

***Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul
trattenimento dei migranti nelle zone di transito
Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-
924/19 PPU e C-925/19 PPU, FMS e altri****

di Francesco Luigi Gatta – Research Fellow, Université Catholique de Louvain

ABSTRACT: This contribution analyses two recent judgments of the European Court of Human Rights and the EU Court of Justice, which have been both delivered by their highest judicial formation of Grand Chambers, on the issue of the placing of asylum seekers in the Röszke transit zone at the Serbian-Hungarian border. With regard to the legal qualification of such placing, the two Courts reach diametrically opposite conclusions: according to the Luxembourg judges it is an actual form of deprivation of the personal liberty, for those of Strasbourg, on the contrary, it is a mere restriction of the freedom of movement. This contribution intends to particularly analyse the reasons behind such disagreement between the two European Courts, expressing criticism towards the conclusion reached by the European Court of Human Rights. Further points of interest will be considered in the judgment of the Court of Justice, in particular as regards the reinstatement of the protection provided by the rights and safeguards under EU Law, which were violated and restricted by the Hungarian legislation in the fields of asylum and border controls.

SOMMARIO: 1. Inquadramento e contestualizzazione delle pronunce in commento. – 2. La vicenda affrontata e decisa a Strasburgo: il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*. – 2.1. Il primo strappo interno alla Corte Edu e il discutibile approccio della Grande Camera. – 3. Il caso di fronte alla

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Corte di Giustizia. – 3.1. Fatti di causa, procedura e quesiti pregiudiziali. – 3.2. Il diritto a un ricorso effettivo, il ruolo del giudice nazionale e lo stato di diritto. – 3.3. Il trattenimento nella zona di transito quale forma di detenzione. – 3.4. La legittimità del trattenimento e il diritto ad un ricorso effettivo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento e contestualizzazione delle pronunce in commento

Ci sono luoghi del diritto dell’immigrazione divenuti ormai celebri nella recente storia europea. Luoghi simbolo della “crisi” dei rifugiati, tanto all’interno dell’Unione europea, come Calais o Ventimiglia, quanto alla sua periferia, come le isole di Lampedusa, Lesbo o Chios, ovvero, ancora, Idomeni, al confine greco-macedone, o le enclavi spagnole di Ceuta e Melilla, unici territori dell’area Schengen localizzati al di fuori del continente europeo. Luoghi di frontiera, situati lungo il perimetro dei confini dell’Unione europea, rappresentano il punto di approdo di migliaia di cittadini di paesi terzi, desiderosi di fare ingresso in Europa. Sono luoghi in cui si consumano gravi e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali della persona e presso cui, spesso, vengono ignorati alcuni dei principi cardine su cui si basa la stessa esperienza di integrazione europea (lo stato di diritto, l’accesso alla giustizia, la trasparenza e la legalità). Si tratta, dunque, di zone grigie, dove il diritto fatica ad arrivare o operare pienamente; spesso si tratta, come è stato osservato, di *zones de non-droit*¹.

Nell’elenco di questi luoghi sono da collocare anche le città ungheresi di Tompa e Röszke, località situate al confine con la Serbia, sede di centri di trattenimento per migranti, barriere frontaliere erette a freno dei flussi in risalita dalla c.d. rotta balcanica. Tali luoghi sono teatro di pratiche illegittime e apertamente contrarie alle norme a tutela dei diritti umani, documentate e denunciate da numerosi osservatori internazionali. Analogamente, esse sono state oggetto di forti critiche all’interno dell’Unione europea, in particolare da parte dell’Agenzia per i diritti fondamentali² e del Parlamento europeo³, e hanno altresì condotto all’apertura di procedure

¹ J.Y. CALIER, F. CREPEAU, *De la “crise” migratoire Européenne au Pacte mondial sur les migrations: exemple d’un mouvement sans droit?*, in *Annuaire Français de Droit International*, Paris, 2017, LXIII, p. 462.

² European Union Agency for Fundamental Rights, *Beyond the peak: challenges remain, but migration numbers drop*, Annual Review 2018, p. 17.

d'infrazione contro l'Ungheria da parte della Commissione, ad esempio con riguardo alle condizioni di permanenza presso le zone di transito frontaliere ovvero alla mancata fornitura di cibo ai richiedenti asilo ivi trattenuti⁴.

In questo contesto, la problematica questione del collocamento dei migranti nella zona di transito di Röszke è di recente giunta all'attenzione delle due Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo. A distanza di pochi mesi, infatti, esse si sono pronunciate – entrambe nella formazione giudicante più autorevole di Grandi Camere – sul trattenimento di richiedenti asilo nella menzionata zona di transito al confine serbo-ungherese⁵. Come si vedrà, pur nella diversità dell'origine delle due decisioni (generata da un ricorso individuale *ex art. 34 CEDU* l'una, da un rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* l'altra), nonché della peculiarità dei rispettivi contesti giuridici di riferimento (la CEDU da un alto, la Carta dei diritti fondamentali e il diritto derivato dell'Ue rilevante in materia dall'altro), le due Corti sono pervenute ad esiti opposti circa la qualificazione della collocazione dei richiedenti asilo nel centro di transito alla stregua di una misura detentiva e privativa della libertà personale: per i giudici di Strasburgo non si è trattato di detenzione, per quelli di Lussemburgo, invece, si.

L'inquadramento giuridico del collocamento dei richiedenti protezione internazionale presso il centro di transito frontaliere rappresenta indubbiamente l'elemento di maggior interesse delle due pronunce, avendo condotto a una diversa e opposta conclusione da parte delle Grandi Camere delle due Corti. Vi sono, però, ulteriori punti di rilievo che meritano di essere sottolineati. In particolare, nella sentenza della Corte di Giustizia, si forniscono anche importanti chiarimenti in tema di diritto

³ Cfr., ad esempio, Risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 2017 sulla situazione in Ungheria (2017/2656(RSP)), in cui si esprime forte preoccupazione circa “gli sviluppi in Ungheria che negli ultimi anni hanno portato a un grave deterioramento dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali per quanto riguarda, tra l'altro,... i diritti umani dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati” (par. 2).

⁴ Cfr. la procedura d'infrazione IP/19/5994 relativa alle condizioni di detenzione presso le zone di transito alle frontiere ungheresi. v. inoltre il comunicato della Commissione, European Commission, *Hungary: Commission takes next step in the infringement procedure for non-provision of food in transit zones*, Brussels, 10 October 2019. Alla fine del 2018 la Commissione ha altresì deferito l'Ungheria alla Corte di Giustizia per la violazione delle garanzie procedurali previste dalla normativa dell'Unione in materia di asilo. Nel momento in cui si scrive la causa risulta pendente, v. Corte di Giustizia, Causa C-808/18, *Commissione c. Ungheria*, ricorso presentato il 21 dicembre 2018. Il 25 giugno 2020 l'Avvocato Generale Pikamäe ha presentato le proprie conclusioni, proponendo alla Corte di dichiarare diverse violazioni del diritto dell'Unione da parte dell'Ungheria.

⁵ Si tratta, rispettivamente, di Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15 e Corte di Giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*.

a una tutela giurisdizionale effettiva e del ruolo dei giudici nazionali nel vigilare sulla legittimità dei trattamenti riservati ai cittadini di paesi terzi trattenuti alla frontiera.

In questo senso, allora, la pronuncia della Corte di Giustizia si può inquadrare all'interno di due filoni giurisprudenziali: da un lato, essa arricchisce la propria casistica in materia di migrazione e diritto d'asilo, rinforzando le garanzie sostanzial-procedurali previste dal diritto dell'Ue in tale ambito; dall'altro, essa nel contempo può altresì considerarsi come appartenente a quel gruppo di recenti pronunce rese in tema di difesa del principio del *Rule of Law*, messo in discussione e posto sotto attacco nell'Unione europea da una serie di paesi, tra cui, in particolare, proprio l'Ungheria.

2. La vicenda affrontata e decisa a Strasburgo: il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*

Da un punto di vista cronologico, la questione del trattenimento dei richiedenti asilo presso il centro ungherese di Röszke è stata dapprima sottoposta all'attenzione della Corte di Strasburgo. Si tratta del caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, relativo alla permanenza di due cittadini del Bangladesh presso la zona di transito di Röszke in pendenza dell'esame delle rispettive domande d'asilo, seguita dalla loro successiva espulsione verso la Serbia⁶. Con un ricorso introdotto nel settembre 2015 i due ricorrenti lamentavano una violazione dell'art. 3 CEDU, da un lato, con riferimento alla loro espulsione in Serbia e, dall'altro, alle condizioni di trattenimento presso la zona di transito frontaliera prima che la stessa espulsione fosse eseguita. Quanto alla permanenza presso il centro di Röszke, protrattasi per un periodo di 23 giorni, i ricorrenti ne contestavano la legittimità, invocando una violazione dell'art. 5 CEDU, con riguardo, in particolare, ai profili dell'assenza di una base legale che giustificasse la privazione della loro libertà personale (art. 5, §1), nonché della mancanza di un ricorso effettivo contro la stessa (art. 5, §4).

⁶ Per un'analisi e un commento della sentenza v. S. PENASA, *Le politiche migratorie "al confine": la Corte EDU tra nozione di "paese terzo sicuro" e di restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo. Il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, Forum di Quaderni Costituzionali, 1/2020; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte I e Art. 3 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, dicembre 2019; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, gennaio 2020; V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, Strasbourgobservers, 23 December 2019.

In riferimento a tale ultimo profilo, in particolare, va sottolineato che, con il caso *Ilias e Ahmed*, la Corte di Strasburgo è stata chiamata, per la prima volta, ad occuparsi della qualificazione giuridica della permanenza di un migrante presso una zona di transito situata alla frontiera terrestre tra due paesi europei in pendenza dell'esame della propria domanda d'asilo. La Corte, infatti, si era già e più volte pronunciata in passato su forme di privazione della libertà personale ai danni di stranieri trattenuti presso zone di transito, situate in aeroporti internazionali⁷, ovvero presso i c.d. *hotspot* e i centri di accoglienza e identificazione di migranti situati sulle coste e sulle isole greche e italiane⁸.

Ed è proprio con riguardo alla decisione su questa inedita questione che si è consumato un primo scontro, interno alla Corte di Strasburgo: con una prima sentenza del 2017, pronunciata all'unanimità, la quarta Sezione aveva inizialmente riscontrato una violazione dell'art. 5 CEDU, così dichiarando non solo e non tanto l'incompatibilità con la Convenzione del trattenimento subito dai ricorrenti nel centro di Röske, bensì anche e soprattutto risolvendo in senso positivo la preliminare e cruciale questione circa l'effettiva qualificazione dello stesso alla stregua di una forma di detenzione *de facto*⁹. La Grande Camera, invece, con successiva pronuncia del 21 novembre 2019, ha completamente capovolto il giudizio su tale profilo, ritenendo l'art. 5 CEDU non applicabile *ratione materie*, così escludendo che il trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito di Röske integrasse una forma di detenzione privativa della libertà personale.

La conclusione raggiunta dalla Grande Camera offre il fianco a numerose critiche, sollevando diverse perplessità, manifestate a livello internazionale ed evidenziate in dottrina¹⁰. Come subito si

⁷ Cfr., ad esempio, Corte Edu, sentenza del 25 giugno 1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92; Corte Edu, sentenza del 27 novembre 2003, *Shamsa c. Polonia*, ric. nn. 45355/99 e 45357/99; Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. nn. 29787/03 e 29810/03; più di recente, v. Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 21 novembre 2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ric. nn. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16.

⁸ Corte Edu (Grande Camera), sentenza del 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12; Corte Edu, sentenza del 25 gennaio 2018, *J.R. e altri c. Grecia*, ric. n. 22696/16; Corte Edu, sentenza del 3 ottobre 2019, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/2016.

⁹ Corte Edu, sentenza del 14 marzo 2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. n. 47287/15. Per un'analisi e un commento della sentenza della Camera, v. B. GORNATI, "Paesi terzi sicuri", respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso *Ilias e Ahmed*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2/2017, pp. 542-552; B. NAGY, *Restricting access to asylum and contempt of courts: Illiberals at work in Hungary*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog, 18 September 2017; P. KILIBARDA, *The ECtHR's Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, in *EJIL:Talk!*, 20 March 2017.

¹⁰ M. FRIGO, *I Paesi sicuri alla prova del diritto internazionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, p. 160 ss; V. STOYANOVA, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary*, cit.; S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, 25 maggio 2020; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti*, cit.

chiarirà, infatti, con riguardo al profilo del trattenimento dei richiedenti asilo alla frontiera, la sentenza appare viziata da un ragionamento privo di coerenza tanto sul piano logico quanto giuridico.

2.1. Il primo strappo interno alla Corte Edu e il discutibile approccio della Grande Camera

Il centro di transito di Röszke è una struttura situata al confine serbo-ungherese, organizzata in un'area chiusa delimitata da recinzioni di quattro metri di altezza e filo spinato, posta sotto costante sorveglianza di guardie armate. Nel centro, la permanenza dei richiedenti asilo si svolge presso dei containers metallici, delle dimensioni di circa 2,5 per 5,5 metri, dotati di letti e riscaldamento; separatamente, presso altri containers, vengono forniti servizi igienici, pasti e una zona comune¹¹. In merito alle condizioni del trattenimento dei ricorrenti presso la zona di transito, tanto la Camera quanto la Grande Camera della Corte di Strasburgo sono state concordi nell'escludere una violazione dell'art. 3 CEDU. Sul punto la decisione – da entrambe adottata all'unanimità – è stata basata su una serie di rapporti e documenti di autorevoli osservatori internazionali – come, in particolare, il Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura – che, a seguito di visite effettuate presso il centro di Röszke, avevano giudicato soddisfacenti le condizioni ivi presenti.

Le due formazioni giudicanti della Corte Edu sono state altresì concordi nel riscontrare – ancora una volta all'unanimità – una violazione dell'art. 3 CEDU con riferimento al provvedimento di espulsione dei ricorrenti verso la Serbia. Secondo i giudici, l'allontanamento dei ricorrenti verso tale Stato risulta contrario alla Convenzione in quanto integra un duplice rischio di subire trattamenti inumani e degradanti: da un lato, direttamente, per via delle violenze, degli abusi e dei maltrattamenti perpetrati sui migranti da parte delle autorità serbe, come testimoniato da varie fonti internazionali, nonché per via delle numerose carenze nelle procedure di accesso all'asilo del sistema serbo (c.d. *refoulement* diretto); dall'altro, indirettamente, per via delle altrettanto documentate pratiche di respingimento automatico e collettivo di migranti da parte della Serbia verso Macedonia e Grecia, dove sono ben note le carenze sistematiche dei rispettivi sistemi nazionali d'asilo (c.d. *refoulement* indiretto o "a catena").

¹¹ Corte Edu (Grande Camera), *Ilias e Ahmed*, cit., §§15-19.

Il punto cruciale in cui si verifica lo “strappo” da parte della Grande Camera è allora il profilo relativo all’applicabilità dell’art. 5 CEDU al trattenimento dei richiedenti asilo presso la zona di transito: applicabilità della norma che viene esclusa in ragione dell’assenza di una situazione a suo avviso qualificabile in termini di privazione della libertà personale. Questa conclusione viene raggiunta sulla base di una discutibile valutazione degli elementi fattuali del caso di specie.

In entrambe le sentenze, infatti, Camera e Grande Camera ribadiscono il consolidato orientamento della Corte circa l’ambito di applicazione dell’art. 5 CEDU, secondo cui la differenza tra privazione della libertà personale e mera limitazione della libertà di movimento non è qualitativa, bensì quantitativa, attenendo al grado e all’intensità delle restrizioni subite dalla persona interessata. Il relativo accertamento deve essere effettuato caso per caso, tenendo conto di una serie di elementi da valutare cumulativamente e che attengono, tra l’altro, alla tipologia di misura adottata, alla sua durata, ai suoi effetti sulla situazione specifica del soggetto in questione e alle modalità dell’esecuzione.

In *Ilias e Ahmed*, il nodo fondamentale cui viene ricollegata l’applicabilità dell’art. 5 della Convenzione è la capacità di movimento dei ricorrenti: questi permangono per 23 giorni nella zona di transito di Röszke, non potendo entrare in Ungheria, ma potendo (teoricamente) uscire, tornando volontariamente in Serbia, paese da cui erano transitati.

Sul punto, nella propria sentenza del 2017, la Camera aveva correttamente osservato come la circostanza che i ricorrenti fossero astrattamente nella posizione di recarsi volontariamente in Serbia non fosse sufficiente ad escludere la violazione del loro diritto alla libertà personale durante la permanenza nella zona di transito ungherese. Non poteva, in particolare, trattarsi di una decisione autenticamente libera e volontaria, in quanto “la scelta” di tornare in Serbia avrebbe comportato il rischio di conseguenze gravi e negative, come la sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti ovvero il respingimento automatico e “a catena” verso altri paesi in cui le condizioni per i migranti erano altrettanto problematiche. L’abbandono della zona di transito avrebbe altresì comportato – secondo la legge ungherese sul diritto d’asilo – la rinuncia alla domanda d’asilo, e così alla possibilità di vedersi riconoscere lo status di rifugiato in Ungheria. Coerentemente, la Camera aveva concluso per la violazione dell’art. 3 CEDU in riferimento all’allontanamento dei ricorrenti verso la Serbia, associandovi una violazione dell’art. 5 con riguardo alla situazione dei ricorrenti, di fatto “senza via d’uscita” e costretti alla permanenza presso una struttura avente chiaramente le

caratteristiche di un centro di trattenimento chiuso (spazi limitati, recinzioni, sorveglianza armata, ecc.)¹².

La Grande Camera, invece, esclude che si fosse trattato di privazione della libertà personale dei ricorrenti e, nel proprio *overruling*, “spezza” il collegamento tra l’applicabilità dell’art. 5 e dell’art. 3 della Convenzione. Così facendo, tuttavia, la Grande Camera opera una ricostruzione artificiosa e incoerente: da un lato, infatti, riscontra e conferma la violazione dell’art. 3 (sì, l’allontanamento verso la Serbia espone i ricorrenti a un rischio di trattamenti inumani e degradanti), dall’altro, però, esclude l’applicabilità dell’art. 5 (non si trattò di detenzione e non ci fu privazione della libertà personale, perché i ricorrenti erano liberi di recarsi in Serbia, dove però avrebbero rischiato di subire trattamenti contrari all’art. 3).

Per escludere il campo di applicazione dell’art. 5 CEDU, in particolare, la Grande Camera conferisce importanza decisiva alla possibilità di muoversi e lasciare la zona di transito di Röszke, possibilità che essa giudica non solo teorica bensì pratica e realistica¹³. A sostegno di una tale affermazione, essa effettua anche un artificioso confronto con zone di transito situate presso frontiere diverse da quelle terrestri: a differenza di soggetti trattenuti presso zone di transito aeroportuali o marittime – che, per andarsene, necessiterebbero di condizioni quali un biglietto aereo, documenti, un eventuale visto, ovvero l’autorizzazione ad imbarcarsi su una nave –, i ricorrenti *Ilias* e *Ahmed* erano del tutto liberi di recarsi in Serbia, volontariamente e in autonomia.

E ciò, peraltro, afferma la Grande Camera, pure con una certa facilità, posto che il territorio serbo era “immediatamente adiacente” alla zona di transito ungherese, al punto che essi potevano semplicemente “attraversare il confine a piedi”¹⁴. In questo senso, dunque, una tale libertà fisica di lasciare la zona di transito camminando (“*physical liberty to move out of the transit zone by walking*”) è decisiva per la Corte¹⁵. Sul punto, appare emblematico e amaro il commento reso dai giudici Bianku e Vučinić nella loro opinione dissenziente allegata alla sentenza della Grande Camera, ove osservano criticamente come la questione dell’applicabilità dell’art. 5 CEDU venga

¹² Cfr. Corte Edu, *Ilias e Ahmed*, *cit.*, dove, al §56, la Corte afferma che escludere l’applicabilità dell’art. 5 CEDU avrebbe posto i ricorrenti di fronte alla scelta tra la libertà e la ricerca di una procedura finalizzata a proteggerli dal rischio di essere esposti a trattamenti contrari all’art. 3 della Convenzione.

¹³ Corte Edu (Grande Camera), *Ilias e Ahmed*, *cit.*, §236.

¹⁴ *Ibidem*, §236 e §241.

¹⁵ *Ibidem*, §248.

ricondata a un problema meramente logistico, legato al mezzo di trasporto utilizzabile dai ricorrenti per attraversare la frontiera¹⁶.

Questa libertà di movimento è quindi associata all'assenza, in Serbia, di un rischio immediato e diretto per la vita e l'incolumità dei ricorrenti. Per la Grande Camera, il rischio di subire trattamenti inumani e degradanti ed essere soggetti a *refoulement* rileva ai fini e ai sensi dell'art. 3 CEDU, ma non anche dell'art. 5, la cui applicabilità rimane esclusa. Diversamente, conclude la Grande Camera, si determinerebbe "un'espansione del concetto di privazione della libertà al di là del significato inteso dalla Convenzione"¹⁷.

Con la sentenza del 2019, in definitiva, la Corte riforma il giudizio reso nel 2017 e giunge a una decisione che appare forzata nelle motivazioni e contraddittoria nell'esito. La Grande Camera recide il collegamento tra gli artt. 3 e 5 CEDU, scindendo la mera e potenziale possibilità di movimento da un luogo ad un altro dalla sua concreta attuazione e dalle conseguenze pratiche derivanti dallo spostamento stesso. In questo modo, l'elemento del rischio di subire trattamenti inumani e degradanti appare insieme affermato e negato, in una pronuncia che reca due conclusioni che mal si conciliano l'una con l'altra: poiché i ricorrenti non erano esposti a un rischio diretto e imminente in Serbia, essi non erano da considerarsi in detenzione in Ungheria; allo stesso tempo, tuttavia, l'Ungheria ha violato l'art. 3 CEDU per non aver debitamente considerato i rischi cui gli stessi ricorrenti andavano soggetti alla luce del loro allontanamento verso la Serbia.

3. Il caso di fronte alla Corte di Giustizia

La pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia resa il 15 maggio 2020 ha origine da una coppia di rinvii pregiudiziali operati *ex art. 267 TFUE* da un tribunale amministrativo ungherese, tenuto a decidere il caso di alcuni richiedenti asilo trattenuti presso la zona di transito di Rösztke. Da un punto di vista fattuale, nei suoi tratti essenziali, la vicenda non appare dissimile da quella del caso *Ilias e Ahmed* sopra descritto e sottoposto al giudizio della Corte di Strasburgo.

¹⁶ Corte Edu (Grande Camera), *Ilias e Ahmed c. Ungheria, cit.*, opinione parzialmente dissidente dei giudici Bianku e Vučinić, p. 79.

¹⁷ Corte Edu (Grande Camera), *Ilias e Ahmed c. Ungheria, cit.*, §243.

Nell'analisi del caso giunto all'attenzione della Corte di Giustizia, si richiameranno dapprima i fatti di causa, taluni aspetti procedurali e i quesiti pregiudiziali sollevati dal giudice del rinvio ungherese, quindi, per esigenze di spazio, si concentrerà l'attenzione soltanto su alcuni di essi e, in particolare, su quelli attinenti al profilo del trattenimento e della privazione della libertà personale dei richiedenti asilo presso la zona di transito frontaliera.

3.1. Fatti di causa, procedura e quesiti pregiudiziali

Il caso scaturisce dalle vicende di due coppie di ricorrenti: due cittadini Afghani, marito e moglie, e due cittadini dell'Iran, padre e figlio, quest'ultimo minorenne. Tra la fine del 2018 e l'inizio del 2019 essi raggiungevano l'Ungheria, passando per la Serbia, e presentavano domanda d'asilo presso la zona di transito di Röszke. Le autorità ungheresi respingevano le domande di asilo in quanto inammissibili, senza esame nel merito, disponendo altresì l'allontanamento in Serbia dei ricorrenti associato a un divieto di ingresso e soggiorno nel territorio ungherese. Le autorità ungheresi di polizia degli stranieri imponevano quindi il collocamento dei ricorrenti nel settore del centro di Röszke riservato ai cittadini di paesi terzi la cui domanda d'asilo era stata respinta.

La decisione sulle domande d'asilo, in particolare, si basava su una precisa disposizione della legge ungherese sul diritto d'asilo che consente di dichiarare inammissibile la richiesta di quanti siano giunti in Ungheria attraversando un paese dove non siano riscontrabili rischi di persecuzione tali da giustificare la concessione dello status di rifugiato, ovvero rischi di subire danni gravi, o dove, in ogni caso, sia assicurata una protezione adeguata. Si tratta del motivo di inammissibilità del c.d. "paese di transito sicuro", introdotto *ex lege* dal governo di Viktor Orbán nel 2018, che consente di dichiarare subito inammissibili, senza esame nel merito, le domande di asilo di quanti giungono alla frontiera terrestre serbo-ungherese, così impedendo l'ingresso nel territorio nazionale dei migranti provenienti dai flussi in risalita lungo la rotta balcanica.

I ricorrenti, come detto, venivano fatti destinatari di un provvedimento di allontanamento verso la Serbia. Nel caso di specie, però, detto paese rifiutava di riammettere i ricorrenti nel proprio territorio, negando la sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'accordo di riammissione

concluso con l'Unione europea¹⁸. Le autorità ungheresi di polizia degli stranieri procedevano allora a modificare unilateralmente le decisioni di rimpatrio dei ricorrenti, precedentemente adottate dalla autorità amministrativa competente in materia di asilo, e cambiavano il paese di destinazione, sostituendo alla Serbia, rispettivamente, l'Afghanistan e l'Iran, in funzione della cittadinanza dei ricorrenti. Questi proponevano opposizione avverso il provvedimento di modifica del paese di rimpatrio dinanzi all'autorità competente in materia di asilo, che respingeva l'opposizione senza ulteriore possibilità d'impugnazione.

I ricorrenti si rivolgevano allora al Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged, da un lato chiedendo l'annullamento delle decisioni di rimpatrio e l'avvio di una nuova procedura d'esame della loro domanda d'asilo, dall'altro contestando la legittimità del loro trattenimento nella zona di transito di Röszke. Nell'ambito della controversia così instaurata, il tribunale ungherese decideva di rivolgersi alla Corte di Giustizia mediante rinvio pregiudiziale, contestualmente chiedendone la trattazione secondo la procedura pregiudiziale d'urgenza alla luce della situazione dei ricorrenti. A sostegno della richiesta, il giudice del rinvio sottolineava, da un lato, l'età e le condizioni di salute dei coniugi afgani sessantenni, dall'altro la presenza di un minore tra i due ricorrenti iraniani, osservando come gli stessi, presso la struttura di Röszke, risultassero "privati, de facto, della libertà"¹⁹. Alla luce delle circostanze del caso di specie, la Corte di Lussemburgo ha accolto la richiesta circa il procedimento pregiudiziale d'urgenza, rinviando altresì la trattazione delle cause alla formazione giudicante della Grande Sezione.

Il giudice ungherese del rinvio ha sottoposto alla Corte di Giustizia cinque quesiti pregiudiziali, a loro volta sviluppati in diversi sotto-quesiti, per un totale di numerose e varie questioni cui i giudici dell'Unione hanno fornito risposta in una lunga e articolata sentenza (oltre 300 paragrafi, con un dispositivo in 8 punti). Non essendo possibile in questa sede procedere ad un esame esaustivo di tutte le questioni, l'analisi si soffermerà prima sulle problematiche del diritto a un ricorso effettivo e della prassi ungherese dei rimpatri verso la Serbia; successivamente, e in particolare, sul trattenimento nel centro di transito di Röszke: tema che, come si è anticipato, ha generato due diverse e opposte prese di posizione da parte delle due massime formazioni giudicanti delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo.

¹⁸ Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia, allegato alla decisione del Consiglio dell'8 novembre 2007 (GU 2007, L334, p. 45).

¹⁹ Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., §95.

3.2. Il diritto a un ricorso effettivo, il ruolo del giudice nazionale e lo stato di diritto

Un primo gruppo di quesiti pregiudiziali riguarda la conformità con il diritto dell'Unione della legislazione ungherese e della prassi delle autorità nazionali relative all'allontanamento dei richiedenti asilo verso la Serbia.

La Corte affronta la questione della decisione di modifica del paese di rimpatrio alla luce del diritto ad un ricorso effettivo, per come disciplinato nel diritto dell'Ue, segnatamente dall'art. 13 della c.d. direttiva rimpatri²⁰ e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Il problema risiede nella circostanza per cui il diritto ungherese consente all'autorità amministrativa competente di modificare il paese di destinazione indicato in una precedente decisione di rimpatrio e, avverso tale provvedimento, ammette una mera opposizione, da proporsi presso la stessa autorità amministrativa autrice della decisione, senza ulteriore possibilità d'impugnazione e riesame da parte di un organo giurisdizionale, indipendente e imparziale.

La Grande Sezione innanzitutto si sofferma sulla natura della decisione di modifica del paese di destinazione che interviene su un provvedimento anteriore di rimpatrio al fine di verificarne la copertura da parte delle menzionate garanzie previste dal diritto dell'Unione. In questo senso, allineandosi alle conclusioni dell'Avvocato Generale²¹, la Corte rileva che la designazione del paese di destinazione costituisce un elemento essenziale di un provvedimento di rimpatrio e allontanamento forzato, una componente sostanziale ed idonea ad incidere imperativamente sul soggetto destinatario dello stesso provvedimento. In particolare, è alla luce dell'indicato paese di destinazione del rimpatrio che deve effettuarsi la valutazione circa il rispetto del principio di non respingimento. Il cambio della destinazione di una decisione di rimpatrio è considerato dalla Corte alla stregua di una nuova decisione, che, pertanto, richiede una nuova valutazione del rispetto del principio di non *refoulement*, distinta da quella effettuata in occasione dell'adozione della decisione di rimpatrio anteriore. Di conseguenza, i destinatari del provvedimento devono poter disporre di un

²⁰ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Prit Pikamäe, presentate il 23 aprile 2020, Cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU.

mezzo di ricorso effettivo che consenta loro di contestare l'allontanamento verso la destinazione individuata dalle autorità dello Stato membro in questione.

Una volta chiarito ciò, la Corte valuta la natura del mezzo di ricorso previsto dal diritto ungherese e conclude che la sola opposizione dinanzi all'autorità amministrativa autrice della decisione di modifica della destinazione del rimpatrio non può considerarsi un "mezzo di ricorso effettivo" ai sensi del diritto dell'Ue. È vero, si osserva, che secondo l'art. 13 della direttiva rimpatri, gli Stati membri possono prevedere che le decisioni di rimpatrio siano contestate anche dinanzi a autorità non giudiziarie; tuttavia, tale facoltà deve essere attuata nel rispetto dell'art. 47 della Carta, che esige che la decisione di un'autorità che non soddisfi i requisiti di imparzialità e indipendenza possa essere sottoposta a un successivo controllo da parte di un organo giurisdizionale dotato dei menzionati requisiti. Ebbene, nel sistema ungherese, l'autorità competente in materia di asilo, in quanto inquadrata nel potere esecutivo e in quanto dipendente dal ministro responsabile della polizia, non può considerarsi terza e indipendente. Occorre, dunque, garantire la possibilità di un ricorso presso un giudice, cosa che, tuttavia, il diritto ungherese non contempla.

La lacuna è allora risolta dalla Grande Sezione facendo ricorso ai principi dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'Unione. Posto che l'art. 47 della Carta e l'art. 13 della direttiva rimpatri sono dotati di effetto diretto, in quanto di per sé sufficienti e incondizionati nel conferire ai singoli il diritto a un ricorso effettivo, il principio del primato del diritto dell'Unione e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva impongono al giudice nazionale di dichiararsi competente a conoscere il ricorso proposto dal soggetto interessato per difendere i propri diritti garantitigli dal diritto dell'Unione, laddove le norme nazionali non prevedano un tale ricorso.

L'inesistenza, nel diritto di uno Stato membro, di un mezzo di ricorso giurisdizionale che consenta di far esaminare la legittimità, alla luce delle norme europee, di una decisione amministrativa di rimpatrio non può esonerare il giudice nazionale dall'obbligo di assicurare la piena efficacia del diritto a un ricorso effettivo previsto dal diritto dell'Unione. L'art. 47 della Carta e l'art. 13 della direttiva rimpatri, essendo minuti di effetto diretto, costituiscono da soli un "titolo di competenza" per attivare il ruolo del giudice nazionale.

In questo modo, dunque, la Corte di Giustizia investe il giudice ungherese del compito di esaminare la legittimità del provvedimento di rimpatrio, portandolo ad auto-dichiararsi competente, disapplicare la normativa interna non conforme al diritto dell'Ue, così restituendogli il compito e le funzioni di cui le riforme del governo ungherese lo avevano privato. Il ruolo di vigilanza della

magistratura e l'indipendenza dei giudici, afferma solennemente la Corte, sono elementi irrinunciabili del principio della separazione dei poteri che a sua volta caratterizza il funzionamento dello Stato di diritto.

3.3. Il trattenimento nella zona di transito quale forma di detenzione

La Corte di Giustizia dedica circa un terzo della sua lunga sentenza al tema del trattenimento dei richiedenti asilo presso la zona di transito frontiera di Röske²². Essa viene interrogata, in particolare, sull'interpretazione degli artt. 2, lett. h) della c.d. direttiva accoglienza²³ e 16 della direttiva "rimpatri", al fine di chiarire se il collocamento in una zona di transito, in circostanze analoghe a quelle del caso dei ricorrenti, debba essere qualificato come "trattenimento" ai sensi delle citate norme, con le conseguenze che ne derivano in termini di applicabilità delle garanzie previste dal diritto dell'Ue.

Sul punto, nelle proprie argomentazioni davanti alla Grande Sezione, scontato il richiamo da parte del governo ungherese alla sentenza *Ilias e Ahmed* della Grande Camera della Corte Edu, con cui, lo si è visto, si era esclusa l'applicabilità dell'art. 5 CEDU, così negando che il collocamento presso Röske costituisca una privazione della libertà personale. L'Ungheria ne trae un'automatica conclusione: se non si tratta di detenzione ai sensi della CEDU, nemmeno può essere detenzione secondo il diritto dell'Unione e secondo la Carta dei diritti fondamentali. L'art. 5 della Convenzione corrisponde infatti all'art. 6 della Carta; e l'art. 52, par. 3 della stessa Carta esige che i diritti in essa contemplati, se corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, vengano interpretati con pari significato e portata²⁴. Per il governo ungherese, pertanto, dall'esigenza di una necessaria

²² Sul profilo del trattenimento nella zona di transito, v. in particolare S. ZIRULIA, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no, cit.*; F.L. GATTA, *Diritti al confine e il confine dei diritti: la Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontiero dell'Ungheria (Parte II – Detenzione e Art. 5 CEDU), cit.*; L. MARIN, *La Corte di Giustizia riporta le "zone di transito" ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, ADiM Blog, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2020.

²³ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

²⁴ Cfr. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, art. 52, portata e interpretazione dei diritti e dei principi.

consonanza di contenuti tra corrispondenti disposizioni della Convenzione e della Carta discende una sorta di interpretazione vincolata per la Corte di Giustizia.

L'argomentazione circa un tale automatismo interpretativo, tuttavia, non convince, come chiarisce l'Avvocato Generale, il quale sottolinea e rivendica l'autonomia del diritto dell'Unione e la libertà della Corte di Lussemburgo nell'interpretare la Carta in modo autonomo e indipendente. Egli, intanto, evidenzia come la CEDU non costituisce, fintantoché l'Unione non via abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Ue; quindi, sottolinea come la *ratio* di coerenza di contenuti tra CEDU e Carta espressa dall'art. 52, par. 3 non può comunque spingersi fino al punto di arrecare pregiudizio all'autonomia del diritto dell'Ue e all'interpretazione che di esso ne fornisce la Corte di Giustizia²⁵. Per l'Avvocato Generale, pertanto, la Corte “può trascurare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed effettuare il proprio esame delle questioni pregiudiziali alla luce della Carta, a condizione che l'interpretazione da essa data ai diritti ivi figuranti e il cui contenuto sia simile a quelli sanciti nella CEDU dia luogo ad un livello di protezione più elevato”²⁶.

Su questa premessa, la Corte di Giustizia delinea il significato della nozione di trattenimento secondo le direttive accoglienza e rimpatri. Essa preliminarmente richiama rilevanti fonti internazionali del Consiglio d'Europa e dell'UNHCR in tema di detenzione di richiedenti asilo, dalle quali si evince, anzitutto, che la privazione della libertà può sussistere in un luogo chiuso, dal perimetro circoscritto, da cui il soggetto interessato non può uscire a suo piacimento; inoltre, dalle stesse fonti – come del resto dalla giurisprudenza di Strasburgo – chiarisce che la differenza tra privazione della libertà personale e mera restrizione della libertà di circolazione è di grado e intensità, non di natura o sostanza. La Corte, quindi, conclude che la nozione di trattenimento di un richiedente protezione internazionale presuppone “una misura coercitiva che priva tale richiedente della sua libertà di circolazione e lo isola dal resto della popolazione, imponendogli di soggiornare in modo permanente in un perimetro circoscritto e ristretto”²⁷.

²⁵ Ciò, del resto, è ribadito anche nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, segnatamente con riguardo al par. 3 dell'art. 52.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, *cit.*, §149.

²⁷ Corte di Giustizia, *FMS e altri, cit.*, §223. La Corte precisa che la nozione così ricostruita ai sensi dell'art. 2, lettera h), della direttiva accoglienza deve ritenersi valida anche ai fini della direttiva rimpatri, in assenza di norme definitorie rinvenibili nella stessa e di altre ragioni dalle quali inferire che il legislatore dell'Unione abbia ritenuto di attribuirvi un significato diverso (ed anzi in presenza di riferimenti incrociati tra le stesse direttive che confermano il carattere unitario della nozione).

Con riferimento al caso di specie, i giudici di Lussemburgo considerano le caratteristiche proprie della zona di transito ungherese, ponendo in particolare evidenza la presenza di alte recinzioni e di filo spinato, la costante sorveglianza armata, la limitata superficie degli alloggi (13m²), l'impossibilità per i richiedenti asilo, senza previa autorizzazione, di ricevere visite o avere contatti con l'esterno. Per la Corte una tale configurazione del centro di Röszke rientra chiaramente nella nozione di trattenimento sopra delineata; secondo l'Avvocato Generale, inoltre, essa comporta "un livello elevato di restrizione della libertà di movimento dei richiedenti asilo al punto di rendere tale situazione comparabile ad un regime carcerario pressoché ordinario"²⁸.

Al di là delle pur rilevanti considerazioni circa le caratteristiche della zona di transito, l'elemento decisivo per la Corte nel decidere circa l'esistenza di una forma di privazione della libertà personale è la possibilità reale per i richiedenti asilo di lasciare volontariamente il centro di Röszke. Si tratta dell'argomento addotto dal governo ungherese nelle proprie difese e sulla base del quale, come si è visto, la Grande Camera di Strasburgo aveva escluso l'applicabilità dell'art. 5 CEDU.

I giudici di Lussemburgo, sul punto, dimostrano coerenza e senso della realtà, escludendo che i ricorrenti – al pari di altri richiedenti asilo che si trovino in analoga situazione – possano effettivamente considerarsi nella posizione di avere una autentica e genuina capacità di scelta, e di poter liberamente optare per una partenza volontaria dalla zona di transito al confine serbo-ungherese. Ciò sulla scorta di due considerazioni fondamentali. In primo luogo, un eventuale (re)ingresso dei ricorrenti in Serbia sarebbe considerato illegale dalle autorità di detto paese e li esporrebbe al rischio di sanzioni; in secondo luogo, l'allontanamento dalla zona di transito equivarrebbe a una rinuncia alla possibilità di ottenere la protezione internazionale in Ungheria, posto che, secondo la legge ungherese sul diritto d'asilo, l'abbandono di una delle zone di transito frontaliere di Röszke e Tompa permette all'autorità competente di chiudere la procedura di asilo, senza che tale decisione possa essere successivamente contestata nell'ambito di un procedimento giurisdizionale.

Vi è, dunque, una situazione di trattenimento di fatto. Lo chiarisce, ancor più nettamente, l'Avvocato Generale, secondo il quale, alla luce delle evidenziate circostanze, nessun richiedente asilo a Röszke può dirsi nella situazione di poter lasciare la zona di transito di sua spontanea volontà. In effetti, egli sottolinea, "un migrante che abbandoni le strutture della zona di transito si

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, *cit.*, §163.

trova lasciato a se stesso”, trovandosi bloccato, di fatto, in una situazione senza sbocchi, per cui, da un lato, non può entrare in Ungheria, dove l’ingresso e il soggiorno gli sono negati, e, dall’altro, qualora facesse ritorno in Serbia, si vedrebbe esposto a sanzioni di natura penale a causa del suo ingresso e soggiorno irregolare nel territorio nazionale²⁹. Senza contare, conclude l’Avvocato Generale, che “l’approccio repressivo adottato dalla Repubblica di Serbia nei confronti degli attraversamenti illegali è ben documentato”³⁰.

3.4. La legittimità del trattenimento e il diritto ad un ricorso effettivo

Una volta appurato che la permanenza presso la zona di transito di Röscke integra di fatto una forma di privazione della libertà personale, la Corte di Giustizia si sofferma sull’illegittimità di tale trattenimento e sulle garanzie previste dal diritto dell’Ue in materia.

Il collocamento e la permanenza dei ricorrenti presso la zona di transito di Röscke risultano chiaramente in violazione dei requisiti procedurali previsti dalle rilevanti direttive europee. Innanzitutto, come fa notare l’Avvocato Generale, nel caso di specie, risulta mancante la prima e essenziale tappa di una procedura che conduca al – pur possibile, secondo il diritto Ue – trattenimento di un richiedente asilo: l’adozione di una formale decisione recante le motivazioni di fatto e di diritto del trattenimento, accompagnata da un previo esame individuale circa la possibilità di alternative alla privazione della libertà personale. Al riguardo, non può sopperire il semplice atto con cui l’autorità amministrativa ungherese dispose di collocare i ricorrenti nella zona di transito di Röscke: la questione della legittimità del trattenimento si ricollega non tanto all’esistenza di una qualunque decisione avente per effetto quello di trattenere i richiedenti asilo, bensì all’esistenza di una specifica, formale decisione avente per oggetto il trattenimento, e che, come tale, esige il rispetto dei requisiti e delle garanzie previsti dal diritto dell’Unione.

All’assenza di un provvedimento formale sul trattenimento a Röscke si aggiunge, nel caso di specie, la mancanza di informazioni per i ricorrenti, in una lingua a loro comprensibile, circa i mezzi e le procedure per un’impugnazione, l’accesso all’assistenza e alla rappresentanza di un

²⁹ Conclusioni dell’Avvocato Generale Priit Pikamäe, *cit.*, §167.

³⁰ *Ibidem*, §168.

legale, nonché le norme vigenti nel centro di trattenimento, i diritti e gli obblighi scaturenti dalla permanenza presso lo stesso. Nemmeno la durata del trattenimento nel centro alla frontiera era stata in alcun modo precisata dalle autorità ungheresi.

A tutto ciò si associa – e questo è l’aspetto più rilevante e grave per la Corte – l’impossibilità, secondo il diritto ungherese, di sottoporre il collocamento e la permanenza presso il centro di Rösztke ad un controllo giurisdizionale effettivo e conforme ai requisiti del diritto dell’Unione. Per la Grande Sezione una tale circostanza rappresenta un’evidente violazione delle garanzie previste dalle direttive accoglienza e rimpatri, oltre che dell’art. 47 della Carta che garantisce il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Agli occhi della Corte di Giustizia, pertanto, la situazione ungherese non è ammissibile “nella misura in cui impedisce, in maniera assoluta, che un giudice statuisca sul rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell’Unione al cittadino di un paese terzo trattenuto”³¹.

Una tale lacuna, inaccettabile in un ordinamento come quello dell’Unione basato sullo stato di diritto, è superata dalla Corte ancora una volta facendo ricorso al principio del primato del diritto dell’Unione. Questo, unitamente al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva di cui all’art. 47 della Carta, impone al giudice ungherese di dichiararsi competente ad esaminare la regolarità del trattenimento di un richiedente asilo presso una zona di transito, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione nazionale che glielo impedisca. E non basta: qualora il trattenimento sia reputato illegittimo dal giudice nazionale auto-dichiaratosi competente a conoscerne la regolarità, in quanto lo stesso trattenimento risulti posto in essere in violazione delle garanzie del diritto dell’Unione, tale giudice deve considerarsi altresì dotato del potere di ordinare l’immediato rilascio della persona interessata, dovendo essere in grado, pur in assenza di disposizione nazionali in tal senso, di sostituire la propria decisione a quella dell’autorità amministrativa che inizialmente dispose il trattenimento³².

Ancora una volta, dunque, il diritto dell’Ue e la Corte di Giustizia intervengono a colmare le lacune di protezione presenti nell’ordinamento ungherese, ripristinando lo stato di diritto e quelle garanzie di tutela giurisdizionale a favore dei richiedenti asilo che lo Stato aveva rimosso e negato.

³¹ Corte di Giustizia, *FMS e altri*, cit., §290.

³² *Ibidem*, §§291-293.

4. Considerazioni conclusive

Come si è visto, le due Corti europee, entrambe nella loro massima formazione giudicante, si sono pronunciate su casi analoghi da un punto di vista delle circostanze fattuali e sono pervenute – pur nella specificità dei rispettivi sistemi giuridici di riferimento – ad esiti opposti per quanto riguarda il tema del trattenimento di richiedenti asilo presso la zona di transito ungherese al confine con la Serbia. Il diverso esito non è stato raggiunto tanto sulla base della nozione di “privazione della libertà personale”, che le due Corti condividono, quanto su una diversa lettura delle circostanze del caso concreto attinenti al centro di Röske. In particolare, il punto chiave che ha determinato la diversità di vedute tra Strasburgo e Lussemburgo risiede nella valutazione svolta circa la reale ed effettiva possibilità per i richiedenti asilo di lasciare la zona di transito, e alle conseguenti ripercussioni che tale comportamento avrebbe determinato.

Tra i due, è certamente il punto di vista espresso dalla Corte di Giustizia – e pure dalla Camera di Strasburgo, nella sentenza *Ilias e Ahmed* resa nel 2017 – a risultare più convincente. I giudici di Lussemburgo, infatti, dimostrano coerenza e aderenza alla realtà dei fatti. I migranti che giungono in Ungheria lungo la rotta balcanica si trovano di fatto bloccati, intrappolati in una “ragnatela” di circostanze fattuali e artifici giuridici disegnati *ad hoc* dalla legislazione ungherese: raggiunte le zone di transito alla frontiera, veri e propri *check point* sotto rigida e costante sorveglianza, essi non possono proseguire in Ungheria, l’accesso essendogli precluso fino alla (remota) possibilità di un eventuale accoglimento della domanda di asilo; né possono fare ritorno in Serbia, circostanza che comporta, secondo la legge ungherese, la rinuncia alla domanda d’asilo, nonché l’esposizione a rischi in termini di *refoulement*. In un tale scenario, i richiedenti asilo restano fermi in una zona di transito che si caratterizza quale centro di trattenimento chiuso.

Con la sentenza sul centro di Röske, la Corte di Giustizia afferma che le zone di transito alle frontiere europee ove i migranti sono trattenuti non possono costituire contesti di non-diritto. In questo modo, la Corte di Lussemburgo interviene – laddove, invece, la Corte Edu non era arrivata – a ripristinare le garanzie e i principi propri del diritto dell’Unione, come lo stato di diritto, la protezione dei diritti fondamentali e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. I giudici dell’Unione operano in questo senso avvalendosi della propria autonomia interpretativa, servendosi soprattutto del diritto derivato dell’Unione rilevante in materia di migrazione e asilo, ma anche della Carta e in particolare dell’art. 6, che viene “svincolato” dal corrispondente art. 5 CEDU. Come

indica l'Avvocato Generale, la menzionata disposizione della Carta è idonea a garantire un livello di protezione più elevato rispetto a quella della CEDU, ed è dunque in linea con la prescrizione contenuta nell'art. 52, par. 3 della Carta³³.

La Corte di Giustizia, poi, tramite il principio del primato del diritto dell'Ue, riabilita i giudici ungheresi al proprio fondamentale ruolo di vigilanza e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali della persona migrante, ambito in riferimento al quale erano stati messi fuori gioco dalle riforme del governo Orbán. In questo senso la pronuncia della Grande Sezione della Corte di Lussemburgo può inquadarsi nel filone giurisprudenziale sulla tutela del *Rule of Law*, quale sforzo di salvaguardare la legalità costituzionale europea e i suoi principi, posti sotto attacco da parte di alcuni Stati membri, in particolare quelli appartenenti al blocco di Visegrad come l'Ungheria o la Polonia.

All'opposto, appare quanto meno discutibile l'atteggiamento della Grande Camera di Strasburgo che si produce in una pronuncia criticabile, subendo così "un sorpasso" ad opera della Corte di Giustizia dell'Ue su quelli che dovrebbero essere il proprio ruolo e il proprio terreno di competenza: quelli di una corte internazionale specializzata nella tutela dei diritti fondamentali. La decisione presa dalla Grande Camera di Strasburgo appare particolarmente contestabile nel sancire la radicale inapplicabilità *ratione materiae* della tutela offerta dall'art. 5 CEDU alla zona di transito ungherese. In questo modo essa crea un pericoloso e preoccupante precedente che rischia di sottrarre alla sfera protettiva della Convenzione una realtà estremamente delicata e sensibile come il trattenimento dei migranti che giungono alle frontiere europee. Così facendo, in definitiva, con la sentenza di Grande Camera in *Ilias e Ahmed* la Corte di Strasburgo sembra aver disatteso il proprio approccio interpretativo dinamico della Convenzione, rendendo il diritto tutelato dall'art. 5 CEDU – per usare le parole della formula elaborata dalla stessa Corte – tutt'altro che pratico ed effettivo, bensì solamente teorico e illusorio.

Questo approccio restrittivo, peraltro, sembra appartenere ad una tendenza riscontrabile anche più in generale, allargando lo sguardo ad altre recenti sentenze della Corte di Strasburgo in tema di controlli migratori e gestione dei flussi alla frontiera. La sentenza in *Ilias e Ahmed*, in effetti, rappresenta solo l'ultima in ordine di tempo di una serie di pronunce circa la verifica della compatibilità convenzionale delle politiche di sorveglianza frontaliere operate dagli Stati europei. I giudici di Strasburgo sono stati chiamati in modo crescente a giudicare la legittimità di norme e

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, *cit.*, §179.

prassi nazionali in tema di controllo dell’immigrazione, le quali risultano orientate sempre più verso un approccio restrittivo, che ha condotto alla proliferazione in Europa, negli ultimi decenni, delle c.d. “*politics of non entrée*”³⁴.

In questo contesto la Corte Edu è chiamata ad operare un difficile bilanciamento tra le prerogative sovrane di controllo dei confini nazionali e il rispetto dei diritti umani della persona migrante. E nel far questo, ultimamente, la Corte di Strasburgo sembra dimostrare un certo cedimento alle pressioni degli Stati (che sempre più spesso intervengono in causa *ex art. 36 CEDU* a sostegno dello Stato convenuto)³⁵, pervenendo ad esiti discutibili, per non dire preoccupanti, come nel caso *Ilias e Ahmed* sul trattenimento dei migranti alla frontiera che qui si è discusso. Ulteriori esempi di questa tendenza possono trarsi in materia di espulsioni collettive o c.d. *push back* alla frontiera (*N.D. e N.T. c. Spagna*)³⁶, di interviste individuali precedenti all’espulsione del cittadino straniero (*Asady e altri c. Slovacchia*)³⁷, di visti umanitari e vie legali di accesso alla protezione internazionale nell’Unione europea (*M.N. e altri c. Belgio*)³⁸.

Questo atteggiamento sembra emergere emblematicamente anche dal linguaggio adottato dalla Corte di Strasburgo nelle sue ultime pronunce in materia di migrazione e controlli di frontiera. In esse appare ormai ricorrente il richiamo alle difficoltà cui gli Stati sono soggetti nella gestione dei

³⁴ L’espressione è stata coniata da J. HATHAWAY, *The Emerging Politics of Non-Entrée*, 91 *Refugees*, 1992, pp. 40-41.

³⁵ In *Ilias e Ahmed*, ad esempio, davanti alla Grande Camera sono intervenuti, a sostegno dell’Ungheria, i governi di Bulgaria, Polonia e Russia. Ancora, nel caso *M.N. e altri c. Belgio*, in materia di visti umanitari e recentemente deciso dalla Grande Camera, sono intervenuti in causa ben 11 Stati.

³⁶ Corte Edu (Grande Camera) sentenza del 13 febbraio 2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15). La sentenza è stata oggetto di molteplici analisi e commenti in dottrina. Tra i molti, v. D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s N.D. & N.T.-Judgment on ‘Hot Expulsions’*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, eumigrationlawblog, 17 February 2020; M. PICHL, “*Unlawful*” may not mean *rightless*. *The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.*, in *Verfassungsblog*, 14 February 2020; C. OVIEDO MORENO, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, 14 February 2020; F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della corte europea dei diritti umani: uno “schiaccio” ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *Sidiblog*, 19 marzo 2020; M. DI FILIPPO, *Walking the (barbed) wire of the prohibition of collective expulsion: An assessment of the Strasbourg case law*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 15/2020, Issue no. 2.

³⁷ Corte Edu, sentenza del 24 marzo 2020, *Asady e altri c. Slovacchia*, ric. n. 24917/15. Per un’analisi della sentenza, v. F.L. GATTA, *Tell me your story, but hurry up because I have to expel you’ – Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions*, in *Strasbourgobservers*, 6 May 2020.

³⁸ Corte Edu (Grande Camera), decisione sull’ammissibilità del 5 marzo 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, ric. n. 3599/18. Per un’analisi e un commento della decisione, tra i molti, v. M. BAUMGÄRTEL, *Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas*, in *Strasbourgobservers*, 7 May 2020; J.-Y. CARLIER, L. COOLS, E. FRASCA, F. GATTA, S. SAROLEA, *Humanitarian visa: does the suspended step of the stork become a hunting permit?*, in *Cahiers de l’EDEM*, June 2020; A. RICCARDI, *Falsa partenza per i visti umanitari di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, ADiM Blog, Osservatorio sulla giurisprudenza, giugno 2020.

propri confini, la sottolineatura del periodo critico in termini di flussi e pressione migratoria in Europa, nonché il riferimento a comportamenti violenti e illegali dei richiedenti asilo, quasi a suggerire scenari di invasione³⁹. Un passaggio della sentenza *Ilias e Ahmed* resa dalla Grande Camera in particolare risulta emblematico. La Corte puntualizza che gli Stati hanno non solo il diritto di controllare i propri confini, ma anche quello di prendere provvedimenti contro gli stranieri che cerchino di aggirare le misure di controllo e contenimento dell'immigrazione⁴⁰.

Questa affermazione, ulteriore e rafforzativa, rispetto al diritto degli Stati di controllare i propri confini, lascia perplessi e appare quanto meno fuori luogo nel caso *Ilias e Ahmed*, in cui i due ricorrenti in nessun modo avevano cercato di eludere i controlli dell'immigrazione ma, raggiunta la frontiera ungherese, avevano semplicemente avanzato domanda d'asilo alle competenti autorità. Da un punto di vista generale, il principio enunciato dalla Corte di per sé non reca problemi: non è in discussione il fatto che lo Stato abbia il diritto-dovere di controllare i confini e, se del caso, anche di applicare misure di controllo dell'immigrazione. Suscita però perplessità la sua esplicita sottolineatura da parte della Grande Camera in un caso in cui non ve n'era bisogno, dal momento che non vi era stato alcun tentativo da parte dei ricorrenti di eludere le norme o i controlli sull'immigrazione, bensì solo l'esercizio di un loro diritto: quello di cercare asilo.

Ed è questo un diritto, ammonisce invece la Corte di Giustizia, su cui bisogna vigilare attentamente e su cui è necessario attivare garanzie e tutele affinché le frontiere europee non si trasformino in luoghi di non-diritto, ove lo Stato può far valere la propria autorità senza limiti e controlli.

³⁹ Su questo tema, v. A. BUFALINI, *Ancora a margine del caso N.D. & N.T. c. Spagna: la retorica dell'invasione si fa largo a Strasburgo?*, Blog ADiM, Editoriale, luglio 2020.

⁴⁰ Corte Edu (Grande Camera), *Ilias e Ahmed*, cit., §213. Nelle parole originali della Corte: “the States’ right... to take measures against foreigners circumventing restrictions on immigration”.