

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 3/2020

LA CORTE EDU COMPIE UN PICCOLO PASSO IN AVANTI SUI PAESI TERZI “SICURI” E UN PREOCCUPANTE SALTO ALL’INDIETRO SULLA DETENZIONE DI MIGRANTI AL CONFINE. A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO *ILIAS E AHMED C. UNGHERIA*

di Cesare Pitea

Abstract: Nella sentenza *Ilias e Ahmed*, la Grande Camera della Corte EDU si pronuncia sui limiti convenzionali a due strumenti controversi nella gestione dei flussi migratori in frontiera: l’applicazione della nozione di Paese terzo sicuro quale causa di inammissibilità di domande d’asilo e il trattenimento dei richiedenti in pendenza della determinazione del loro status. Sul primo punto, la sentenza chiarisce alcuni interessanti principi con riguardo sia alla valutazione da parte delle autorità nazionali, sia alla natura del sindacato sovranazionale, essenzialmente procedurale. Lascia tuttavia aperta la questione della loro applicazione concreta in casi futuri. Sulla questione del trattenimento, la Corte nega la sussistenza di una privazione di libertà personale, con una motivazione che sembra fondarsi su una visione “sovranista” del bilanciamento tra interessi dello Stato e diritti individuali e sull’elaborazione di una nuova teoria di interpretazione della Convenzione in materia di immigrazione. L’argomentazione della Corte presenta evidenti profili di incoerenza interna, costituisce un punto di rottura con la giurisprudenza sviluppata in casi analoghi e apre un fronte di conflitto giurisprudenziale con la Corte di giustizia dell’Unione europea. Il risultato è un preoccupante indebolimento delle garanzie convenzionali e della rule of law per i migranti in frontiera e costituisce un salto qualitativo nella tendenza verso un regime “eccezionale” (al ribasso) nella tutela dei diritti umani delle persone migranti.

Abstract: In *Ilias and Ahmed*, the Grand Chamber of the ECtHR ruled on the conventional limits to a couple of controversial tools for the management of migration flows at borders: the notion of “safe” third Country as a ground of inadmissibility of asylum claims and the detention of asylum seekers pending the determination of their status. On the first issue, the judgement sets out some relevant principles, both as the assessment by domestic authorities and the review by the Court. Their concrete application in future cases remains, however, an open question. On the issue of retention of asylum seekers at the land borders, the Court denies the existence of a deprivation of liberty, through a reasoning that seems to be based on a “sovereignist” outlook of the balance between State interests and individual rights. The Court also develops a new interpretive theory of the Convention in the field of migrations. Finally, the Court’s reasoning is internally inconsistent and is at variance with the case law developed in similar cases. Moreover, it opens a front of jurisprudential conflict with the Court of Justice of the European Union. The outcome of the case weakens the rule of law for migrants at borders and is a qualitative leap in the trend towards an “exceptional” (downward) regime in the protection of migrants’ human rights.

LA CORTE EDU COMPIE UN PICCOLO PASSO IN AVANTI SUI PAESI TERZI “SICURI” E UN PREOCCUPANTE SALTO ALL’INDIETRO SULLA DETENZIONE DI MIGRANTI AL CONFINE. A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA GRANDE CAMERA SUL CASO *ILIAS E AHMED C. UNGHERIA*

di Cesare Pitea*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il divieto convenzionale di *refoulement* nell’esame di ammissibilità di domande d’asilo fondato sull’applicazione della nozione di Paese terzo sicuro: gli obblighi gravanti sulle autorità nazionali. – 3. (*segue*) la natura e l’oggetto del sindacato operato dalla Corte EDU. – 4. La nozione di privazione della libertà in frontiera: l’argomentazione sviluppata dalla Corte. – 5. (*segue*) l’approccio “realista” all’interpretazione della CEDU e la lettura in chiave “sovranista” dei diritti dei migranti. – 6. (*segue*) le incongruenze e contraddizioni, sincroniche e diacroniche, nella motivazione della Corte.

1. Introduzione

Con la sentenza del 21 novembre 2019, la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani (Corte EDU) ha chiuso il caso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, uno dei più rilevanti tra quelli esaminati negli ultimi anni in materia di migrazione e asilo¹. La motivazione della sentenza della Camera del 14 marzo 2017², ancor più dell’esito in gran parte favorevole ai ricorrenti, aveva rilanciato la speranza che la Corte volesse riappropriarsi del ruolo di garante dei diritti fondamentali dei migranti e dei principi del *rule of law*, erigendo una diga giuridica al crescente discorso populista sulle migrazioni e alla connessa erosione dei diritti

* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano.

1. Corte EDU (Grande Camera), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15, sent. 21.11.2019, di seguito *Ilias e Ahmed* (GC). Per un primo commento, v. V. Stoyanova, *The Grand Chamber Judgment in Ilias and Ahmed v Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*, in *Strasbourg Observers*, <https://strasbourgobservers.com/>, 23.12.2019; F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti: La Corte Edu si esprime sulle politiche di controllo frontaliero dell’Ungheria (Parte I – espulsione e Art. 3 CEDU e Parte II)*, in *ADiM Blog*, <http://www.adimblog.com/>, 12.2019; 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*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2020; S. Zirulia, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo? - Riflessioni a margine di CGUE, Grande Camera, 14 maggio 2020, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU (FMS e FNZ) e C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Sistema penale*, www.sistemapenale.it, 25.5.2020.

2. Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, sent. 14.3.2017, ric. 47287/15, di seguito *Ilias e Ahmed* (camera).

fondamentali delle persone migranti, soprattutto nella gestione delle frontiere³. Rovesciando in gran parte il verdetto della Camera, al quale l'Ungheria aveva reagito con una legislazione di senso contrario rispetto a quello indicato dalla Corte⁴, la Grande Camera ha certificato l'accettabilità di un significativo arretramento delle garanzie in questa materia, perdendo l'occasione di fugare la sensazione diffusa che si stia affermando nella sua giurisprudenza un orientamento generalmente restrittivo che privilegia una visione "sovranista" nel bilanciamento tra diritti degli Stati e diritti degli individui nella gestione dei fenomeni migratori e un sostanziale arretramento del *rule of law* in questa materia.

I ricorrenti, due cittadini bengalesi assistiti dell'*Hungarian Helsinki Committee*, avevano fatto ingresso dalla Serbia in Ungheria (nonché nell'Unione europea) il 15 settembre 2015, entrando nella zona di transito di Röszke, situata sul territorio ungherese al confine tra i due Paesi. L'accesso al territorio ungherese tramite la frontiera di Röszke costituiva l'unica possibilità per chi volesse presentare domanda d'asilo in Ungheria, cosa che i ricorrenti facevano immediatamente dopo il proprio ingresso. La zona di transito era un'area chiusa, delimitata da cancellate di quattro metri e filo spinato, costantemente sorvegliata da guardie armate, chiusa verso e dall'esterno (anche i legali vi potevano accedere solo con autorizzazione delle autorità), attrezzata con containers e una piccola parte all'aperto costituita dal corridoio che li circondava, largo due metri e mezzo e lungo circa cinquanta. In poche ore, l'autorità amministrativa competente dichiarava inammissibili le domande di protezione dei ricorrenti, sull'assunto che la Serbia fosse un Paese terzo sicuro, in forza della designazione governativa nell'apposito elenco, avvenuta esclusivamente sulla base del suo *status* di candidato all'adesione all'Unione europea⁵. Contestualmente, veniva ordinata l'espulsione dei ricorrenti verso il Paese balcanico di provenienza. In pendenza del ricorso avverso tale decisione, i ricorrenti trascorrevano 23 giorni nella zona di transito. L'8 ottobre 2015, a seguito della definitiva decisione di inammissibilità delle loro domande, venivano scortati dalla polizia ungherese fuori dalla zona di transito ove veniva loro indicato di dirigersi "volontariamente" verso il confine con la Serbia e di attraversarlo illegalmente, stante l'impossibilità di varcarlo attraverso un posto di frontiera, per il noto rifiuto delle autorità serbe di riammettere sul proprio territorio stranieri provenienti dall'Ungheria.

3. V.P. Kilibarda, *The ECtHR's Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, *EJILBlog!*, www.ejiltalk.org/, 20.3.2017 e B. Gornati, *Paesi terzi sicuri, respingimenti a catena e detenzione arbitraria: il caso Ilias e Ahmed*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2017, pp. 542-552.

4. V.B. Nagy, *Restricting access to asylum and contempt of courts: Illiberals at work in Hungary*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/>, 18.9.2017.

5. Ungheria, decreto del Governo 191/2015 (VII.21) sulla designazione nazionale dei Paesi di origine e dei Paesi terzi sicuri, 1.8.2015 (traduzione in inglese disponibile su www.refworld.org/docid/55ca02c74.html).

I ricorrenti lamentavano di aver subito, in pendenza dell'esame della loro domanda di protezione internazionale e dei successivi ricorsi, un trattenimento illegale (in violazione dell'art. 5 della CEDU) e in condizioni inumane e degradanti (in violazione dell'art. 3 della CEDU). Lamentavano inoltre che il rigetto delle loro domande e il conseguente respingimento verso la Serbia costituivano una violazione dell'art. 3 della CEDU. Infine, si dolevano dell'assenza o dell'insufficienza di rimedi per contestare la legalità del loro trattenimento (ai sensi dell'art. 5, par. 4, della CEDU), le condizioni dello stesso e la legittimità del loro allontanamento dal territorio ungherese (invocando, in entrambi i casi, l'art. 13 della CEDU, in combinato con l'art. 3).

La sentenza, con la quale la Grande Camera, ad ampia maggioranza⁶, ha accertato la violazione della CEDU limitatamente alla questione relativa al rinvio verso la Serbia, proietta qualche luce sui criteri di esame di domande d'asilo nelle quali rilevi il concetto di Paese sicuro, in questo caso di transito, e diverse, lunghe e lugubri ombre sulla nozione di privazione della libertà in connessione all'esame in frontiera di tali domande. Su queste due questioni si concentrano le osservazioni svolte in questo commento.

2. Il divieto convenzionale di *refoulement* nell'esame di ammissibilità di domande d'asilo fondato sull'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro: gli obblighi gravanti sulle autorità nazionali

La sentenza della Grande Camera cristallizza e chiarisce alcuni limiti convenzionali al ricorso alla nozione di Paese terzo sicuro, soprattutto negli Stati membri dell'Unione europea in applicazione della facoltà prevista dagli articoli 33 e 39 della direttiva 2013/32 («direttiva procedure»)⁷. Da un lato, consolida un orientamento della Corte volto a legittimare tale contestata pratica, riconoscendo esplicitamente che «[t]he Convention does not prevent Contracting States from establishing lists of countries which are presumed safe for asylum seekers» (par. 152). Dall'altro, ne circoscrive la portata, almeno in via di principio, in applicazione del divieto convenzionale di *refoulement*⁸, articolando la rilevanza della designazione astratta di un Paese (in questo caso di transito) quale sicuro nell'esame individuale delle domande di asilo, sia in sede amministrativa, sia in sede di ricorso giurisdizionale.

6. V. l'opinione del giudice Bianku, a cui ha aderito il giudice Vučinić, parzialmente dissenziente sulla decisione di considerare inapplicabile l'art. 5 CEDU.

7. Direttiva (UE) n. 32/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.6.2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), in GUUE L 180 del 29.6.2013, p. 1 ss.

8. Sul principio di *non-refoulement* nella sua dimensione internazionale, tra diritto dei rifugiati e CEDU, v. *ex multis* F. Salerno, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, *Dir. um. e dir. int.*, 2010, p. 487 ss.

Come noto, gli Stati membri dell'Unione europea possono adottare norme nazionali che consentono di non esaminare nel merito una domanda di protezione internazionale, dichiarandola inammissibile ai sensi dell'art. 33, par. 2, lett. c), della direttiva procedure del 2013, quando il richiedente abbia un sufficiente collegamento con un Paese diverso da quello di origine, a condizione che tale Paese sia da ritenersi sicuro per il richiedente stesso, anche in virtù di una designazione *ex ante*, e che lo riammetta sul proprio territorio⁹. L'idea soggiacente è che il richiedente avrebbe potuto ricevere e dovuto richiedere protezione in tale Paese e non in quello nel quale ha presentato effettivamente la domanda¹⁰. Poiché sia la decisione di non esaminare nel merito una domanda di protezione sulla base della nozione di Paese terzo sicuro, sia la designazione di un determinato Stato quale sicuro a tal fine, sono frutto di una scelta discrezionale operata a livello nazionale e non sono imposte dall'attuazione di un obbligo derivante dalla partecipazione all'Unione europea, grava sugli Stati membri la responsabilità di assicurare che ciò avvenga nel pieno rispetto dei propri obblighi convenzionali, senza bisogno di ricorrere alla dottrina della protezione equivalente¹¹.

In questo quadro, la sentenza precisa sia il particolare contenuto che gli obblighi convenzionali di *non-refoulement* assumono, sia la natura del sindacato della Corte circa l'adempimento agli stessi, quando il richiedente non è destinato al rimpatrio nel proprio Paese di origine, ma al rinvio verso un Paese terzo di transito.

L'applicazione del concetto di Paese terzo sicuro, infatti, implica una scelta in favore dell'esame non già della fondatezza della domanda, e quindi della sussistenza di un rischio di persecuzione e/o di tortura e trattamenti inumani e degradanti nel Paese di origine (par. 138), ma della diversa questione se il ricorrente goda, nel Paese ove è rinvio, di una protezione sufficiente dal rischio di violazione del diritto protetto dall'art. 3 CEDU, sotto un duplice profilo: mediante l'accesso effettivo a un sistema di esame delle domande d'asilo (par. 134) che garantisca protezione contro il *refoulement*, anche indiretto (par. 133)¹², e in relazione ad altri rischi nel Paese di rinvio, con particolare riguardo alle condizioni di detenzione o di vita dei richiedenti asilo (par. 131).

La sentenza, anche a livello di enunciazioni di principio, si concentra sul primo di questi due aspetti. Sulla base di elementi già presenti nella propria giurisprudenza o risultanti da standard internazionali (par. 140), la Corte ribadisce alcune nozioni importanti in relazione alla prova della sicurezza del Paese terzo nei procedimenti nazionali. Sul richiedente grava l'onere di addurre e motivare («to rely on and to substantiate») le circostanze individuali

9. Art. 38 direttiva procedure.

10. Considerando 43-45 direttiva procedure.

11. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., parr. 95-97, in linea con la giurisprudenza consolidata sul punto, sulla quale v. per tutti Corte EDU (Grande Camera), *Avotins c. Latvia*, ricorso n. 17502/07, sent. 23.5.2016, par. 105.

12. V. anche *Mohammadi c. Austria*, ric. 71932/12, sent. 3.7.2014, par. 60.

pregiudizievoli, delle quali le autorità procedenti non possono essere a conoscenza. Grava invece su tali autorità l'onere di «carry out of their own motion an up-to-date assessment, notably, of the accessibility and functioning of the receiving country's asylum system and the safeguards it affords in practice. The assessment must be conducted primarily with reference to the facts which were known to the national authorities at the time of expulsion but it is the duty of those authorities to seek all relevant generally available information to that effect» (par. 141).

Questa affermazione chiarisce, in primo luogo, che l'indagine circa la sicurezza dello Stato di rinvio deve necessariamente avere natura concreta e deve riguardare l'effettiva accessibilità e affidabilità («accessibility and reliability», par. 139) delle procedure d'asilo in quel Paese, alla luce della loro pratica applicazione, non essendo sufficiente l'astratta esistenza di garanzie in testi legislativi o per effetto dell'esistenza di obblighi internazionali o sovranazionali, inclusi quelli derivanti dalla Convenzione stessa (par. 140).

In secondo luogo, il principio enunciato indica che l'inclusione in un elenco di Paesi sicuri, che deve comunque essere «sufficiently supported at the outset by an analysis of the relevant conditions in that country and, in particular, of its asylum system» (par. 152), non esime né le autorità amministrative, né il giudice in sede di ricorso, dal procedere d'ufficio a un esame concreto dell'applicabilità al caso di specie della determinazione di sicurezza operata in via generale e astratta. Sulle autorità, e non sul richiedente, grava l'onere di verificare d'ufficio se tali condizioni sussistano al momento dell'esame individuale della (ricevibilità della) domanda. Ciò, a nostro avviso, implica che la Corte, nell'utilizzare il termine presunzione («presumption») con riferimento all'incidenza della designazione *ex ante* sull'analisi del caso individuale, lo faccia in senso descrittivo, non potendosi considerare tecnicamente una presunzione l'assunto processuale della veridicità di un fatto la cui sussistenza deve comunque essere verificata d'ufficio e in concreto nel caso individuale¹³. Al contrario, costituisce una vera e propria presunzione quella che opera relativamente alla conoscenza, da parte delle autorità procedenti alla suddetta valutazione, di «[g]eneral deficiencies [of the asylum system] well documented in authoritative reports, notably of the UNHCR, Council of Europe and EU bodies» (par. 141). Se quest'ultimo punto è da valutarsi positivamente nella prospettiva dell'effettività della garanzia, si deve tuttavia rilevare che la Corte, omettendo un riferimento diretto alle fonti di informazione di origine non governativa, sembra indicare un arretramento rispetto alla giurisprudenza precedente¹⁴.

13. In questo senso, più esplicitamente, *Ilias e Ahmed* (camera), par. 124.

14. V. Corte EDU, *F.G. c. Svezia*, ric. 43611/11, sent. 23.3.2016, par. 117, con riferimento alla prova dinanzi ai giudici nazionali, e (Grande Camera) *J.K. et al. c. Svezia*, ric. 59166/12, sent. 23.8.2016, par. 90, con riferimento alla Corte stessa.

L'obbligo in capo alle autorità nazionali di valutare con attenzione i rischi rilevanti nel Paese di rinvio non può venir meno, come invece sostenuto dal Governo ungherese e da altri intervenienti, sulla base di considerazioni attinenti all'infondatezza nel merito, anche manifesta, della richiesta di protezione. L'assenza di rischi nel Paese di origine è, infatti, una conclusione alla quale si può giungere «only by means of a legal procedure resulting in a legal decision» (par. 137). Introdurre elementi di fondatezza nel merito della domanda in questo stadio e in assenza delle dovute garanzie, o peggio ancora come giustificazione *ex post facto* della decisione assunta, avrebbe la conseguenza che «asylum-seekers facing deadly danger in their country of origin could be lawfully and summarily removed to “unsafe” third countries. Such an approach would in practice render meaningless the prohibition of ill-treatment in cases of expulsion of asylum seekers» (par. 137).

3. (*segue*) la natura e l'oggetto del sindacato operato dalla Corte EDU

La precisazione dell'oggetto dell'analisi di ricevibilità fondata sull'applicazione della nozione di Paese terzo sicuro non si limita a fornire un'importante indicazione alle autorità nazionali (amministrative e giurisdizionali) circa le modalità di adempiere agli obblighi procedurali discendenti dall'articolo 3 della CEDU, ma contribuisce anche a definire l'atteggiarsi del sindacato della Corte sull'operato di queste ultime, nel quadro della più generale tendenza verso la proceduralizzazione degli obblighi in esame, quale espressione del principio di sussidiarietà¹⁵.

Questo si manifesta, innanzitutto, nella chiara esclusione dal novero delle questioni rilevanti dinnanzi alla Corte della sussistenza di un «arguable claim» di rischio di violazione dell'articolo 3 in caso di rimpatrio. Dovendosi l'analisi dei giudici nazionali concentrare sulla situazione nel Paese terzo di rinvio a esclusione della sussistenza di rischi nel Paese di origine, la Corte si troverebbe a operare quale giudice di prima istanza, senza il beneficio dell'analisi svolta delle autorità nazionali, in contrasto con il suo mandato (parr. 140-147).

Il compito della Corte in questi casi consiste dunque nel verificare se: a) le autorità nazionali abbiano dimostrato¹⁶ di aver tenuto in dovuta considerazione, procedendo d'ufficio e in maniera adeguata, le informazioni di carattere generale a loro disposizione relative al Paese terzo e al suo sistema di asilo, ivi comprese le condizioni di accoglienza dei richiedenti, sia nella designazione *ex ante* sia nell'esame individuale; e b) i ricorrenti abbiano avuto

15. R. Spano, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 487-502, e E. Brems, *The 'Logics' of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights*, in *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, a cura di J. Gerards ed E. Brems, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 17-39.

16. Che l'onere di dimostrare che tale analisi sia avvenuta con la dovuta diligenza gravi, almeno inizialmente, sullo Stato convenuto si ricava dal par. 154 della sentenza.

sufficienti opportunità dimostrare l'insicurezza del Paese terzo nel loro caso specifico (parr. 154-155).

Nell'applicazione al caso concreto, non è complesso per la Corte giungere alla conclusione che gli obblighi procedurali relativi alla valutazione del rischio di *refoulement* in Serbia sono stati violati, sulla base di tre ordini di considerazioni. Innanzitutto, per le deficienze nel procedimento di designazione della Serbia come Paese sicuro, avvenuta esclusivamente sul presupposto della sua partecipazione a trattati che impongono il rispetto del principio di *non-refoulement* e dello *status* di candidato all'ingresso nell'Unione europea, senza che vi fosse stata alcuna reale indagine sui rischi di un *refoulement* a catena o sull'accesso al sistema di asilo in Serbia e sulla sua affidabilità (parr. 153-154). In secondo luogo, perché l'applicazione al caso concreto era avvenuta senza tenere in considerazione alcuna le informazioni provenienti dall'Alto commissariato per i rifugiati delle Nazioni Unite, che attestavano l'esistenza di un rischio concreto di diniego di accesso al sistema d'asilo in Serbia. Infine, poiché tale rischio era stato esacerbato dalle autorità ungheresi «by inducing [the applicants] to enter Serbia illegally instead of negotiating an orderly return» (par. 163, con riferimento al par. 161).

Alla luce di queste circostanze fattuali, la sentenza, pur offrendo un contributo in principio rilevante nel circoscrivere il ricorso alla “presunzione” di sicurezza sempre più utilizzato nel diritto dell'Unione europea e negli ordinamenti degli Stati membri, lascia aperta la questione della pratica applicazione dell'impianto concettuale a casi nei quali l'omissione delle autorità statali non risulti così smaccatamente evidente come nel caso di specie. Nel quadro della proceduralizzazione delle garanzie convenzionali in materia di migranti, tendenza della quale la decisione in commento costituisce una evidente manifestazione, l'adozione, da parte della Corte, di criteri stringenti di sindacato del rispetto in concreto dei principi enunciati costituisce un requisito indefettibile dell'effettività della protezione offerta¹⁷. Inoltre, il rischio di un'accentuata proceduralizzazione dello scrutinio della Corte, se non accompagnata anche da una valutazione degli esiti della procedura, pur con un criterio meno stringente di manifesta irragionevolezza, rischia di portare alla legittimazione di risultati inaccettabili sotto il profilo del rispetto delle garanzie sostanziali¹⁸.

17. Per simili considerazioni sulla distanza tra principi e applicazione nella tutela dei migrante dinanzi alla Corte EDU, v. A. Saccucci, *Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, a cura di C. Favilli, Padova, CEDAM, 2011, p. 147 ss.

18. Sulla distinzione e la relazione tra «acceptable procedure» e «acceptable results», v. E. Brems, *Procedural Protection - An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights*, in *Shaping Rights in the ECHR. The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, a cura di E. Brems e J. Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 135 ss.

4. La nozione di privazione della libertà in frontiera: l'argomentazione sviluppata dalla Corte

Il secondo aspetto della sentenza sul quale ci si vuole soffermare riguarda la nozione di privazione della libertà personale, ai sensi dell'articolo 5 della CEDU, per la prima volta affrontata in relazione a un caso di confinamento di migranti in una zona posta in una frontiera terrestre, in attesa della determinazione del loro diritto a soggiornare nello Stato. Tale questione è essenziale per l'applicazione delle garanzie – già limitate – contro il trattenimento arbitrario dei migranti, in un contesto di politiche migratorie in cui il confinamento fisico è uno strumento crescentemente utilizzato e legittimato, ed è sovente accompagnato da una qualificazione nel diritto e nelle prassi nazionali che ne nega la natura privativa della libertà personale.

In via generale, è appena il caso di ricordare che le garanzie contro l'arbitrarietà della privazione della libertà enunciate dalla disposizione in esame si applicano, come è logico, solo in presenza di una risposta affermativa alla domanda sul *se* vi sia stata tale privazione. Per quanto concerne i migranti ed interessa in questa sede, la Convenzione consente tale privazione per prevenire l'ingresso irregolare (art. 5, par. 1, lett. f). In tali casi, le garanzie si presentano già, per giurisprudenza costante, assai limitate¹⁹. A differenza di quanto avviene nelle altre circostanze che possono giustificare una privazione della libertà, la detenzione dei migranti non soggiace a uno stringente criterio di necessità²⁰. In altre parole, la privazione della libertà è convenzionalmente giustificabile anche se l'obiettivo di controllo dei flussi migratori potrebbe essere perseguito efficacemente tramite misure meno intrusive. Il criterio di legittimità convenzionale è, dunque, quello meno gravoso dell'assenza di arbitrarietà, nel senso che la misura restrittiva deve essere strettamente connessa («*closely connected*») alla finalità di impedire l'ingresso illegale e, tenuto conto del fatto che essa è sovente applicata a persone che non hanno commesso alcun reato e che possono essere in fuga da rischi per la loro incolumità, deve svolgersi in luoghi adeguati e avere una durata che non ecceda quanto ragionevolmente necessario in relazione alla finalità perseguita²¹. Si tratta, dunque, di uno standard molto generoso per gli Stati, che lascia ampio margine al ricorso alla detenzione dei migranti che varchino la frontiera senza i necessari documenti, e poco aggiunge alle tradizionali garanzie di inviolabilità della libertà personale e che si manifestano nel requisito di legalità della privazione della libertà (art. 5, par. 1, CEDU) e

19. Si veda il *leading case* Corte EDU, *Saadi c. Regno Unito*, ric. 13229/03, sent. 29.1.2008. Per una visione critica dell'insieme della giurisprudenza sul punto, v. C. Costello, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 279 ss. Per una comparazione con la giurisprudenza interamericana, v. F. Ippolito, *Detention of Irregular Migrants: Dialogue and Divergence between the Inter-American and European Human Rights Courts*, in *Revue hellénique du droit international*, 2012, p. 583 ss.

20. *Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 66.

21. *Ivi*, par. 74.

nei diritti accessori, ma fondamentali, di informazione circa le ragioni della detenzione (art. 5, par. 2, CEDU) e di controllo giurisdizionale circa la legalità della stessa (art. 5, par. 4, CEDU).

Nella sentenza in commento, e in quella gemella sul caso *Z.A. e altri c. Russia*²², la Corte enuncia un approccio interpretativo speciale al trattenimento in frontiera dei migranti (par. 213)²³ ed elabora dei criteri per l'esame della questione che si distaccano in parte da quelli ormai consolidati, applicandoli peraltro in modo poco convincente²⁴.

La Corte individua alcuni fattori da tenere in considerazione, a suo dire ricavabili dai principi ormai costantemente enunciati e applicati in materia, per la qualificazione della condizione giuridica delle persone trattenute in frontiera, che guidino l'interprete nella complessa determinazione, di natura squisitamente fattuale, della sottile linea che separa limitazione alla libertà di circolazione e privazione della libertà personale. Come la Corte ha da tempo riconosciuto, la distinzione è una questione «of degree or intensity and not one of nature or substance»²⁵ e «the process of classification into one or other of these categories sometimes proves to be no easy task, in that some borderline cases are a matter of pure opinion, the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 depends»²⁶.

L'approccio tradizionale della Corte consiste nell'osservare che, nell'operare la qualificazione, «the starting-point must be [the applicant's] specific situation in reality and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question» (par. 212)²⁷. Nel caso di specie, la Corte sviluppa un test più articolato che si fonda sull'esame di quattro fattori: 1) la situazione individuale e le scelte dei ricorrenti; 2) il regime giuridico applicabile nello Stato interessato e la sua finalità; 3) la durata della restrizione, specialmente alla luce della sua finalità e delle garanzie procedurali a disposizione dei ricorrenti durante l'applicazione della

22. Corte EDU (Grande Camera), *Z.A. et al. c. Russia*, ric. 61411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16, sent. 21.11.2019, specialmente par. 135. Il caso riunisce le vicende, per molti versi simili, di quattro migranti "in orbita" di diversa nazionalità (irachena, palestinese, somala e siriana). I ricorrenti, in partenza o in transito dall'aeroporto internazionale Sheremetyevo di Mosca, erano stati respinti dal Paese di prima destinazione del loro volo e rinviiati in Russia. Rientrati all'aeroporto moscovita, le autorità di frontiera russe avevano rifiutato loro di oltrepassare la barriera del controllo documenti e avevano sequestrato i loro passaporti. In seguito, avevano tutti richiesto una forma di protezione, temporanea o *status* di rifugiato, ed erano stati confinati, in pendenza della decisione, nella zona di transito dell'aeroporto. Il confinamento dei ricorrenti, durato a seconda dei casi tra i 5 e i 22 mesi, terminava – in due casi – con il reinsediamento a cura dell'UNHCR in Stati europei e – negli altri due – con il rimpatrio nei Paesi di origine, in conseguenza delle decisioni definitive di rigetto delle loro domande.

23. V. *infra*, par. 5.

24. V. *infra*, par. 6.

25. V. Corte EDU, *Guzzardi c. Italia*, sent. 6.11.1980, parr. 92-93.

26. *Ibidem*.

27. V. anche Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia e al. c. Italia*, ric. 16483/12, sent. 15.12.2016, par. 64.

misura; 4) la natura e il grado delle restrizioni effettivamente imposte ai ricorrenti o da essi subite (par. 217).

Nel passare alla loro applicazione concreta, la Corte sottolinea di trovarsi per la prima volta ad esaminare la questione del trattenimento alla frontiera terrestre, essendo i precedenti relativi a ingressi via aerea e marittima, e preannuncia che «[t]he specific purpose, as well the physical and legal characteristics of such transit zones *will inevitably have an impact on the Court's analysis* of the applicability of Article 5» (par. 218, corsivo nostro). Quanto al primo fattore identificato come rilevante, la Corte sottolinea che i ricorrenti hanno varcato il confine di propria iniziativa (par. 220) e senza esservi costretti da un pericolo diretto e imminente per la loro salute o vita in Serbia (par. 223). Quanto al secondo, la Corte osserva che, ai sensi dell'ordinamento interno, il trattenimento dei ricorrenti ha la finalità di consentire alle autorità ungheresi di esercitare il proprio diritto di verificare se un migrante possieda i requisiti per l'ingresso nel territorio, dopo avere intimato loro di allontanarsi. A tale osservazione è legata l'analisi del terzo fattore, relativamente al quale la Corte osserva che il diritto ungherese prevedeva un periodo massimo di permanenza nella zona di transito (di quattro settimane) e riconosceva ai ricorrenti talune garanzie procedurali nell'esame della loro domanda di protezione. In concreto, il rispetto della durata massima prevista e la celerità con la quale le domande di protezione dei ricorrenti erano state esaminate, nonostante una situazione ritenuta critica, determinata dall'afflusso massiccio di migranti e richiedenti asilo (par. 228), contribuivano a rafforzare l'idea che la permanenza dei ricorrenti nella c.d. "area di attesa" non avesse oltrepassato, nei tempi e nei modi, quanto la Corte valuta strettamente necessario per l'esame della domanda medesima (par. 229), sicché «the situation of an individual applying for entry and waiting for a short period for the verification of his or her right to enter cannot be described as deprivation of liberty *imputable* to the State» (par. 225, corsivo nostro).

L'analisi dell'ultimo fattore è decisiva e affronta l'argomento centrale coerentemente sostenuto dall'Ungheria, secondo il quale la permanenza nella zona di transito non costituiva una privazione di libertà in quanto i ricorrenti avevano la possibilità di fare ritorno in Serbia. Il ragionamento della Corte contiene due concessioni alle ragioni dei ricorrenti. Da un lato, la Corte riconosce che la zona di transito è assimilabile ad alcune tipologie di «light-regime detention facilities», per la sua conformazione fisica e per il regime di sorveglianza e di controllo degli ingressi in essa istituito (par. 232). Dall'altro, la Corte riconosce che, anche alla luce dell'Accordo di riammissione tra Serbia e Unione europea²⁸, i ricorrenti probabilmente non avevano il diritto di oltrepassare il confine con la Serbia (par. 237). Tuttavia, la rilevanza di tali osservazioni viene completamente oscurata dalla

28. *Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia*, GUUE 19.12.2007 L 334, p. 46 ss.

considerazione circa la possibilità *fisica* di rientrare in Serbia “spontaneamente”, che costituisce la vera *ratio decidendi* della sentenza. La Corte infatti osserva che altri migranti trattenuti nella zona di transito avevano lasciato Röszke per rientrare in Serbia (par. 235 e 237) e che, materialmente, ciò poteva avvenire senza la necessità di azioni, quali l'imbarco su un aeromobile, che avrebbero necessitato di una cooperazione “esterna” da parte delle autorità ungheresi (par. 237), con ciò differenziando il caso dai precedenti in cui la Corte aveva ritenuto l'articolo 5 applicabile. Ciò portava alla conclusione che «[i]n practical terms (...) the possibility for [the applicants] to leave the Röszke land border transit zone was not only theoretical but realistic» (par. 236) e che «the *de facto* possibility of them leaving the transit zone for Serbia existed, not only in theory but also in practice» (par. 237). La Corte respinge l'obiezione dei ricorrenti, secondo i quali tale condotta, ancorché materialmente possibile, avrebbe comportato, da un lato, il rischio di trattamenti inumani e degradanti in Serbia e di *refoulement* indiretto verso il Paese di origine e, dall'altro, la rinuncia definitiva alla domanda di protezione in Ungheria. Secondo la maggioranza, tali conseguenze avverse connesse al rientro “volontario” in Serbia, in assenza di una minaccia diretta per la vita o la salute dei migranti, non incidendo sulla possibilità materiale di sottrarsi al trattenimento, non siano tali da mutare la natura della permanenza dei ricorrenti nella zona di transito (parr. 239-248), se non a costo di «stretch the concept of deprivation of liberty beyond its meaning intended by the Convention» (par. 243).

5. (segue) l'approccio “realista” all'interpretazione della CEDU e la lettura in chiave “sovranista” dei diritti dei migranti

L'argomentazione sviluppata dalla Corte appare assai debole e poco convincente ed è chiaramente influenzata da due premesse, una sui canoni interpretativi e una sul contesto *culturale e discorsivo*, espresse come segue: «in drawing the distinction between a restriction on liberty of movement and deprivation of liberty in the context of confinement of asylum-seekers, its approach should be *practical and realistic*, having regard to *the present-day conditions and challenges*. It is important in particular to recognise the *States' right*, subject to their international obligations, to control their borders and to take measures *against foreigners circumventing restrictions on immigration*» (par. 213, corsivi nostri)²⁹.

La Corte, dunque, riconosce esplicitamente la necessità di applicare un approccio speciale all'interpretazione della nozione di restrizione della libertà personale dei migranti nelle procedure di frontiera. A chiunque abbia un minimo di dimestichezza con la giurisprudenza della Corte, non sfuggirà la portata regressiva di tale paragrafo, che distorce

29. Vedi anche Z.A., cit., par. 135.

nel significato e nel significato due tra i più antichi e caratteristici slogan interpretativi della Corte.

L'endiadi «*practical and realistic*» si sostituisce a quella «*practical and effective*» che, affermata sin dagli albori della giurisprudenza della Corte³⁰, ha inteso esprimere, sulla base dell'oggetto e dello scopo della Convenzione quale trattato sulla protezione dei diritti umani³¹, un principio interpretativo di portata generale (c.d. principio di interpretazione effettiva) la cui essenza è la prevalenza e la precedenza di un'interpretazione a favore della garanzia dei diritti individuali, rispetto a un'altra, pur plausibile, maggiormente rispettosa della sovranità degli Stati. Inoltre il riferimento alla necessità che l'interpretazione del testo convenzionale guardi alle «*present-day conditions*», espressione sintetica dell'idea di interpretazione dinamica ed evolutiva della Convenzione, si arricchisce della presa in considerazione anche delle *challenges* che la tutela dei diritti deve affrontare. A quali sfide si riferisce la Corte? La domanda trova risposta, nella sentenza gemella sul caso *Z.A. c. Russia*: a quelle derivanti dal fenomeno di elusione da parte dei migranti dei limiti posti all'ingresso sul territorio dagli Stati, nell'esercizio della propria sovranità, e quindi «the practical, administrative, budgetary and legal challenges that the member States face as a consequence of the influx of refugees and immigrants»³². Quest'ultima osservazione chiude il cerchio e restituisce un sinistro quadro del sostrato culturale e dell'approccio discorsivo soggiacente la decisione della Corte che, seppur non nuovo³³, assurge per la prima volta a compiuta teoria interpretativa.

Lo sviluppo dell'argomentazione ha dunque come punto di partenza l'accentuazione sino alle estreme conseguenze di un approccio sovranista alla materia migratoria che, in verità, già contraddistingue la giurisprudenza della Corte³⁴. Tradizionalmente, la Corte individua esplicitamente la funzione degli obblighi internazionali in materia di ingresso e soggiorno degli stranieri³⁵ quale mero limite al «*undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory*»³⁶. Nella prospettiva della teoria dei diritti umani, questo approccio è stato criticato in quanto inverte l'ordine di priorità tra diritto della persona e

30. Corte EDU, *Airey c. Irlanda*, ric. 6289/73, sent. 9.10.1979, par. 24, e *Artico c. Italia*, ric. 6694/74, sent. 13.5.1980, par. 33.

31. Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. 14038/88, sent. 7.7.1989, par. 89.

32. *Z.A.*, cit., par. 126.

33. Cfr., ad esempio, *Khlaifia*, cit., par. 185, come osservato anche da Zirulia, *op. cit.*

34. V., per una recente disamina della giurisprudenza attraverso questa lente, F. De Vittor, *Migrazioni, frontiere e tutela dei diritti dello straniero: il controllo dei confini nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, fasc. 2, 2020, in corso di pubblicazione.

35. V., ampiamente, M.-B. Dembour, *When Humans Become Migrants Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 3-6.

36. *Ex multis v. Saadi c. Regno Unito*, cit., par. 64, *Amuur*, par. 41; *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sent. 28.5.1985, parr. 67-68.

diritto dello Stato³⁷. Nella prospettiva del diritto internazionale positivo, anche tralasciando la radicale contestazione della fondatezza dell'affermazione della Corte³⁸, l'affermazione è di per sé poco più che banale: tutti gli obblighi internazionali in materia di diritti umani costituiscono la limitazione di un precedente diritto dello Stato in quanto ente sovrano.

Non banale e pregno di significato è che tale ricostruzione teorica sia esplicitata dalla Corte solo nei confronti della posizione dello straniero. Nella sentenza in commento, l'idea che lo Stato, al fine di esercitare questo diritto primordiale di controllo sullo straniero, si trovi necessariamente nella posizione di doverne restringere la sfera fisica di libertà³⁹ assume una posizione centrale nell'economia complessiva della motivazione. Il confinamento fisico non sarebbe nemmeno imputabile allo Stato, ma all'individuo stesso che, tramite la propria condotta, mette alla prova i limiti giuridici della sovranità statale⁴⁰. Esso, dunque, costituirebbe una privazione della libertà solo in casi eccezionali, in particolare quando vi sia evidenza di un esercizio abusivo o arbitrario, da parte dello Stato, del proprio diritto sovrano di confinare lo straniero in ingresso sul territorio. Come si evidenzierà meglio in seguito, questo approccio trasla l'analisi tradizionalmente operata sul piano dei *limiti* alla detenzione a quello della sussistenza stessa della privazione della libertà, con l'effetto distopico che l'assenza di abuso o arbitrario trascina con sé la rimozione delle garanzie fondamentali di legalità e *habeas corpus* che sono presidio fondamentale del *rule of law* in questo ambito.

A questo "eccezionalismo"⁴¹ nel canone interpretativo e nell'approccio discorsivo al tema della difesa dei confini si accompagna il richiamo a due classiche munizioni dell'arsenale di stereotipi che legittimano le politiche securitarie di contenimento dei flussi migratori e le restrizioni al diritto d'asilo: la teoria del richiedente abusivo e la retorica emergenziale della crisi.

Sul primo punto, e anche in questo caso si tratta di una novità, l'enunciazione di principio della Corte individua nello straniero che aggira le restrizioni in materia di immigrazione il soggetto rispetto al quale lo Stato ha il diritto e la necessità di adottare strategie "difensive". E questo nonostante nel caso concreto i ricorrenti avessero varcato la frontiera tutt'altro che clandestinamente, sottoponendosi a identificazione e presentando immediatamente domanda d'asilo⁴². Con un'evidente asimmetria rispetto alla

37. Dembour, *op. cit.*, pp. 3-6.

38. B. Schotel, *On the Right of Exclusion: Law, Ethics and Immigration Policy*, Abingdon: Routledge, 2012.

39. Per una radicale critica a questo assunto, v. C. Costello, *Immigration Detention: The Grounds Beneath Our Feet*, in *Current Legal Problems*, 2015, p. 143 ss.

40. Per un'impostazione non dissimile, v. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. 8675/15 8697/15, sent. 13.2.2020, par. 200.

41. Un "eccezionalismo" che si ritrova anche in altri ambiti della giurisprudenza riguardante i fenomeni migratori, v. V. Stoyanova, *Populism, Exceptionality, and the Right to Family Life of Migrants under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of Legal Studies*, 2018, p. 83 ss.

42. Stoyanova, *Grand Chamber*, cit., e Gatta, *op. cit. (parte II)*, p. 3.

rappresentazione dell'esercizio da parte dello Stato del proprio diritto di svolgere controlli in frontiera, l'esercizio da parte dei ricorrenti del proprio diritto di accedere alla procedura di protezione internazionale viene inquadrato quasi aprioristicamente come una *scelta*, della quale essi sembrano dover sopportare l'inevitabile conseguenza di trascorrere un periodo di tempo confinati in una zona di "attesa". Vi è dunque uno scollamento tra i fatti in causa e il quadro concettuale della loro analisi, a meno che non si voglia ritenere che sullo sfondo della decisione vi sia una valutazione circa la natura genuina della domanda di protezione dei ricorrenti, questione che tuttavia la Corte esplicitamente ha ritenuto irrilevante.

Fa infine capolino nella sentenza un altro pezzo fondamentale del discorso securitario sulle migrazioni, quello fondato sulla teoria della crisi, con la conseguente legittimazione di approcci emergenziali, di stati di eccezionalità e di una maggiore tolleranza verso la compressione dei diritti⁴³. Il riferimento alle «conditions of a mass influx of asylum-seekers and migrants at the border, which necessitated rapidly putting in place measures to deal with what was *clearly* a crisis situation» (par. 228, corsivo nostro) non è fondato né sull'analisi di dati, né sulla valutazione delle cause e del contributo dello Stato interessato, tramite le proprie politiche e le proprie scelte operative, al prodursi della situazione, ma è il frutto di un appiattimento della Corte alla rappresentazione della situazione fornita dal Governo ungherese. Questa osservazione è posta in diretta relazione con l'apprezzamento che la Corte esprime per la celerità con la quale le autorità hanno esaminato la domanda di protezione dei ricorrenti. Ciò è sorprendente, se si rammenta che, solo poche pagine innanzi, la medesima procedura era stata censurata per le evidenti e grossolane carenze che la rendevano del tutto inadatta ai propri scopi. La Corte quindi, pare adottare una nozione di efficienza della procedura nella risposta alla (supposta o esistente) crisi che antepone la capacità di disporre rapidamente di un elevato numero di casi, alla funzionalità, ovvero la capacità della procedura di raggiungere lo scopo protettivo voluto, anteponendo, ancora una volta, l'esigenza di celerità, espressione dell'interesse dello Stato, a quella di garanzia dell'individuo.

6. (segue) le incongruenze e contraddizioni, sincroniche e diacroniche, nella motivazione della Corte

Abbandonando gli elementi di contesto per tornare sul terreno della coerenza e della persuasività della motivazione, si può osservare come essa di fatto riconfiguri i principi relativi alla determinazione dell'applicabilità dell'articolo 5, contraddicendo diversi assunti

43. V, ad esempio, con riferimento alle condizioni accoglienza o trattenimento, *Khlaifia*, cit., par. 185, Corte EDU, *J.R. et al. c. Grecia*, ric. n. 22696/16, sent. 25.1.2018, par. 43-62, e *Kaak e al. c. Grecia*, ric. n. 34215/16, sent. 3.10.2019, par. 48, e le considerazioni ampie di De Vittor, *op. cit.*, p. 106 ss.

consolidati nella giurisprudenza, applicandoli in modo aprioristicamente orientato alla protezione della sovranità statale.

Il primo significativo arretramento si realizza con la valorizzazione, ai fini della qualificazione giuridica della misura restrittiva, della circostanza che i ricorrenti abbiano varcato il confine di propria iniziativa («of their own initiative») (par. 220). Ciò che conta, per la Corte, non è tanto la *volontarietà* della condotta, ma l'*estraneità* ad essa delle autorità dello Stato interessato⁴⁴. Pur lasciando da parte il tema della rilevanza, sotto un profilo di logica pura, delle circostanze *iniziali* dell'ingresso in un luogo per determinare se la *successiva* permanenza in esso costituisca o meno privazione della libertà⁴⁵, ci si può limitare ad osservare che la giurisprudenza della Corte aveva sistematicamente considerato ininfluyente tale circostanza, essendo l'inviolabilità della libertà personale un diritto troppo importante per considerare che il semplice fatto di consegnarsi volontariamente possa privare l'individuo delle garanzie ad esso connesse⁴⁶. Ciò che, secondo la Corte, distinguerebbe interamente («entirely») il caso di specie dai precedenti è che qui non vi era alcuna rilevante connessione tra lo Stato convenuto e i ricorrenti anteriore alla condotta “volontaria” di questi ultimi (par. 221). Non sfuggirà che questo criterio di distinzione fattuale – fortemente penalizzante nella valutazione della qualificazione giuridica della condizione del ricorrente e delle relative garanzie – finisca per applicarsi pressoché esclusivamente a stranieri che varchino la frontiera in ingresso. Nei precedenti citati, peraltro, la Corte aveva relativizzato il concetto di volontarietà della consegna alle autorità in assenza di una coercizione fisica, attribuendo rilievo alla condizione, di necessità o anche di semplice vulnerabilità materiale o psicologica, in cui versava il soggetto interessato⁴⁷. Considerazioni che sono invece del tutto omesse nel caso di specie, ove la Corte, adottando ancora una volta uno standard più stringente, deduce che i ricorrenti hanno varcato il confine di spontanea volontà («of their own free will») dall'assenza di un pericolo *diretto* e *imminente* per la loro salute o vita in Serbia (par. 223). I giudici dissenzienti criticando duramente la linea argomentativa della maggioranza, sottolineano che per un richiedente asilo l'attraversamento del confine è una questione di *necessità*, non di *scelta*⁴⁸.

44. *Z.A.*, cit., parr. 140-142.

45. *Zirulia*, *op. cit.*, punto 4.

46. Si trattava di casi di persone senza fissa dimora (Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, ric. 2832/66, 2835/66 e 2899/66, sent. 18.6.1971), di sospettati che si erano spontaneamente presentati in qualità di testimoni per un interrogatorio di polizia (*I.I. c. Bulgaria*, ric. 44082/98, sent. 9.6.2005, parr. 84-87, *Osypenko c. Ucraina*, ric. 4634/04, sentenza del 9.11.2010, parr. 48-49, e; *Venskutė c. Lituania*, ric. 10645/08, sent. 11.12.2012, par. 72), o di detenuti che avevano chiesto di essere assegnati agli arresti domiciliari e non avevano contestato tale misura (*Buzadji v. Moldova* (Grande Camera), ric. 23755/07, sent. 5.7.2016, parr. 106-10).

47. *De Wilde, Ooms and Versyp*, cit., par. 65, e *Buzadji*, cit., par. 108.

48. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 75.

I giudici Bianku e Vučinić criticano la maggioranza anche per la rilevanza attribuita alla qualificazione giuridica della restrizione secondo il diritto interno e alla finalità della restrizione, ai fini dell'applicabilità dell'articolo 5. Il primo aspetto costituisce un evidente *revirement* rispetto all'ormai consolidata giurisprudenza con la quale la Corte aveva costantemente affermato l'assoluta autonomia della nozione di detenzione ai sensi dell'articolo 5 della CEDU rispetto al diritto nazionale⁴⁹. Quanto al secondo, «[it] turns the clock back many years»⁵⁰ nella prassi interpretativa della Corte, ove si trova sovente ripetuto che «[t]he purpose of measures (...) no longer appears decisive for the assessment of whether there has in fact been a deprivation of liberty»⁵¹, essendo invece tale considerazione rilevante allo stadio, logicamente successivo, dell'analisi giuridica circa l'arbitrarietà della misura stessa. Nella sentenza *Ilias e Ahmed*, invece, la valutazione della finalità è centrale nell'analisi sull'applicabilità dell'articolo 5: la presenza di garanzie procedurali (peraltro attinenti alla domanda di protezione, non alla legalità della restrizione o alle condizioni di permanenza)⁵² e le considerazioni relative alla durata della restrizione hanno la funzione di fornire un indicatore della genuinità della correlazione tra trattenimento e procedimento per la determinazione dello *status*, quale modalità di attuazione del diritto sovrano di controllo delle frontiere, con la conseguenza che solo in presenza di indici di arbitrarietà si potrebbe giungere alla conclusione che si tratta, effettivamente, di una privazione della libertà.

Ancor meno convincente e coerente, sia con la giurisprudenza consolidata, sia con le conclusioni precedentemente raggiunte circa la violazione (procedurale) del divieto di *refoulement*⁵³, è l'analisi della questione se i ricorrenti avessero la possibilità di lasciare la zona di transito attraversando il confine verso la Serbia. La Corte appiattisce la propria valutazione sulla dimensione fattuale e materiale di tale possibilità⁵⁴. Ancora una volta, una proposizione discutibile sotto il profilo della pura logica⁵⁵, diventa un parametro prevalente su tutti gli altri, inclusa sulla riconosciuta assimilabilità oggettiva della zona di transito a una struttura detentiva a custodia attenuata. Irrilevante diviene anche la circostanza che

49. V., nella medesima materia, *Khlaifia*, cit., par. 50.

50. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 77.

51. Corte EDU, *Rozhkov c. Russia* (no. 2), ric. 38898/04, sent. 31.1.2017, par. 74.

52. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., opinione dissenziente Bianku e Vučinić, p. 78.

53. Come costantemente sottolineato dai commenti alla sentenza, v. in particolare Stoyanova, *The Grand Chamber*, cit., e Gatta, *op. cit. (parte II)*.

54. Sui limiti intrinseci sotto il profilo teorico dell'equazione tra possibilità fisica di sottrarsi a un confinamento e assenza di privazione della libertà si vedano le brevi considerazioni di Zirulia, *op. cit.*, punto 5, con riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione circa l'elemento oggettivo integrante la fattispecie di reato di sequestro di persona.

55. Come è stato osservato, affermare che la possibilità materiale di lasciare la zona di transito verso la Serbia esclude la natura privativa della libertà della misura, «is no better argument than claiming that prisoners who de facto can escape the jail are in fact not detained», v. B. Nagy, *A – pyrrhic? – victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, <https://eumigrationlawblog.eu/>, 15.6.2020.

l'attraversamento della frontiera non poteva che realizzarsi in modo irregolare, comportamento che la Corte aveva stigmatizzato, tanto come espressione della condotta del migrante, quanto come fattore che aveva esacerbato i rischi per i ricorrenti. Inoltre, il criterio individuato dalla Corte indica una nuova nozione di libertà nella scelta di una condotta che oblitera la rilevanza delle conseguenze della stessa, sia sul piano fattuale (il rischio di *refoulement* indiretto), sia sul piano giuridico (la rinuncia definitiva alla possibilità di ottenere protezione internazionale in Ungheria e la soggezione a sanzioni anche penali in Serbia).

Ancora una volta, la Corte contraddice quanto affermato, sulla base del principio di interpretazione effettiva, nella sentenza sul caso *Amuur* e ribadito (con una magistrale pagina di diritto, ormai cancellata) nella sentenza di camera: il richiedente asilo non è sottratto da una condizione di coercizione per il solo fatto di avere la possibilità di lasciare il Paese in cui ha cercato rifugio, senza che vi sia un altro Paese preparato a (ri)ammetterlo e a garantirgli, in pratica, un livello di protezione equivalente⁵⁶. Nel caso dei ricorrenti, inoltre, «[t]o hold otherwise would void the protection afforded by Article 5 of the Convention by compelling the applicants to choose between liberty and the pursuit of a procedure ultimately aimed to shelter them from the risk of exposure to treatment in breach of Article 3 of the Convention»⁵⁷.

Il ragionamento dogmatico e tendenzialmente tautologico con il quale la Grande Camera cerca di giustificare la conclusione di segno contrario non è persuasivo. Il tentativo di distinguere la situazione dei migranti da quella dei trattenuti in aeroporto o su un'isola, sulla base della circostanza che questi dovrebbero servirsi di un mezzo di trasporto (aereo o nave) risulta "artificioso"⁵⁸.

Poco convincente è il tentativo di giustificare l'incongruenza tra la condanna per violazione (procedurale) dell'articolo 3 e la conclusione della natura realistica della possibilità di rientrare in Serbia con la necessità di tenere separati i due profili nel momento interpretativo. Tuttavia, la regola generale di interpretazione dei trattati, cui la Corte costantemente afferma di ispirarsi⁵⁹, non impedisce affatto di ricorrere agli obblighi derivanti dall'articolo 3 per interpretare l'articolo 5. Al contrario richiede che la Convenzione sia «read as a whole, and interpreted in such a way as to promote internal consistency and harmony between its various provisions»⁶⁰, non ostando dunque a che una scelta implicante il rischio di subire un *refoulement* – oggetto di una protezione di carattere

56. *Amuur*, cit., par. 48 e, concordemente, *Ilias e Ahmed* (camera), cit., par. 56.

57. *Ivi*, par. 57.

58. V. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), op. diss. Bianku e Vučinić, p. 76.

59. Di recente, *ex multis*, Corte EDU (Grande Camera), *Magyar Helsinki Bizottság c. Ungheria*, sent. 8.11.2016, par. 118 ss.

60. *Ivi*, par. 120.

assoluto – sia considerata impraticabile al fine di determinare se un individuo abbia effettivamente e realisticamente la possibilità di sottrarsi da una situazione di confinamento optando per essa.

Infine, non si capisce in qual modo l'esposizione a un rischio diretto per la vita e la salute (unica circostanza che secondo la Corte renderebbe meramente teorica la possibilità di rientrare in Serbia) sia idoneo a condizionare la libera determinazione dell'individuo in modo sostanzialmente diverso dal rischio di *refoulement* che è ontologicamente un fondato rischio di un danno grave, ancorché non immediato⁶¹, e che è tutt'altro che escluso dalla circostanza che la Serbia sia parte alla Convenzione di Ginevra sullo *status* di rifugiato e membro del Consiglio d'Europa. Inoltre, come rilevato dai giudici dissenzienti, la conclusione che i ricorrenti non versassero in questa condizione ha carattere speculativo e non è fondata su un'analisi approfondita della situazione. Che ad essa si giunga, peraltro senza richiedere che la sussistenza del rischio rilevante sia stata oggetto di verifica a livello nazionale, trasforma la Corte in un giudice del fatto in prima istanza, in contrasto con il principio di sussidiarietà⁶².

L'intrinseca debolezza dell'argomentazione della Corte e della conclusione alla quale perviene è infine testimoniata dalla decisione di senso contrario della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa *FMS, FNZ e SA, SA junior*⁶³, vertente sulla medesima questione giuridica e su circostanze di fatto che, eccezion fatta per l'identità delle persone coinvolte, sono le stesse sulle quali si è pronunciata la Corte EDU. La Corte di giustizia, definito il trattenimento «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» (par. 223), osserva che «il collocamento dei ricorrenti nei procedimenti principali nella zona di transito di Röszke non si distingue da un regime di trattenimento» (par. 227) e che la circostanza che essi fossero lasciati liberi di rientrare in Serbia non può mutare tale conclusione, in quanto tale possibilità non risulta né effettiva, né realistica⁶⁴, alla luce delle conseguenze che ciò avrebbe comportato in Serbia, con l'assoggettamento a sanzioni penali, e in Ungheria, con la rinuncia alla domanda d'asilo (parr. 229-230). È appena il caso di notare che, come già per la

61. Per una critica ad una più generalizzata tendenza, anche nella giurisprudenza della Corte, a introdurre un elemento di imminenza del danno nelle valutazioni in materia di asilo, v. A. Anderson *et al*, *Imminence in Refugee and Human Rights Law: A Misplaced Notion for International Protection*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 211 ss.

62. *Ilias e Ahmed* (Grande Camera), cit., op. diss. Bianku e Vučinić, p. 75.

63. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 14.5.2020, cause riunite C-924/19 PPU, C-925/19 PPU, *FMS, FNZ e SA, SA junior*, ECLI:EU:C:2020:367. Per un commento più articolato alla sentenza, v. la nota di E. Colombo in questo numero.

64. Sul punto si vedano anche le riflessioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 23.4.2020, parr. 165-169.

sentenza di Camera nel caso *Iliad e Ahmed*, il Governo ungherese ha reagito alla sentenza con una ulteriore controriforma del sistema di asilo⁶⁵.

La conclusione cui giunge la Corte EDU ha una portata ampia e afferma un principio secondo il quale l'articolo 5 non è applicabile alle persone migranti, anche richiedenti asilo, trattenute per un periodo congruo per l'esame della loro posizione giuridica in un'area posta alla frontiera terrestre tra due Stati parti alla Convenzione di Ginevra del 1951, in virtù del fatto che esse possano materialmente, ancorché irregolarmente, attraversare il confine dal quale hanno fatto ingresso, anche a costo della rinuncia alla propria domanda di protezione e salvo ciò li esponga a un rischio diretto e immediato per la loro salute o vita.

Nel formulare questo principio, la Corte opera una rottura con la propria giurisprudenza consolidata, aprendo nel contempo un fronte di conflitto interpretativo con la Corte di giustizia. Poiché il trattenimento dei migranti in frontiera è già ampiamente consentito dall'articolo 5 della CEDU nella sua interpretazione tradizionale, l'effetto della sentenza è di legittimare che ciò avvenga con la dominazione di una prospettiva "efficientista" del controllo delle migrazioni, al di fuori di un quadro giuridico di garanzie minime di legalità (anche rispetto al diritto dell'Unione europea) e di controllo giurisdizionale e, quindi, ai margini della *rule of law*⁶⁶.

65. V. Nagy, *Restricting access*, cit.

66. M. Savino, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in questa *Rivista*, n. 3-4.2015, p. 50.