sono in condizione di ritornare nel loro paese di origine (art. 10)¹²⁴. Era, inoltre, introdotto uno specifico meccanismo di solidarietà tra Stati membri. Nei confronti dei migranti oggetto di una strumentalizzazione, e pertanto vittime di una strategia politica preordinata a “destabilizzare l’Unione europea o uno Stato membro”¹²⁵ ed esposte a gravi rischi, costrette tra due “fuochi”, si applicano modalità più restrittive, né si prevedono la possibilità di offrire una protezione immediata e meccanismi di solidarietà, per una ripartizione dei migranti tra Stati membri. Sembra, pertanto, che l’intento repressivo avverso tale tipologia di minaccia si ripercuota in maniera più diretta nei confronti delle persone, pur indotte fraudolentemente a spostarsi da uno Stato terzo. Rilievi e richieste di chiarimenti, in particolare, quanto alla sussistenza dei presupposti per l’attuazione del meccanismo previsto e alle restrizioni in materia di asilo, sono stati indirizzati dal Parlamento olandese alla Commissione europea¹²⁶.

8. Considerazioni conclusive

Dalla ricostruzione sopra riportata emerge la complessità della situazione, che suscita una serie di interrogativi e di rilievi. Sono evidenti le difficoltà legate alla gestione delle c.d. minacce ibride, specie se consistenti, come in questo caso, nella strumentalizzazione a fini politici di civili, la cui incolumità è messa seriamente a repentaglio ed andrebbe, invece, tutelata, anche in uno scenario “bellico”.

Per quanto attiene al comportamento della Bielorussia, esso pone in luce una nuova sfida, laddove la migrazione non rileva più solo in termini di gestione e controllo dei flussi, ma diventa strumento di intimidazione e minaccia internazionale. Non è certamente una novità il ricorso alla “leva” migratoria (con – secondo i casi - l’attenuazione o l’irrigidimento dei controlli sui flussi in partenza), quale espediente di pressione (si può ricordare l’atteggiamento della Libia sotto il regime di Gheddafi o la grave situazione occorsa al confine greco-turco nel febbraio 2020, allorché alcune decine di migliaia di profughi siriani e curdi si radunarono nel tentativo di attraversamento, dopo che il Presidente turco Erdoğan, lamentando che l’UE non aveva sostenuto gli sforzi militari turchi in Siria, in particolare nella regione di Idlib, affermò che non sarebbe più stato impedito ai migranti presenti sul proprio territorio di raggiungere l’Europa, con l’ordine alla polizia di frontiera di non intervenire)¹²⁷. Ma certo l’inganno deliberato di persone, incoraggiate a partire in aereo dai propri Paesi con vane speranze, condotte alla frontiera con l’intento di indurre l’UE a desistere dalle sanzioni internazionali adottate contro un regime antidemocratico, rappresenta un precedente grave. Un comportamento che dimostra lo spregio per la vita e l’incolumità delle persone tra cui, occorre sottolinearlo, moltissime famiglie con bambini piccoli e donne incinte, considerati meri strumenti di pressione.

¹²⁴ Sullo status di protezione immediata si veda R. PALLADINO, *The “immediate protection” status under the new pact on migration and asylum: some remarks*, in *Journal Of Mediterranean Knowledge*, 6(2), p. 361 ss.

¹²⁵ Si veda la definizione di strumentalizzazione contenuta nella proposta di modifica del codice frontiere Schengen, COM(2021) 891 finale, cit.

¹²⁶ Si veda il doc. 6196/22 del Consiglio, dell’11 febbraio 2022, disponibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_6196_2022_INIT&from=EN

¹²⁷ In merito al ricorso alla migrazione e alle crisi dei rifugiati come strumento di pressione politica nelle relazioni internazionali si veda l’analisi di K. M. GREENHILL, *Weapons of Mass Migration: Forced Displacement, Coercion, and Foreign Policy*, New York, 2010.

Ma profili altrettanto problematici si pongono anche per quanto attiene alla gestione della situazione da parte dell'Unione europea, nel suo complesso e in relazione alle condotte poste in essere dagli Stati membri coinvolti. Come si è detto tutti e tre gli Stati membri (Polonia, Lituania e Lettonia) hanno reagito con la dichiarazione dello stato di emergenza nelle zone di confine interessate dai movimenti, impedendo l'accesso ai non residenti e così limitando la possibilità di intervento ad operatori umanitari e dell'informazione, ma anche introducendo modifiche alle normative in vigore, che nella materia dell'asilo sono peraltro attuative delle direttive e dei principi discendenti dal diritto UE. Tali modifiche consentono di non ricevere le domande di protezione e di eseguire i respingimenti, in assenza di adeguate verifiche sulle rispettive situazioni individuali e, in definitiva sul rispetto del principio di *non-refoulement*, che pure vincola in termini assoluti (non tollerando eccezioni, né deroghe) tanto l'azione dell'Unione quanto quella degli Stati membri, in virtù del Tfeue e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (oltre che evidentemente della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato, che ammette eccezioni solo in limitatissime circostanze, e della Convenzione europea dei diritti fondamentali: convenzioni di cui i tre Stati UE sono parti)¹²⁸. Rigoroso, in tal senso, è stato il ricordato richiamo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa.

L'Unione europea, dopo aver condannato i comportamenti (ricondotti alla responsabilità) del governo bielorusso ed aver posto in essere una serie di azioni per limitare nuovi arrivi e rimpatriare i migranti, non ha parimenti espresso disappunto per il contrasto delle modifiche introdotte dai suddetti Stati membri con le norme UE, bensì ha proposto misure straordinarie, elaborate alla luce proprio delle richieste da questi Stati avanzate, che nella sostanza sospendono diverse previsioni vigenti nella materia dell'asilo e di fatto ne legittimano le scelte. Se il ricorso ai migranti come arma di pressione non può in alcun modo essere tollerato, questo non può nondimeno legittimare condotte in palese contraddizione con gli obblighi di rispetto dei diritti fondamentali. I migranti divengono vittime su entrambi i fronti, in quanto strumentalizzati senza scrupoli e umanità per fini politici, da una parte, e in quanto privati di rilevanti garanzie del diritto di asilo, dall'altra parte¹²⁹. Se pure se ne possano comprendere le ragioni, consistenti nell'evitare di incoraggiare il ricorso a tale arma di pressione in futuro, può una situazione pure riconducibile ad un contesto di c.d. guerra ibrida, consentire la sospensione di garanzie fondamentali? Utili spunti potrebbero venire dalla Corte EDU, come si è detto a chiamata a pronunciarsi su un ricorso introdotto da 32 cittadini afgani nel caso *R.A. e altri contro la Polonia*, anche rispetto ad una giurisprudenza in relazione all'attraversamento non autorizzato delle frontiere apparsa oscillante negli ultimi anni.

Né si può omettere di considerare la complessità delle relazioni tra l'Unione europea e la Polonia, culminate nella pronuncia della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre¹³⁰ (e quindi

¹²⁸ L. MAJETSCHAK, L. RIEMER, *Poland's Power Play at its Borders Violates Fundamental Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 16 novembre 2021, disponibile su: <https://www.ejiltalk.org/polands-power-play-at-its-borders-violates-fundamental-human-rights-law/>.

¹²⁹ Si vedano i rilievi di S. MARINAI, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in ADIMblog, 28 dicembre 2021, disponibile su: <http://www.adimblog.com/2021/12/28/lunione-europea-risponde-alla-strumentalizzazione-dei-migranti-ma-a-quale-prezzo/>.

¹³⁰ Decisione del 7 ottobre 2021 K3/21.

nel pieno della crisi alla frontiera bielorusse), che ha dichiarato l'art. 1, primo e secondo par., in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, del TUE, e gli artt. 2 e 19, primo par., incompatibili con la Costituzione polacca¹³¹. Legittimo è il dubbio che l'accondiscendenza della UE rispetto alle restrizioni introdotte dallo Stato membro in questione costituiscano un tentativo di non esacerbare lo scontro, contenerne l'*escalation*¹³², concedendo su alcuni aspetti. Un'ulteriore conferma di un approccio al tema della migrazione, a livello europeo, sempre più assoggettato ad esigenze di *realpolitik*¹³³.

Poiché le pressioni alle frontiere dell'Europa provengono da diversi fronti, e situazioni di tale gravità potranno nuovamente ripetersi nel prossimo futuro, anche alla luce di uno scenario geopolitico di cui si prospetta la profonda trasformazione proprio a seguito dell'invasione russa in Ucraina, è opportuno che tale vicenda sollevi una riflessione approfondita sulle modalità di prevenzione e risposta a questa tipologia di circostanze e forme di pressione¹³⁴. L'evocazione della minaccia atomica, il ricorso agli attacchi informatici, la migrazione di massa più rapida e copiosa dalla seconda guerra mondiale sul territorio europeo, a cui si è assistito dopo il 24 febbraio, alterano radicalmente il contesto delle relazioni internazionali del dopoguerra e le "armi" utilizzabili per definire i rapporti di forza. Le migrazioni, in particolare, paiono divenute strumenti di intimidazione, ma sussiste parimenti il rischio serio che la riconduzione di un afflusso di migranti ad un caso di strumentalizzazione possa, sempre più in futuro, costituire un motivo per giustificare un approccio restrittivo ai flussi migratori e l'attenuazione degli obblighi di protezione. Le incertezze che ammantano attualmente il concetto di minaccia ibrida sollevano evidenti profili di criticità in merito ad un utilizzo parimenti "strumentale" dello stesso, senza un'adeguata ponderazione dei limiti di una risposta giuridicamente legittima.

Dopo la crisi del biennio 2015-2016, l'Unione europea appare invero sempre più ripiegata su sé stessa e la propria politica migratoria sempre più condizionata dalla preoccupazione di

¹³¹ Per un commento si vedano E. CANNIZZARO, *Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values*, in *European Papers*, Vol. 6, 2021, No 2, p. 1117 ss.; W. BRZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, p. 971 ss.; P. BÁRD A. BODNAR, *THE END OF AN ERA, The Polish Constitutional Court's judgment on the primacy of EU law and its effects on mutual trust*, CEPS Policy Insights No 2021-15 / October 2021.

¹³² In merito al contesto in cui si colloca la sentenza si vedano le riflessioni di C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, 20 ottobre 2021. Il 22 dicembre 2021 la Commissione europea ha deciso di avviare una procedura di infrazione contro la Polonia a seguito delle decisioni del 14 luglio 2021 e la precedente del 7 ottobre 2021, con cui la Corte costituzionale polacca ha, appunto, affermato l'incompatibilità di alcune disposizioni dei Trattati con la Costituzione polacca, contestando così il primato del diritto dell'Unione. Si veda C. SANNA, *Dalla violazione dello Stato di diritto alla negazione del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno: le derive della "questione polacca"*, in questa *Rivista*, 31.12.2021.

¹³³ D. THYM, *European Realpolitik: Legislative Uncertainties and Operational Pitfalls of the 'New' Pact on Migration and Asylum*, in *eumigrationlawblog*, 28 settembre 2020.

¹³⁴ Come rileva K. M. GREENHILL, *Weapons of Mass Migration...*, cit., si possono identificare oltre cinquanta tentativi di "*coercive engineered migration (or migration-driven coercion) since the advent of the 1951 Refugee Convention alone—well over half of which succeeded in achieving at least some of their objectives. This is an impressive rate of success, given that the U.S. rate of success when engaged in coercive diplomacy, employing conventional military means, lies somewhere between 19 and 37.5 percent*", p. 2.

evitare nuovi afflussi, impedendo l'accesso al territorio dell'UE e rendendo più spediti i rimpatri, come emerge dalle proposte contenute nel Patto sulla migrazione e l'asilo presentate nel 2020¹³⁵, dalla dura presa di posizione del Consiglio nel contesto della crisi afghana dell'agosto 2021¹³⁶ e dalle ricordate proposte di revisione del codice frontiere Schengen.

Ma forse occorre sottolineare che in una situazione come quella occorsa al confine bielorusso, con circa duemila persone lasciate per settimane/mesi al gelo ed esposte alle sofferenze, vittime di una strumentalizzazione politica da parte di un regime dittatoriale, non si tratta solo di gestire una questione migratoria, ma di ritrovare il senso dell'azione dell'Unione europea alla luce dei valori proclamati ed iscritti nei Trattati. Nei confronti dei profughi ucraini (europei) l'UE non ha esitato a mostrare piena ed assoluta solidarietà, attuando in soli cinque giorni uno strumento mai utilizzato in ventuno anni, ma non è stata mostrata analoga sollecitudine in passato.

¹³⁵ B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in questa Rivista, 3, 2020. Si vedano anche M. BORRACCETTI, *La politica europea della migrazione nel periodo 2017-2019: sviluppi e perplessità*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 3, 2017; C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione giustizia*, 2018

¹³⁶ *Dichiarazione sulla situazione in Afghanistan*, 31 agosto 2021, disponibile su: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/08/31/statement-on-the-situation-in-afghanistan/>. Per un commento si veda F. L. GATTA, *La crisi afghana bussa alle porte dell'Europa: gli Stati membri preparano le barricate?*, in ADiM Blog, Editoriale, ottobre 2021.