

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2022

IL CAPOLINEA DELLO STATO DI DIRITTO: LA CROAZIA E LA ROTTA BALCANICA, TRA SCHENGEN, L'UNIONE EUROPEA E VIOLAZIONI SISTEMATICHE DEI DIRITTI UMANI ALLE FRONTIERE

di Francesco Luigi Gatta

Abstract: Con la sentenza nel caso M.H. e altri c. Croazia la Corte EDU riscontra numerose violazioni della CEDU legate al pushback di una famiglia di afgani verso la Serbia, dal quale derivò anche la morte di uno dei ricorrenti, una bambina di 6 anni. Si tratta della prima violazione del divieto di espulsioni collettive dichiarata nei confronti della Croazia, circostanza che consente altresì alla Corte di delineare importanti precisazioni circa il tema delle vie legali di accesso alle procedure di asilo alle frontiere. La pronuncia, inoltre, solleva interessanti questioni in merito alla legittimità e alle condizioni di detenzione dei richiedenti asilo presso una zona di transito. Più in generale, evidenzia gravi e sistematiche carenze nel sistema di Rule of Law della Croazia, sollevando forti perplessità in merito alla formale adesione di detto Stato all'area Schengen, le cui norme esigono il pieno rispetto dei diritti umani.

Abstract: With the judgment in the case M.H. and Others v. Croatia the ECtHR finds multiple violations of the Convention with regard to the push-back to Serbia of an Afghan family, which also led to the death of one of the applicants, a six-year-old child. This is the first time a violation of the prohibition of collective expulsion is declared in respect of Croatia, which gives the Court the chance to clarify important aspects relating to the availability of legal avenues to access asylum procedures at the borders. The judgment, moreover, raises interesting questions concerning the lawfulness and conditions of the detention of asylum seekers in a transit zone. In general, it highlights serious and systematic deficiencies in terms of respect of the Rule of Law in Croatia, raising significant doubts as to the formal inclusion of such a State in the Schengen area, whose rules require full compliance with human rights obligations.

IL CAPOLINEA DELLO STATO DI DIRITTO: LA CROAZIA E LA ROTTA BALCANICA, TRA SCHENGEN, L'UNIONE EUROPEA E VIOLAZIONI SISTEMATICHE DEI DIRITTI UMANI ALLE FRONTIERE

di Francesco Luigi Gatta *

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La vicenda all'esame della Corte. – 2.1. Il tentativo di ingresso in Croazia, il respingimento e la morte di uno dei ricorrenti. – 2.2. Il successivo ingresso in Croazia, la domanda d'asilo e la detenzione. – 2.3. Il diritto di difesa e di rappresentanza legale. – 3. Violazioni invocate, profili procedurali e decisione della Corte. – 4. Contestualizzazione della pronuncia: la rotta balcanica, lo stato di diritto alle frontiere croate e l'ingresso nell'area Schengen. – 5. La difficoltà nell'accesso alla giustizia alle frontiere: tra l'ostruzionismo delle autorità nazionali e il ruolo di ONG e avvocati (artt. 2 e 34 CEDU). – 6. Detenzione di richiedenti asilo minori in una zona di transito: legittimità e condizioni. – 6.1. La legittimità del trattenimento nella zona di transito (art. 5 CEDU). – 6.2. Le condizioni di detenzione e la loro diversa soglia di tollerabilità in funzione del richiedente asilo minore o adulto (art. 3 CEDU). – 7. Il divieto di espulsioni collettive: tra onere della prova, assenza di canali legali di ingresso e condotta colposa dei migranti (art. 4, Protocollo 4, CEDU). – 7.1. L'onere della prova nelle espulsioni collettive. – 7.2. Il divieto di espulsione collettiva e l'eccezione della condotta colposa. In particolare, il "test delle vie legali". – 7.3. Un'interessante prospettiva interpretativa: l'interesse superiore del minore come "barriera" all'espulsione collettiva. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

C'è una fotografia che, in qualche modo, si potrebbe associare alla sentenza *M.H. e altri c. Croazia* della Corte europea dei diritti dell'uomo che ci si appresta a commentare in questa sede¹. Si tratta dell'immagine catturata dal fotografo russo Sergey Ponomarev nella cittadina croata di Tovarnik, alla frontiera con la Serbia. La foto, che si è aggiudicata il primo premio al *World Press Photo Award 2016*, immortalava un migrante disperatamente e precariamente aggrappato a un treno diretto nella capitale Zagabria². Questa scena viene in rilievo per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, da un punto di vista fattuale, identifica il medesimo contesto degli eventi relativi al ricorso *M.H. e altri* deciso dalla Corte di Strasburgo: la frontiera serbo-croata presso la località di Tovarnik, la ferrovia, il tentativo di fare ingresso nell'Unione europea. In secondo luogo, da un punto di vista

* Avvocato, Ricercatore di Diritto internazionale, Università degli Studi della Tuscia.

1. Corte EDU, sent. 18.11.2021, *M.H. e altri c. Croazia*, ric. nn. 15670/18 e 43115/18.

2. La fotografia, scattata per il *The New York Times* il 18 settembre 2015, è reperibile online al seguente indirizzo: <https://www.worldpressphoto.org/collection/photo-contest/2016/sergey-ponomarev/3>.

simbolico, lo scatto rappresenta la volontà di cercare un futuro migliore di quanti scappano da situazioni di violenza e crisi.

In quell'ostinato attaccamento al treno in partenza dal confine croato c'è tutta la speranza delle migliaia di migranti che percorrono la rotta balcanica. Una speranza alimentata dal miraggio di un'Europa giusta, ricca di opportunità, culla dello stato di diritto, della democrazia e dei diritti umani. Di quei principi e valori, insomma, calpestati nei Paesi di origine di chi scappa. Una speranza che, però, troppo spesso viene tradita, al capolinea di quella rotta balcanica dove, all'esito di interminabili sofferenze e fatiche di viaggio, si finisce con lo scoprire che proprio quei valori di *rule of law* e rispetto della dignità umana sono assenti: anche e perfino alle frontiere dell'evoluta e civile Europa si consumano violazioni gravi e spesso sistematiche dei diritti fondamentali della persona.

Questo, simbolicamente, quanto ci comunica la sentenza *M.H. e altri c. Croazia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, restituendoci un allarmante quadro delle frontiere europee: «zone di non-diritto», dove i proclamati principi fondativi della stessa esperienza di integrazione europea vengono troppo spesso ignorati apertamente³. Nel caso in esame, infatti, la Corte di Strasburgo riscontra numerose violazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) da parte della Croazia tra cui, per la prima volta, quella relativa al divieto di espulsioni collettive a causa delle pratiche di *pushback* operate alla frontiera con la Serbia. Si tratta di una sentenza complessa, ricca di contenuti giuridici e rilevanti profili interpretativi della Convenzione, potenzialmente ispiratori di sviluppi nella futura giurisprudenza. Un *landmark judgment* la cui portata si estende oltre il caso concreto, certificando una situazione di conclamata assenza di *rule of law* alle frontiere croate.

Su queste premesse, il presente commento esamina la sentenza *M.H. e altri*, scomponendone l'analisi nei suoi profili di maggior rilievo. Dopo una presentazione del relativo contesto fattuale (par. 2) e giuridico-procedurale (par. 3), la decisione della Corte verrà contestualizzata alla luce delle dinamiche che interessano l'adesione della Croazia all'area Schengen (par. 4). Successivamente, l'analisi della sentenza si concentrerà, anche per esigenze di spazio e chiarezza, su tre macro-temi, coincidenti con le violazioni della CEDU riscontrate dalla Corte, segnatamente: sussidiarietà e ostacoli all'accesso alla giustizia nel sistema nazionale (par. 5); legittimità e condizioni di detenzione in una zona di transito (par. 6); espulsioni collettive e pratiche di *pushback* alla frontiera (par. 7). Infine, si offriranno alcune considerazioni conclusive circa la portata complessiva della sentenza e il suo potenziale impatto sulla futura giurisprudenza della Corte di Strasburgo (par. 8).

3. L'espressione, «*zones de non-droit*», si trova in J.Y. Carlier, F. Crepéau, *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. Analoghe considerazioni circa la frontiera come paradigma della crisi dei valori fondanti dell'Unione europea si rinvencono in B. Nascimbene, A. Di Pascale, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in *Eurojus*, www.eurojus.it, Fasc. 3.2020, p. 51 ss.

2. La vicenda all'esame della Corte

Il contesto fattuale alla base del caso esaminato dalla Corte di Strasburgo è piuttosto complesso. Circa 1/5 della sentenza, infatti, è dedicato alla parte in fatto e alla ricostruzione degli eventi che hanno coinvolto i ricorrenti nell'arco temporale tra il 2017 e il 2019. Conviene allora, per maggior chiarezza, scomporre la descrizione della vicenda nei passaggi più rilevanti.

2.1. Il tentativo di ingresso in Croazia, il respingimento e la morte di uno dei ricorrenti

I ricorrenti sono 14 cittadini afgani, membri di una famiglia composta da un uomo, le due mogli e 11 figli minori, di età compresa tra 1 e 17 anni all'epoca dei fatti. Dopo aver lasciato il proprio Paese d'origine nel 2016 e aver attraversato numerosi Stati, nel novembre 2017 i ricorrenti raggiungevano la frontiera croata passando dalla Serbia. Entrati in Croazia presso la località di Tovarnik, venivano intercettati dalla polizia, quindi ricondotti alla frontiera per essere espulsi. I ricorrenti manifestavano l'intenzione di chiedere asilo; tuttavia, le guardie di frontiera croate, ignorate tali richieste, li costringevano a lasciare il territorio nazionale e a dirigersi verso la Serbia seguendo i binari della ferrovia come guida per orientarsi. Mentre la famiglia stava camminando, di sera e al buio, sopraggiungeva un treno che travolgeva uno dei ricorrenti, una bambina di 6 anni, uccidendola.

Successivamente, veniva aperta un'indagine a carico di ignoti per i fatti accaduti alla frontiera. Le indagini, tuttavia, si caratterizzavano per gravi irregolarità procedurali, lasciando trasparire un'evidente volontà di insabbiare la questione. Diverse incongruenze emergevano, in particolare, quanto alla ricostruzione dei fatti e ai connessi profili probatori: immagini e video registrati dalla polizia di frontiera tramite telecamere termografiche risultavano inutilizzabili, le relative apparecchiature essendo asseritamente fuori servizio all'epoca dei fatti. Analogamente, veniva negato l'accesso ai segnali dei telefoni cellulari e ai tracciamenti dei sistemi GPS delle vetture di polizia in uso alle guardie di frontiera, di cui il Difensore civico croato aveva chiesto l'ispezione al fine di ricostruire le dinamiche dell'accaduto. Ulteriori materiali probatori, come le testimonianze di agenti di polizia serbi operanti presso la frontiera in questione venivano parimenti ignorate.

Infine, le autorità giudiziarie nazionali chiudevano il caso, concludendo che gli afgani non avessero oltrepassato il confine e che l'incidente ferroviario avesse avuto luogo in territorio serbo, senza alcun coinvolgimento delle autorità di polizia croate. La vicenda giudiziaria raggiungeva anche la Corte costituzionale croata, la quale riteneva le indagini a proposito della morte del minore migrante condotte in modo effettivo ed appropriato, escludendo la responsabilità delle autorità di polizia e frontiera.

2.2. Il successivo ingresso in Croazia, la domanda d'asilo e la detenzione

Nel marzo 2018, i ricorrenti venivano intercettati dalla polizia croata durante un nuovo tentativo di ingresso nel territorio nazionale. Avanzavano domanda di protezione internazionale ma, in quanto privi di documenti di identità, venivano condotti ai fini dell'identificazione nel Centro di transito per migranti di Tovarnik. Successivamente, le richieste di asilo venivano dichiarate inammissibili sulla base del fatto che la famiglia proveniva dalla Serbia, considerata quale Paese terzo sicuro. La decisione veniva contestata presso le giurisdizioni amministrative che, tuttavia, rigettavano il ricorso della famiglia afghana.

Nel mentre, i ricorrenti rimanevano collocati presso il Centro di transito per migranti per una durata complessiva di 2 mesi e 14 giorni, la loro prolungata permanenza venendo giustificata con le esigenze di accertarne l'identità personale e impedirne la fuga. Legittimità, durata e condizioni del trattenimento venivano contestate dai ricorrenti: dapprima, infruttuosamente, presso le autorità giudiziarie amministrative; quindi, presso la Corte costituzionale croata, la quale sanciva la piena legalità del collocamento della famiglia presso il Centro di Tovarnik, nonché l'adeguatezza delle condizioni ivi presenti, anche alla luce della presenza di minori.

2.3. Il diritto di difesa e di rappresentanza legale

Durante lo svolgimento dei fatti, i ricorrenti erano rappresentati da S.B.J., avvocato di Zagabria, in favore del quale, con l'aiuto di una ONG, avevano rilasciato una procura nel 2017 quando ancora si trovavano in Serbia. Il legale, una volta venuto a conoscenza della presenza della famiglia afghana in Croazia, cercava di mettersi in contatto con i propri assistiti, nonché di incontrarli presso il Centro di transito di Tovarnik dove gli stessi erano stati collocati. Le autorità croate, tuttavia, impedivano ogni contatto, adducendo quale motivo la pretesa invalidità della procura. Non solo: venivano avviate indagini nei confronti del legale, sul sospetto che le firme sulla procura fossero state falsificate. La polizia perquisiva lo studio legale dell'avvocato, interrogando colleghi e collaboratori e pretendendo l'esibizione della procura originale.

Stante l'impossibilità di interloquire con i propri assistiti, l'avvocato della famiglia afghana nel frattempo si rivolgeva alla Corte EDU con una richiesta di misure provvisorie *ex art. 39* del regolamento di procedura della Corte, chiedendo di intimare allo Stato croato di non espellere i ricorrenti verso la Serbia e di consentire la rappresentanza legale. Nella vicenda intervenivano anche l'associazione nazionale forense croata, denunciando l'atteggiamento intimidatorio e l'ostruzionismo della polizia, nonché il Difensore civico che, riuscendo ad accedere al Centro migranti di Tovarnik, interloquiva con i ricorrenti che

confermavano la volontà di essere rappresentati dal proprio legale. Da ultimo, grazie alle varie forme di pressione esercitata sulle autorità croate, dopo un mese e mezzo dal collocamento nel Centro di transito, il legale riusciva finalmente a incontrare i propri assistiti.

3. Violazioni invocate, profili procedurali e decisione della Corte

Sono numerose le violazioni della CEDU lamentate dai ricorrenti davanti alla Corte di Strasburgo. Si tratta, innanzitutto, degli articoli 2 e 3 della Convenzione. Il primo (diritto alla vita), viene invocato in merito all'incidente ferroviario costato la vita a uno dei ricorrenti, ritenendo le autorità croate responsabili di una duplice violazione: da un lato, per il coinvolgimento diretto nell'accaduto (profilo sostanziale), dall'altro per l'inefficacia delle indagini successivamente condotte (profilo procedurale). L'art. 3 (divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti) viene invocato in relazione alle condizioni di trattenimento della famiglia afghana nel Centro di transito di Tovarnik. Al riguardo, i ricorrenti sollevano anche una doglianza relativa all'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare). Ancora, la permanenza nel Centro viene contestata sotto il profilo della legittimità, con invocazione dell'art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza).

I ricorrenti lamentano poi una violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4 della CEDU (divieto di espulsioni collettive) in riferimento al respingimento verso la Serbia e dell'art. 34 (diritto a un ricorso individuale) con riguardo agli ostacoli posti dalle autorità croate ai contatti con il proprio legale, nonché per l'inosservanza delle misure provvisorie ordinate dalla Corte *ex art. 39* del proprio regolamento di procedura. Infine, viene invocata anche una violazione dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) congiuntamente agli artt. 3, 5, 8, 4, Protocollo n. 4 e 1, Protocollo n. 12 (divieto generale di discriminazione), in merito al trattamento discriminatorio subito dai ricorrenti in ragione della loro condizione di migranti richiedenti asilo.

La Corte dichiara varie violazioni della Convenzione nei confronti dello Stato croato, pronunciandosi quasi sempre all'unanimità. Quasi tutte le doglianze presentate dai ricorrenti sono accolte, ad eccezione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo sostanziale, su cui la Corte evita di pronunciarsi, non considerandosi nella posizione di statuire sulla morte della bambina afghana alla luce del materiale probatorio a sua disposizione. Analogamente, le doglianze relative agli artt. 8 e 14 CEDU non vengono esaminate, in quanto ritenute secondarie⁴. Con riguardo all'art. 3, come meglio si dirà, la Corte opera una scissione: ne riscontra una violazione nei confronti dei ricorrenti minori, la esclude invece nei confronti degli adulti

4. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §§ 338-339.

genitori. La sentenza è definitiva, la richiesta del Governo croato di rinvio del caso in Grande Camera essendo stata respinta⁵.

Qualche cenno, infine, meritano gli aspetti procedurali relativi alla trattazione del ricorso, in quanto ne testimoniano l'importanza. Ciò si evince, innanzitutto, dalle decisioni di comunicare il ricorso al Governo croato piuttosto rapidamente e di accordare trattamento prioritario al suo esame⁶. La Corte, poi, ha deciso per un doppio giro di memorie scritte delle parti: il secondo scambio di argomentazioni essendo stato disposto a seguito della sentenza della Grande Camera nel frattempo intervenuta nel caso *N.D. e N.T. c. Spagna*, pronuncia di grande rilievo per i profili interpretativi relativi al divieto di espulsione collettiva di stranieri⁷. Il ricorso ha visto anche l'intervento in causa di cinque parti terze, recanti argomentazioni in supporto del ricorrente⁸.

Da ultimo, una certa complessità nel processo decisionale del ricorso è testimoniata anche dall'esigenza di un duplice ciclo di deliberazioni, nonché dalla formulazione di opinioni separate, da parte dei giudici croato e polacco, su cui ci si soffermerà *infra*, le stesse sollevando profili interpretativi particolarmente meritevoli di interesse.

5. Corte EDU, Grand Chamber Panel's decisions - April 2022, Press Release, 4.4.2022.

6. Art. 41 del regolamento di procedura della Corte. Si tratta di due ricorsi che la Corte ha accorpato per un esame congiunto. Il primo di questi, n. 15670/18, introdotto il 16 aprile 2018, fu comunicato al Governo croato solo poche settimane più tardi, l'11 maggio dello stesso anno.

7. Corte EDU (Grande Camera), sent. 13.2.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ric. nn. 8675/15 e 8697/15. La sentenza ha suscitato un vivace dibattito in dottrina. Tra le molte analisi critiche, v. H. Hakiki, *N.D. and N.T. v. Spain: Defining Strasbourg's Position on Push Backs at Land Borders?*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 26 March 2020; L. Leboeuf, *Interdiction des expulsions collectives et mesures d'expulsions immédiates et systématiques: la Cour européenne des droits de l'homme entre équilibrisme et contorsions*, in *Cahiers de l'EDEM*, mars 2020; D. Thym, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 17 February 2020; R. Wissing, *Push Backs of "Badly Behaving" Migrants at Spanish Border are not Collective Expulsions (but Might Still be Illegal Refoulements)*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 25 February 2020; C. Hruschka, *Hot Returns Remain Contrary to the ECHR: ND & NT before the ECHR*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 28 February 2020; P. Maximilian, D. Schmalz, *"Unlawful" May not Mean Rightless. The Shocking ECtHR Grand Chamber Judgment in Case N.D. and N.T.*, in *Verfassungsblog*, www.verfassungsblog.de, 14 February 2020; C. Oviedo Moreno, *A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain*, in *Verfassungsblog*, www.verfassungsblog.de, 14 February 2020; S. Carrera, *The Strasbourg Court judgement N.D. and N.T. v. Spain: A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?*, in *EUI Working Papers*, RSCAS n. 2020/21; E. Zaniboni, *Contenimento dei flussi migratori e tutela dei diritti fondamentali tra effettività e mito: il divieto di espulsione collettiva di stranieri dopo il caso N.T. e N.D.*, in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2020, p. 711 ss.

8. Si tratta, segnatamente, delle seguenti parti terze intervenienti: *Hungarian Helsinki Committee*, *Centre for Peace Studies*, *Belgrade Centre for Human Rights*, *Rigardu e V.*, *Asylum Protection Center*.

4. Contestualizzazione della pronuncia: la rotta balcanica, lo stato di diritto alle frontiere croate e l'ingresso nell'area Schengen

La pronuncia *M.H. e altri c. Croazia* rappresenta un *leading case* in materia di controlli di frontiera e recepimento di richiedenti asilo. Lo conferma la stessa Corte EDU quando, in apertura della parte della sentenza relativa al diritto, afferma che «*the present case raises several important issues in terms of immigration control by the Croation authorities*», per poi aggiungere che «*the impact of this case thus goes beyond the particular situation of the applicants*»⁹.

Giuridicamente, la sentenza è rilevante per una serie di profili che verranno esaminati nei paragrafi che seguono. Essa, però, assume anche una portata più politica, per il tempismo con cui arriva, vale a dire: a coronamento del processo di inserimento formale della Croazia nello Spazio Schengen. Infatti, il 9 dicembre 2021 – proprio a poche settimane di distanza dalla sentenza in commento – è arrivato l'*endorsement* da parte del Consiglio dell'UE, che ha riconosciuto ufficialmente che lo Stato croato «soddisfa le condizioni necessarie» per l'ingresso nell'area Schengen¹⁰.

Le conclusioni del Consiglio, all'epoca sotto la Presidenza della “sorella balcanica” Slovenia¹¹, aprono dunque la strada per il prossimo accesso di Zagabria all'area Schengen, all'esito di un processo svoltosi con tempistiche relativamente rapide, considerando che la Croazia – il più “giovane” Stato membro dell'UE – ha avviato le relative procedure nel 2015. Altri Paesi, come Bulgaria e Romania, membri dell'UE dal 2007, aspettano ancora di essere ammessi nell'area Schengen, nonostante le indicazioni favorevoli manifestate dal Parlamento europeo fin dal 2011¹², e regolarmente ribadite in seguito¹³. Anche la Commissione europea ha sostenuto l'ingresso di detti Paesi in Schengen, in particolare sotto la Presidenza Juncker e con l'allora Commissario per la migrazione, affari interni e

9. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §123.

10. Consiglio dell'UE, Conclusioni del Consiglio sull'adempimento delle condizioni necessarie per la piena applicazione dell'*acquis* di Schengen in Croazia, 9.12.2021, p. 5.

11. Tra le priorità del programma semestrale della Presidenza slovena rientravano l'obiettivo di un rafforzamento della sicurezza dello spazio Schengen e un'attenzione particolare all'area dei Balcani occidentali. Si veda, al riguardo, il programma della Presidenza della Slovenia, per il semestre luglio – dicembre 2021, disponibile online all'indirizzo seguente <https://slovenian-presidency.consilium.europa.eu/media/ty0cvyxk/programme-sl-presidency-it.pdf>, segnatamente, p. 16 ss.

12. Parlamento europeo, Risoluzione del 13.10.2011 sull'adesione della Bulgaria e della Romania a Schengen, P7_TA(2011)0443.

13. Più di recente, si veda la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11.12.2018 sulla piena applicazione delle disposizioni dell'*acquis* di Schengen in Bulgaria e Romania: abolizione dei controlli alle frontiere interne terrestri, marittime e aeree, (2018/2092(INI)). Nel documento, il Parlamento esprime rammarico e preoccupazione per la protratta assenza di consenso circa l'ingresso nell'area Schengen di Romania e Bulgaria, lamentando effetti negativi, non solo per i due Paesi in questione e per i rispettivi cittadini, ma anche per l'Unione europea nel suo complesso, la cui credibilità risulta intaccata dal trattamento ineguale riservato ai propri Stati membri.

cittadinanza, il greco Avramopoulos¹⁴. Analogamente, anche la Commissione a guida Von der Leyen ha di recente ribadito il suo favore per l'allargamento dell'area Schengen nei confronti di Romania e Bulgaria¹⁵. Tuttavia, il completamento del processo – che richiede l'unanimità dei Governi dei Paesi membri – è impedito dall'opposizione di alcuni Stati, come Francia, Germania e Paesi Bassi, motivata dalla presenza di (spesso non meglio precisate) preoccupazioni in termini di *rule of law*¹⁶. Una mancanza di volontà politica che sembrerebbe alimentata dallo scetticismo circa le capacità dei due Paesi nel mettere in sicurezza i confini orientali dell'area Schengen. Ulteriori ragioni potrebbero risiedere, da un lato, quanto alla Romania, nelle accuse relative a un sistema frontaliero ritenuto troppo poroso e, come tale, pericoloso nell'ottica di infiltrazioni criminali e movimenti migratori secondari¹⁷; dall'altro, nei confronti della Bulgaria, nel rilascio a favore di cittadini di Paesi terzi dei c.d. “passaporti d'oro” secondo schemi di c.d. cittadinanza per investimento, sebbene il relativo programma bulgaro sia stato recentemente sospeso, anche a seguito della pressione delle istituzioni di Bruxelles¹⁸.

La Croazia, viceversa, sembra aver convinto tutti, grazie a una gestione robusta e solida delle proprie frontiere. E ha dalla sua parte, quale argomento convincente, i numeri. Dopo la crisi del 2015, l'ingresso di oltre 1 milione di migranti in Grecia aveva provocato effetti a catena lungo tutta la rotta balcanica, con consistenti flussi in risalita verso il cuore geografico dell'Europa. I dati dell'Agenzia Frontex rivelano il transito di quasi 800.000 migranti lungo la rotta balcanica nel 2015¹⁹. La situazione è quindi rientrata sotto controllo,

14. Al riguardo si veda in particolare il discorso sullo stato dell'Unione 2017, in cui l'allora Presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker, invocava la necessità di «aprire immediatamente alla Bulgaria e alla Romania lo spazio Schengen di libera circolazione». Cfr. Presidente Jean-Claude Juncker, Discorso sullo stato dell'Unione 2017, Bruxelles, 13.9.2018, disponibile online.

15. Commissione europea, Comunicazione sulla *Strategia per uno spazio Schengen senza controlli alle frontiere interne pienamente funzionante e resiliente*, COM(2021) 277 final, 2.6.2021, segnatamente pp. 23-24.

16. Sulle dinamiche interne allo Spazio Schengen e ai rapporti di forza che ne derivano per i Paesi geograficamente in prima linea, Italia compresa, v. M. Savino, *Oltre i decreti sicurezza: la “tirannia di Schengen” sulla politica dell'Italia in materia di immigrazione e asilo*, in *ADiM Blog*, www.adimblog.it, Editoriale, Ottobre 2019.

17. Per un'analisi delle dinamiche giuridico-politiche rilevanti circa l'adesione di Romania e Bulgaria allo Spazio Schengen, v. J. Bornemann, *Joining Schengen – Cutting a Gordian Knot for Romania and Bulgaria?*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 13.4.2018.

18. Il Parlamento europeo è stato particolarmente attivo nel criticare tali iniziative da parte di alcuni Stati membri. Tra i più recenti sviluppi, si veda la Relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) relativa a proposte all'indirizzo della Commissione concernenti i programmi per la concessione della cittadinanza e del soggiorno in cambio di investimenti, 16.2.2022, (2021/2026(INL)). Per un intervento più risalente, invece, si veda l'atto del Parlamento europeo, dal titolo evocativo, Risoluzione del Parlamento europeo sulla cittadinanza dell'UE in vendita, 16.01.2014 (2013/2995(RSP)). Quanto ai programmi in essere in Bulgaria, si vedano i comunicati stampa Euronews, *Bulgaria Abolishes 'Golden Passport' Scheme for Wealthy Foreigners*, Euronews, 24.3.2022; Schengenvisainfo, *Bulgarian Parliament Backs Plans to Abolish Golden Passport Scheme*, Schengenvisainfo News, 18.2.2022.

19. Si vedano i dati disponibili sul sito ufficiale dell'Agenzia, www.frontex.europa.eu, relativi alla rotta migratoria dei Balcani occidentali, Frontex, *Migratory Routes, Western Balkan Route*, segnatamente all'indirizzo: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-routes/western-balkan-route/>.

con un drastico calo nei numeri: da un lato, grazie alla chiusura della “falla greca” per via della Dichiarazione UE-Turchia del 2016²⁰; dall’altro, grazie all’implementazione di una massiccia strategia di *pushback* alle frontiere con Bosnia e Serbia da parte della Croazia²¹. I dati Frontex, ancora una volta, ci restituiscono il quadro, con il minimo di ingressi irregolari (meno di 6.000) mai registrati lungo la rotta balcanica nel 2018: vale a dire, proprio all’epoca dei fatti del ricorso *M.H. e altri c. Croazia*²².

La ricompensa, per questi numeri, consiste nell’inserimento formale dello Stato croato in Schengen, con buona pace di quanti denunciano gravi questioni di *rule of law*, certo non estranee alla Croazia, ma sulle quali, evidentemente, si ritiene opportuno chiudere un occhio. La gestione delle frontiere e il trattamento dei migranti da parte delle autorità croate, infatti, rappresentano lo specchio di violazioni gravi e diffuse del principio dello stato di diritto²³. La stessa Commissione europea, in una comunicazione del 2019 sulla valutazione dei progressi dello Stato croato sulla gestione delle frontiere, osservava come rimanessero «problematiche le questioni della tutela dei diritti umani dei richiedenti asilo e degli altri migranti, e le accuse di negato accesso alla procedura di asilo e di uso della forza da parte degli agenti di contrasto alla frontiera»²⁴. Una tale constatazione, però, non impediva alla Commissione di esprimersi favorevolmente, invitando il Consiglio a procedere nella formalizzazione dell’inclusione della Croazia in Schengen²⁵.

Gli obblighi legati all’*acquis* di Schengen includono specificamente la tutela dei diritti umani²⁶. Si rischia di perdere il conto, ormai, degli innumerevoli materiali che documentano

20. Sulla Dichiarazione UE-Turchia è possibile reperire il comunicato stampa n. 144/16 del 18 marzo 2016 del Consiglio Affari esteri e relazioni internazionali, disponibile all’indirizzo: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/pdf>.

21. Per una panoramica delle strategie di respingimento e deterrenza praticate lungo la rotta balcanica, v. M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E. S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, «*Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti*». *I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell’Unione europea*, in questa *Rivista*, n. 1.2022, p. 2 ss.

22. *Supra*, nota 19.

23. In argomento, si vedano le considerazioni svolte in F.L. Gatta, *Migration and Rule of (Human Rights) Law: Two ‘Crises’ Looking in the Same Mirror*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 15/2019, pp. 99-133.

24. Commissione europea, Comunicazione riguardante la verifica della piena applicazione dell’*acquis* di Schengen da parte della Croazia, 22.10.2019, COM(2019) 497 final.

25. *Ibidem*, pp. 15-16.

26. Reg. (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9.3.2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), art. 3, che stabilisce come la normativa si applichi a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro «senza pregiudizio dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento». Il successivo art. 4, rubricato «diritti fondamentali», impone agli Stati, nella gestione delle frontiere, di agire «nel pieno rispetto» del diritto dell’Unione, compresa la Carta dei diritti fondamentali, e del pertinente diritto internazionale, compresa la Convenzione di Ginevra del 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, nonché «degli obblighi inerenti all’accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement* (non respingimento), e dei diritti fondamentali».

la situazione di violazione pluriennale e sistematica di tali obblighi presso le frontiere croate: dall’Agenzia per i diritti fondamentali Unione europea²⁷, ad organismi delle Nazioni Unite²⁸, e del Consiglio d’Europa²⁹, fino a numerose ONG e associazioni operanti nel campo della tutela dei diritti dei migranti³⁰.

In questo scenario di conclamata violazione dei diritti umani, non sono mancate le critiche e le accuse di complicità rivolte alla Commissione europea che, a partire dal 2018, aveva disposto il finanziamento e la fornitura di assistenza per la gestione delle frontiere croate³¹. Nel tentativo di salvaguardare la propria reputazione, la Commissione aveva quindi annunciato la contestuale introduzione di un meccanismo per il monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità croate nell’ambito delle operazioni di frontiera finanziate con fondi dell’UE³². Non solo il meccanismo è stato creato con grave ritardo – soltanto nel 2021, benché i finanziamenti per le frontiere croate fossero stati erogati già a

27. L’Agenzia dell’UE per i diritti fondamentali ha espresso in più occasioni preoccupazione per le pratiche di respingimento alla frontiera operate dalla Croazia. A titolo esemplificativo, v. Fundamental Rights Agency (FRA), *Periodic Data Collection on the Migration Situation in the EU*, March Highlights, February 2018; FRA, *Migration to the EU: Five Persistent Challenges*, February 2018.

28. In sede ONU, critiche significative sono state espresse da parte del Relatore Speciale sui diritti umani dei migranti, Felipe González Morales, e del Relatore Speciale per la tortura ed altri trattamenti inumani e degradanti, Nils Melzer, in seguito a missioni esplorative condotte *in loco* presso la frontiera croata. Al riguardo, si veda il comunicato United Nations, *Croatia: Police Brutality in Migrant Pushback Operations must be Investigated and Sanctioned – UN Special Rapporteurs*, News, Special Procedures, 19.6.2020. Quanto all’UNHCR, si veda il rapporto, disponibile anche in lingua italiana, UNHCR, *Viaggi disperati. Rifugiati e migranti in arrivo in Europa e alle sue frontiere*, UNHCR, 2019, di cui, sulle pratiche di *pushback* operate dalla Croazia, v. in particolare, p. 21 ss.

29. In ambito Consiglio d’Europa, rilevano in particolare le iniziative della Commissaria per i diritti umani, la bosniaca Dunja Mijatović, da sempre specialmente attenta alle questioni migratorie lungo la rotta balcanica. Al riguardo, si veda ad esempio la lettera inviata al Primo Ministro del Governo croato nel 2018, in cui si evidenziano notevoli problematiche di compatibilità delle pratiche di controllo frontaliero con gli obblighi di tutela dei diritti umani, v. CoE Commissioner for Human Rights, CommHR/DM/sf 080-2018, 20.9.2018. Ancora, più di recente, la dichiarazione resa nell’ottobre 2020 con richiesta specifica al Governo croato di porre fine alle pratiche di *pushback* collettivo di migranti, v. Council of Europe, Commissioner for Human Rights, *Croatian Authorities Must Stop Pushbacks and Border Violence, and End Impunity*, Statement, 21.10.2020. Alla Commissaria Mijatović fanno eco, sempre da Strasburgo, le considerazioni del Rappresentante speciale per la migrazione e i rifugiati, svolte in seguito alla propria visita effettuata al confine tra Croazia e Bosnia, v. Council of Europe, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, *Report of the Fact-Finding Mission by Ambassador Tomáš Boček to Bosnia and Herzegovina and to Croatia*, 24-27 July and 26-30 November 2018, SG/Inf(2019)10, Strasburgo, 23.4.2019.

30. L’elenco non può essere esaustivo in questa sede. Per menzionare solo qualche esempio, v. Human Rights Watch, *Croatia: Migrants Pushed Back to Bosnia and Herzegovina. Violence, Abuse, Denied Opportunity to Apply for Asylum*, 11.12.2018; ECRE, *Croatia: New Report on Torture of Asylum Seekers by Authorities*, ECRE News, 31.1.2020; Amnesty International, *Croatia: Damning New Report Slams Systematic Police Abuses at Country’s Borders*, Amnesty International News, 3.12.2021.

31. Ammontano a circa 7 milioni di euro i fondi di emergenza sbloccati a favore della Croazia nel 2018. Al riguardo v. il Comunicato della Commissione, European Commission, *Migration and Borders: Commission Awards Additional €305 Million to Member States under Pressure*, Press Release, 20.12.2018.

32. Commissione europea, COM(2019) 497 final, cit., p. 15. Il meccanismo, nelle parole della Commissione, avrebbe dovuto avere l’obiettivo di «garantire che le attività di controllo di frontiera svolte dalle guardie di frontiera croate siano sempre pienamente conformi al diritto dell’UE, agli obblighi internazionali, e al rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti derivanti dall’*acquis* dell’UE in materia di asilo, compreso il principio di non respingimento» (*Ibidem*).

partire dal 2018 – ma ha sollevato anche diverse perplessità, come evidenziato di recente da una serie di indagini condotte dalla Mediatrice europea, Emily O’Reilly, in cui si sottolineano «*significant shortcomings*» nel funzionamento del monitoraggio sulla tutela dei diritti umani³³.

Un corto circuito, insomma, di irregolarità, scarsa trasparenza e violazioni del principio di *rule of law*: è in tale poco incoraggiante scenario, che interviene la Corte di Strasburgo con la sentenza *M.H. e altri c. Croazia*, la quale rappresenta nient’altro che la “punta dell’iceberg”, certificando, anche a livello giurisprudenziale, una situazione critica e ben radicata.

5. La difficoltà nell’accesso alla giustizia alle frontiere: tra l’ostruzionismo delle autorità nazionali e il ruolo di ONG e avvocati (artt. 2 e 34 CEDU)

La sentenza *M.H. e altri* pone in risalto un problema cruciale e diffuso in tema di c.d. *border justice*³⁴: la difficoltà – se non, spesso, l’impossibilità – per le vittime di *pushback* di accedere a canali di giustizia nei confronti delle autorità di quegli Stati che fanno del respingimento lo strumento principale di gestione delle proprie frontiere. Ciò emerge in modo significativo nel sistema di tutela giurisdizionale di Strasburgo, ove la Corte è chiamata ad operare in base al principio di sussidiarietà, per cui spetta in primo luogo alle autorità e alle Corti nazionali la possibilità di esaminare – e, se del caso, rimediare – casi di violazione dei diritti e delle libertà tutelati dalla CEDU³⁵. Il problema, come il caso *M.H. e altri* dimostra emblematicamente, risiede nel fatto che, quando si tratta di violazioni dei diritti umani alla frontiera, talvolta (per non dire spesso) le autorità nazionali *non intendono* fare luce sull’accaduto. Da un lato, omettendo di svolgere indagini in merito alle condotte illecite e lesive della vita e dell’integrità dei migranti e di perseguire penalmente i potenziali responsabili. Dall’altro – ed è quel che è peggio – cercando di compromettere la buona riuscita delle indagini e ostacolando l’emersione della verità, come verificatosi nel caso croato.

I fatti alla base della sentenza in commento, infatti, evidenziano chiaramente non solo serie e diffuse problematiche di *rule of law* quanto al trattamento dei migranti alla frontiera

33. Mediatore Europeo, Decisione relativa alle modalità con le quali la Commissione europea monitora e assicura il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità croate nel contesto delle operazioni di gestione delle frontiere finanziate con fondi dell’Unione europea, caso 1598/2020/VS, 22.2.2022.

34. In argomento v. Itamar Mann, *A Lost Opportunity for Border Justice at the European Court of Human Rights*, in *EJIL: Talk!*, www.ejiltalk.org, 3.2.2022.

35. Il principio di sussidiarietà è stato positivizzato nella Convenzione, risultando ora esplicitamente menzionato nel preambolo della stessa, in seguito alle modifiche operate dal Protocollo n. 15 (cfr. art. 1, Prot. 15). Quest’ultimo è entrato in vigore l’1 agosto 2021, in seguito all’ultima ratifica ad opera dell’Italia, avvenuta con l. 15.1.2021, n. 11 (Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013).

croata; bensì anche una situazione altrettanto allarmante nel connesso sistema di equo processo nazionale; con gravi carenze in termini di trasparenza, diritto di difesa, indipendenza e terzietà degli organismi inquirenti e giudicanti. È quanto osserva la Corte di Strasburgo nell'esame del profilo procedurale dell'art. 2 CEDU, da cui emerge un *modus procedendi* delle autorità croate caratterizzato da omertà, ostruzionismo e dalla netta intenzione di insabbiare la vicenda della morte della bambina afghana alla frontiera.

Preliminarmente, però, la Corte si occupa dell'ammissibilità della doglianza *ex art. 2* della Convenzione, sciogliendo anzitutto il nodo della giurisdizione *ratione loci*. Il Governo croato non aveva sollevato alcuna eccezione in tal senso: fatto curioso, in quanto, tipicamente, nella casistica relativa ad espulsioni collettive, gli Stati convenuti a Strasburgo giocano la carta della territorialità. Frontiere "mobili", "operative", e altri simili trucchi di frontiera (*border spell* come si è detto efficacemente in dottrina)³⁶ vengono posti in essere nel tentativo di "disinnescare" il requisito della giurisdizione (e quindi la possibile responsabilità dello Stato) *ex art. 1* CEDU³⁷. La Corte, in questo caso, decide di esaminare *proprio motu* il profilo della giurisdizione: profilo delicato, stante la mancanza di evidenze materiali circa l'avvenuto ingresso dei ricorrenti nel territorio della Croazia (v. *infra*). Pertanto, la morte della bambina afghana, avvenuta in territorio serbo, avrebbe potuto sollevare problematiche in tema di giurisdizione *extra-territoriale* e applicabilità della CEDU. Ma la Corte "aggancia" la giurisdizione della Croazia in merito all'evento-morte accaduto in Serbia all'obbligo gravante sulle autorità croate, in forza del diritto penale interno, di svolgere indagini al fine di stabilire l'eventuale responsabilità degli agenti della polizia di frontiera. Inoltre, i giudici di Strasburgo osservano che la Corte costituzionale

36. C. Hruschka, *The Border Spell: Dublin Arrangements or Bilateral Agreements? Reflections on the Cooperation between Germany and Greece / Spain in the Context of Control at the German-Austrian Border*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 26.2.2019. In argomento v. anche N. Frei, C. Hruschka, *Circumventing Non-Refoulement or Fighting "Illegal Migration"?*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 23.3.2018.

37. Al riguardo vengono in rilievo, quali esempi emblematici, i casi *N.D. e N.T. c. Spagna* e *M.K. e altri c. Polonia*. Nel primo caso (Corte EDU, Grande Camera, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit.), il Governo spagnolo aveva evocato il tema della giurisdizione *ex art. 1* CEDU riferendosi al concetto di *operational border*, puntualizzando come le barriere frontaliere presenti al confine spagnolo-marocchino di Melilla risultassero costituite da un triplice sistema di recinzioni e schermature. Secondo la Spagna, poiché i ricorrenti non riuscirono a scavalcare tutte e tre le barriere, essendo stati intercettati e fatti discendere da agenti della *Guardia Civil*, non vi sarebbe stato, di fatto, ingresso nel territorio spagnolo, con conseguente attivazione della giurisdizione ai fini e ai sensi dell'art. 1 della Convenzione (§37 e §§90 e ss.). Nel caso polacco (Corte EDU, sent. 23.7.2020, *M.K. e altri c. Polonia*, ric. nn. 40503/17, 42902/17 e 43643/17), il Governo convenuto aveva invocato una concezione "temporale" della giurisdizione. I ricorrenti, si argomentava, erano entrati nel territorio polacco, ma erano stati intercettati poco dopo e quindi espulsi. Di conseguenza, la permanenza fisica sul suolo polacco era quantificabile temporalmente in solo poche ore, il che, secondo la Polonia, sarebbe valso ad escludere la propria giurisdizione ai sensi e ai fini dell'art. 1 CEDU (§§120 e ss.). Per un'analisi e un commento del caso polacco, v. F.L. Gatta, *Systematic Push Back of 'Well Behaving' Asylum Seekers at the Polish Border: M.K. and Others v. Poland*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 7.10.2020; U. Brandl, *A Human Right to Seek Refuge at Europe's External Borders: The ECtHR Adjusts its Case Law in M.K. vs Poland*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 11.9.2020.

croata, che si era occupata della vicenda, non aveva sollevato questioni circa la propria competenza giurisdizionale ad esaminare il caso. Da queste circostanze, la Corte di Strasburgo ricava il «*jurisdictional link*» necessario per l'esame della doglianza *ex art. 2 CEDU* sotto il suo profilo procedurale³⁸. Infine, sempre sotto il profilo dell'ammissibilità, questa volta dal punto di vista del requisito del previo esaurimento dei rimedi interni, la Corte respinge l'eccezione del Governo croato circa la mancata instaurazione da parte dei ricorrenti di un giudizio civile per danni.

Sgombrato il campo da possibili ostacoli di natura procedurale, la Corte si dedica all'esame del merito con specifico riferimento all'art. 2 CEDU. Dapprima si concentra sul «*deliberate disregard*» da parte delle autorità croate verso le norme procedurali relative all'accesso alle procedure d'asilo³⁹. Contestualizza, quindi, tale condotta omissiva sottolineando gli «*obvious risks*» inerenti alle circostanze concrete del caso di specie: una famiglia afghana allontanata dalla frontiera in una notte d'inverno, al buio, a piedi, nonostante la presenza di diversi minori, tra cui bambini di 1 e 2 anni di età⁴⁰. In un tale contesto, lo Stato croato soggiaceva a un obbligo di fare luce sull'accaduto e perseguire i responsabili: obbligo violato a causa delle modalità di svolgimento delle indagini, tali da rivelare una chiara volontà di ostacolare la precisa ricostruzione fattuale dell'accaduto. Emblematici, in questo senso, due aspetti su cui la Corte si sofferma. Da un lato, la non reperibilità dei materiali audio-visivi, dovuta a un preteso – ma mai accertato – malfunzionamento degli impianti di video-registrazione situati alla frontiera. Dall'altro, il rifiuto di ispezionare i segnali emessi dai telefoni cellulari ovvero dai sistemi GPS delle vetture in uso agli agenti della polizia.

Ma la sentenza *M.H. e altri* non evidenzia solo carenze nell'operato delle autorità giudiziarie croate. Mette in luce anche la condotta di netto ostruzionismo da parte delle autorità di polizia, inteso ad impedire l'esercizio del diritto di difesa dei ricorrenti, come dimostrano gli ostacoli frapposti al contatto degli stessi con il proprio avvocato. Un ostruzionismo ostinato, anche e perfino a seguito del provvedimento provvisorio emanato dalla Corte di Strasburgo nel senso di consentire al legale di poter interagire con i propri

38. Tale approccio è stato giudicato espansivo per quanto riguarda la giurisprudenza relativa alle espulsioni. Sul punto e per un'analisi del profilo della giurisdizione extraterritoriale associata a violazioni dell'art. 2 CEDU, v. J. De Coninck, *MH and Others v. Croatia: Resolving the Jurisdictional and Evidentiary Black Hole for Expulsion Cases?*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 14.1.2022.

39. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., § 136. La normativa presa in considerazione dalla Corte in questo senso si snoda tra diritto interno, diritto dell'Unione europea (in particolare la Direttiva procedure) e rilevanti norme di diritto internazionale (in particolare la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia). Ancora, la Corte sottolinea come, in aggiunta all'ampio contesto normativo appena indicato, le autorità croate abbiano agito illegittimamente omettendo di rispettare «*at the very least*» le norme contenute nell'accordo di riammissione in essere tra Croazia e Serbia (*Ibidem*).

40. *Ibidem*.

assistiti. Anche la condotta intimidatoria tenuta della polizia nei confronti dello stesso legale è oggetto di censura, in quanto determinante un effetto dissuasivo tale da scoraggiare l'esercizio del diritto di ricorso, in violazione dell'art. 34 CEDU. Un «*chilling effect*» che, peraltro, la Corte nota essere diffuso, come dimostrano gli ostacoli posti anche nei confronti del Difensore civico croato nell'ambito di altre inchieste relative a *pushback* e violenze alla frontiera⁴¹.

Il tema dell'assistenza legale ai migranti merita un'ultima riflessione in merito a due importanti constatazioni fatte dalla Corte. In primo luogo, l'affermazione per cui il diritto ad essere rappresentati e difesi risulta di speciale importanza soprattutto nel contesto migratorio, dove vengono in rilievo soggetti stranieri in situazione di particolare vulnerabilità, spesso impossibilitati a reperire informazioni, senza conoscenza di altra lingua se non quella natia, e con alle spalle un bagaglio di sofferenze ed esperienze traumatiche. La Corte chiarisce, allora, che la compressione del diritto di difesa e rappresentanza legale non può mai essere giustificato dall'irregolarità dell'ingresso nel territorio del migrante⁴². In secondo luogo, proprio alla luce dell'importanza del diritto all'assistenza legale, la Corte sottolinea il ruolo spesso decisivo delle ONG, che, in quanto operative in prima linea sul campo, possono facilitare il contatto tra il migrante e l'avvocato. In *M.H. e altri*, infatti, la Corte supera agevolmente i formalismi eccessivi legati alla procura, valorizzando il ruolo di intermediario della ONG operante in Serbia che aveva messo in collegamento i genitori afgani con l'avvocato croato.

Tali considerazioni sembrano emergere, con coerenza, anche con riguardo alla recente casistica relativa ai richiedenti asilo bloccati alla frontiera polacco-bielorusa⁴³. Nel contesto

41. La stessa Commissione europea, nel rapporto sullo stato di diritto nell'UE del 2021, nel capitolo relativo alla Croazia, ha evidenziato simili problematiche relative alla polizia e alle forze dell'ordine. Cfr. Commissione europea, Documento di lavoro dei servizi della Commissione, relazione sullo stato di diritto 2021, capitolo sulla situazione dello stato di diritto in Croazia, SWD(2021) 713 final, 20.7.2021, segnatamente, p. 23.

42. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §325, dove si osserva che «*the fact that a person had been caught clandestinely crossing the Croatian-Serbian border could not serve as a basis for depriving that person of a lawyer's assistance*».

43. Su cui, tra le molte analisi, si vedano G. Baranowska, *The Deadly Woods: Legalizing pushbacks at the Polish-Belarusian border*, in *VerfassungsBlog*, www.verfassungsblog.de, 29.10.2021; L. Majetschak, L. Riemer, *Poland's Power Play at its Borders Violates Fundamental Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, www.ejiltalk.org, 16.11.2021; S. Marinai, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in *ADiM Blog*, www.adimblog.com, 28.12.2021; M. Starita, «*Hybrid attack*»: un concetto dalle ricadute giuridiche incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorusso-polacca, in *ADiM Blog*, www.adimblog.com, 29.12.2021; A. Di Pascale, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *Eurojus*, www.eurojus.it, Fasc. 1/2022, p. 259 ss.; E. Delval, *Quant au droit d'accès effectif aux procédures d'asile, tel que découlant de l'article 3 de la CEDH et de l'article 4 du protocole no. 4, des demandeurs d'asile bloqués aux frontières de la Pologne et de la Lettonie*, in *Cahiers de l'EDEM*, Octobre 2021; A. Kleczkowska, *What Does the 'Hybrid Attack' Carried out by Belarus Against the EU Borders Mean in Reality? An international Law Perspective*, in *EJIL Talk!*, www.ejiltalk.org, 13.12.2021.

del relativo contenzioso portato a Strasburgo – pendente nel momento in cui si scrive – la Corte è intervenuta con una serie di provvedimenti d’urgenza *ex art. 39* del proprio regolamento di procedura, intimando allo Stato polacco, tra l’altro, proprio di consentire l’accesso di ONG e avvocati alla zona in cui i migranti sono stati bloccati, al fine di consentire l’erogazione di servizi di informazione, supporto, traduzione linguistica e rappresentanza legale⁴⁴. Si tratta di servizi cruciali, non solo per il migrante in sé, ma anche per lo Stato, al fine di orientare la propria condotta in linea con le norme di tutela sui diritti umani. Lo afferma la giudice croata, Ksenija Turković, nella propria opinione separata che accompagna la sentenza *M.H. e altri*: ONG e altri attivisti nella tutela dei diritti umani, più che come antagonisti, dovrebbero essere percepiti dalle autorità statali come preziosi alleati, il cui operato è funzionale a gestire le complesse sfide migratorie in modo efficace e, allo stesso tempo, conforme agli obblighi convenzionali⁴⁵.

6. Detenzione di richiedenti asilo minori in una zona di transito: legittimità e condizioni

La parte centrale della sentenza *M.H. e altri* è dedicata al trattenimento della famiglia dei ricorrenti afgani, durato per 2 mesi e 14 giorni, presso il Centro di transito per migranti di Tovarnik. Al riguardo vengono in rilievo le doglianze relative a diverse violazioni della CEDU, che, per ragioni di chiarezza espositiva, conviene esaminare separatamente.

6.1. La legittimità del trattenimento nella zona di transito (art. 5 CEDU)

In passato la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi sulla permanenza di richiedenti asilo in zone in transito, con particolare riferimento ad aeroporti internazionali⁴⁶, ovvero a strutture di accoglienza per migranti sulle coste greche e italiane⁴⁷. Più di recente, la giurisprudenza di Strasburgo si è arricchita con talune sentenze relative alle zone di transito situate alla frontiera terrestre tra uno Stato membro dell’UE e uno Stato terzo.

In particolare, il primo caso in questo senso è rappresentato dal ricorso *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, deciso con una controversa sentenza del 2019 in cui la Grande Camera aveva escluso l’applicabilità dell’art. 5 CEDU al trattenimento, durato 23 giorni, di alcuni

44. Si veda il comunicato della Corte, *Update on interim decisions concerning member States’ borders with Belarus*, Press Release – Interim Measures, Strasburgo, 21.2.2022.

45. Corte EDU, *M.H. e altri*, cit., Opinione concorrente della giudice Ksenija Turković, §1.

46. Tra le diverse pronunce, si veda Corte EDU, sent. 25.6.1996, *Amuur c. Francia*, ric. n. 19776/92; Corte EDU, sent. 24.1.2008, *Riad e Idiab c. Belgio*, ric. nn. 29787/03 29810/03; più di recente, Corte EDU (Grande Camera), sent. 21.11.2019, *Z.A. e altri c. Russia*, ric. n. 1411/15, 61420/15, 61427/15 e 3028/16.

47. Ad esempio, v. Corte EDU (Grande Camera), sent. 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. n. 16483/12; Corte EDU, sent. 25.1.2018, *J.R. e altri c. Grecia*; ric. n. 22696/16; Corte EDU, sent. 3.10.2019, *Kaak e altri c. Grecia*, ric. n. 34215/16.

richiedenti asilo nella zona di transito di Röszke, al confine serbo-ungherese⁴⁸. Tale scelta era motivata dalla presunta libertà di movimento dei ricorrenti, i quali, entrati spontaneamente nella zona di transito ungherese, avrebbero ugualmente potuto lasciarla per tornare in Serbia⁴⁹. La sentenza aveva “rovesciato” l’esito raggiunto dalla Camera che, pronunciata nel 2017, aveva invece concluso all’unanimità per una violazione (e dunque per la piena applicabilità) dell’art. 5 CEDU⁵⁰. Conclusioni analoghe, nel senso della qualificazione del collocamento nella zona di transito di Röszke come forma di detenzione, erano state raggiunte – pur nella diversità del rispettivo sistema giuridico di appartenenza – dalla Corte di Giustizia dell’UE con una sentenza di Grande Camera del 2020, di soli pochi mesi successiva a quella di Strasburgo⁵¹. Nel 2021, la Corte EDU era tornata a pronunciarsi sulla medesima zona di transito nel caso *R.R. e altri c. Ungheria*, questa volta ritenendo applicabile l’art. 5 CEDU e riscontrandone una violazione⁵². Non si tratta, tuttavia, di un sovvertimento della precedente impostazione: in questa occasione, i giudici confermano i (discutibili) criteri sviluppati dalla Grande Camera in *Ilias e Ahmed*, ma giungono ad un

48. Corte EDU (Grande Camera), sent. 21.11.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15. La pronuncia ha suscitato diverse discussioni in dottrina, complessivamente orientate in senso critico verso le conclusioni raggiunte dalla Grande Camera. Per un’analisi e un commento, tra gli altri, v. C. Pitea, *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*, in questa *Rivista*, n. 3.2020, p. 193 ss.; 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)*, in *ADiM Blog*, www.adimblog.it, 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*, in *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 23.12.2019.

49. Corte EDU (Grande Camera), *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., §248, dove la Grande Camera sottolinea, quale fattore decisivo, la libertà fisica di lasciare la zona di transito a piedi («*physical liberty to move out of the transit zone by walking*»). Sul punto, però, la sentenza registra anche voci discordanti, espresse in particolare dalle opinioni separate dei giudici Bianku (Albania) e Vučinić (Montenegro) che criticano il fatto che l’applicabilità dell’art. 5 CEDU venga meramente ricondotta al mezzo di trasporto utilizzato dai ricorrenti per attraversare la frontiera.

50. Corte EDU, sent. 14.3.2017, *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 *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 18.9.2017; P. Kilibarda, *The ECtHR’s Ilias and Ahmed v. Hungary and Why It Matters*, in *EJIL:Talk!*, www.ejiltalk.org, 20.3.2017.

51. Corte giust. (Grande Sezione), sent. 14.5.2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *FMS e altri*. Per un’analisi della sentenza, nonché per un confronto tra le diverse posizioni della Corte di Giustizia dell’UE e la Corte europea dei diritti dell’uomo, si veda S. Zirulia, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in *Sistema Penale*, www.sistemapenale.it, 25.5.2020; L. Marin, *La Corte di Giustizia riporta le ‘zone di transito’ ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in *ADiM Blog*, www.adimblog.it, Osservatorio della Giurisprudenza, maggio 2020; F.L. Gatta, *Diritti umani e stato di diritto alle frontiere: lo “scontro” tra le corti europee sul trattenimento dei migranti nelle zone di transito*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, Fasc. 5/2020, pp. 99-120.

52. Corte EDU, sent. 2.3.2021, *R.R. e altri c. Ungheria*, ric. n. 36037/17. Per un’analisi e un commento della pronuncia, v. L. Bernardini, *Che cos’è la libertà? La Corte di Strasburgo si pronuncia (ancora) sulla detenzione amministrativa nelle zone di transito ungheresi*, in *ADiM Blog*, www.adimblog.it, Osservatorio della Giurisprudenza, aprile 2021.

esito diverso in quanto “costretti” dalle specifiche circostanze fattuali del caso, legate alla considerevole durata del trattenimento nella zona di transito (circa 4 mesi) di soggetti particolarmente vulnerabili e con esigenze specifiche di tutela (una donna incinta, peraltro malata, e tre bambini molto piccoli). Analogo esito è stato infine raggiunto nel 2022, sempre in riferimento al trattenimento di una famiglia con minori nella medesima zona di transito di Röscke⁵³.

Il ricorso *M.H. e altri c. Croazia* si inserisce in questo recente e controverso filone giurisprudenziale relativo alle zone di transito situate alle frontiere terrestri europee. In questo caso, tuttavia, non si pone la questione della qualificazione giuridica del collocamento dei ricorrenti presso il Centro di transito di Tovarnik. Questo, infatti, è fin da subito identificato come luogo cui si applica l’art. 5 CEDU, in quanto la struttura viene inquadrata – per stessa ammissione del Governo croato – come «*closed-type immigration centre*», ovvero «*prison-type facility*»⁵⁴. La caratteristica di struttura “chiusa”, tale da impedire la mobilità in uscita, è decisiva per escludere la libertà di movimento dei ricorrenti e quindi ritenere – insieme ad altri fattori, come la durata del trattenimento – sussistente una forma di privazione della libertà personale⁵⁵.

Quanto alla legittimità della detenzione, la Corte si sofferma sul trattenimento dei minori migranti, misura che, afferma, in linea di principio dovrebbe sempre essere esclusa. La privazione della libertà personale dei minori è ammissibile solo in caso eccezionali, comunque subordinati a un duplice presupposto: la previa verifica da parte delle autorità nazionali circa l’esistenza di misure alternative meno restrittive; e, in mancanza, l’esecuzione della detenzione esclusivamente per un breve periodo e in condizioni appropriate alle esigenze specifiche del minore⁵⁶. Su queste premesse, la Corte giudica la condotta delle autorità croate come illegittima e in mala fede. Innanzitutto, esprime «*serious doubts*» quanto all’avvenuta verifica di alternative meno coercitive rispetto al collocamento della

53. Corte EDU, sent. 24.2.2022, *M.B.K. e altri c. Ungheria*, ric. n. 73860/17.

54. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., rispettivamente §35 e §177; e §40.

55. Il tema della struttura “chiusa” o “aperta”, infatti, era stato tenuto in particolare considerazione dalla Corte EDU nella giurisprudenza relativa alle strutture di collocamento dei migranti nelle isole greche. Nel caso *J.R. e altri c. Grecia*, i ricorrenti, cittadini afgani, erano stati trattenuti presso il c.d. *hotspot* Vial sull’isola di Chios, struttura che all’epoca era configurata come “chiusa”. Dopo un mese di detenzione, la struttura veniva convertita in regime semi-aperto («*semi-open facility*»), tale da consentire alcune uscite durante il giorno. Nella propria sentenza, la Corte ritiene che i ricorrenti siano stati privati della propria libertà personale ai sensi dell’art. 5 CEDU nel solo primo mese di collocamento presso la struttura, mentre nel successivo e restante periodo, corrispondente con il cambio di regime dell’*hotspot*, gli stessi ricorrenti non siano stati soggetti a una misura detentiva, bensì a una mera restrizione della libertà di movimento. Cfr. Corte EDU, *J.R. e altri c. Grecia*, cit.

56. La Corte dà conto anche di una tendenza evolutiva del diritto internazionale («*the move in international law*») nel senso di limitare la privazione della libertà personale non solo dei minori migranti, ma anche dei relativi genitori, la cui detenzione potrebbe risultare contraria al principio dell’interesse superiore del minore e provocare ripercussioni all’unità della famiglia. v. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., § §237-238.

famiglia afghana nel Centro di Tovarnik, considerando pretestuosa la ragione addotta per la detenzione consistente nell'esigenza di identificare i ricorrenti⁵⁷. Sottolinea, poi, vistosi ritardi e incongruenze di procedura, in particolare nell'effettuare i dovuti controlli nel sistema Eurodac, il quale, peraltro, una volta consultato, aveva rivelato l'identità dei ricorrenti e un loro precedente ingresso nell'UE attraverso la Bulgaria. Infine, ammette che il rischio di fuga dei ricorrenti – l'altro motivo addotto a giustificazione della detenzione – potesse effettivamente dirsi fondato. Ritiene, cionondimeno, che le autorità croate siano venute meno a doveri di diligenza, speditezza e vigilanza che imponevano loro di gestire la vicenda in modo tale da limitare il più possibile la detenzione della famiglia dei ricorrenti.

La Corte, pertanto, dichiara all'unanimità una violazione dell'art. 5 CEDU, sottolineando anche l'inosservanza di garanzie procedurali, come la mancata comunicazione in una lingua comprensibile ai ricorrenti della misura detentiva, nonché dei rimedi disponibili per contestarla. Al riguardo, inoltre, la Corte coglie l'occasione per puntualizzare come tali carenze in tema di *rule of law* non abbiano natura meramente episodica, essendovi «other cases in which migrants in Croatia had not been informed of the reasons of their detention»⁵⁸. Ciò, si precisa, proprio a causa di garanzie basilari, quali la conoscenza delle ragioni di un provvedimento detentivo in altra lingua rispetto al croato, ovvero l'impossibilità di rivolgersi a un avvocato. Un inciso finale, con cui si allude a caratteri di sistematicità nelle violazioni registrate alla frontiera croata e che vanno oltre il caso di specie.

6.2. Le condizioni di detenzione e la loro diversa soglia di tollerabilità in funzione del richiedente asilo minore o adulto (art. 3 CEDU)

La detenzione presso il Centro di Tovarnik è vagliata anche con riguardo alle condizioni di trattenimento che i ricorrenti lamentano essere contrarie all'art. 3 CEDU. Gli elementi di maggior interesse sul punto sono l'intersecarsi di considerazioni relative agli artt. 3 e 5 della Convenzione, di cui la Corte si serve per raggiungere le proprie conclusioni; nonché il ragionamento circa una diversa soglia di “sopportazione” delle condizioni di trattenimento, diversa per minori e adulti, in particolare con riguardo agli effetti psicologici della detenzione.

Quanto alle condizioni materiali di detenzione, la Corte nota come la struttura di Tovarnik fosse di recente costruzione (aprile 2017), situata nei pressi di un piccolo paese,

57. *Ibidem*, §249.

58. *Ibidem*, §258.

lontano da fonti di inquinamento o rumore⁵⁹; fosse attrezzata anche per la permanenza di migranti con minori (zone giochi, sale lettura, ambienti per attività educativo-ricreative, un cortile per attività ludiche e sportive all'aperto); non vi fossero, all'epoca dei fatti, problemi di sovraffollamento, la struttura rispettando pienamente i propri requisiti di capienza; i vari ambienti risultassero idonei (spazio, luminosità, aerazione), così come i servizi offerti (alimenti, vestiario, servizi igienici, assistenza medico-psicologica). La Corte, insomma, considera pienamente soddisfacenti le condizioni di permanenza nel Centro in questione. Come si giunge, allora, a una dichiarazione di violazione della Convenzione?

L'elemento chiave risiede non tanto nelle condizioni *oggettive* della struttura in sé, ma nelle peculiarità *soggettive* degli "ospiti" ivi trattenuti, vale a dire, soggetti minori, caratterizzati da un duplice livello di vulnerabilità: da un lato, legato all'età, alla mancanza di autonomia e allo stato di dipendenza dagli adulti; dall'altro, dalla circostanza di essere migranti richiedenti asilo. Partendo da tali constatazioni e richiamando la pertinente normativa internazionale (Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia) e dell'Unione europea (Direttiva accoglienza), la Corte afferma che il trattenimento di minori richiedenti asilo esige condizioni speciali di tutela, idonee a far fronte alla situazione di estrema vulnerabilità e ad evitare un ulteriore carico di «*stress and anxiety, with particularly traumatic consequences*»⁶⁰. Ne segue che, nel caso di detenzione di bambini migranti, il livello di gravità richiesto per una violazione dell'art. 3 CEDU non può essere lo stesso applicabile agli adulti: la "soglia di violazione" si abbassa, allo Stato venendo imposti obblighi di tutela accresciuti in proporzione alla maggiore vulnerabilità dei soggetti da tutelare.

Su queste premesse, nella valutazione complessiva del caso, la Corte considera, non solo *le condizioni materiali di benessere fisico*, ma anche quelle di *benessere psicologico* dei bambini, proprio in quanto soggetti vulnerabili, poiché reduci da un percorso migratorio di notevole sofferenza e disagio. Di conseguenza, pur prendendo atto delle soddisfacenti condizioni di vitto e alloggio presso il Centro di Tovarnik, la Corte non può ignorare «*the*

59. Prima di passare al vaglio le condizioni materiali presenti *all'interno* della struttura, la Corte effettua anche una valutazione, per così dire, *esterna*, prendendo in esame la localizzazione del Centro per migranti e il contesto ambientale ad esso circostante. Di rilievo e interesse, in particolare, la considerazione circa il posizionamento in un contesto isolato e di silenzio, lontano da fonti di inquinamento o eccessivi rumori. Sul punto, la Corte, tra i casi della propria giurisprudenza presi a parametro di valutazione, richiama specificamente il caso *A.B. e altri c. Francia*, in cui una coppia di genitori armeni, con il figlio di 4 anni, erano stati trattenuti per 18 giorni presso il Centro per migranti situato in vicinanza dell'aeroporto di Toulouse-Blagnac e nei pressi di un'autostrada piuttosto trafficata. Tali circostanze erano state ritenute rilevanti dalla Corte al fine di dichiarare una violazione dell'art. 3 CEDU da parte dello Stato francese. Cfr. Corte EDU, sent. 12.7.2016, *A.B. e altri c. Francia*, ric. n. 11593/12, segnatamente §§ 110-115.

60. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., § 185. Sul punto, la Corte richiama in particolare i principi in materia di vulnerabilità soggettiva sviluppati nel caso *Tarakhel c. Svizzera* (Corte EDU (Grande Camera), sent. 4.11.2014, *Tarakhel c. Svizzera*, ric. n. 29217/12).

presence of elements... resembling a prison environment», quali il muro perimetrale intorno alla struttura, barriere, grate e sbarre alle finestre, nonché la costante ed esclusiva presenza di guardie armate⁶¹. Viene anche sottolineata, a questo ultimo proposito, proprio la mancanza di personale qualificato per la gestione dei bisogni psicologici dei minori, come l'organizzazione di attività ludico-ricreative per intrattenere e occupare il tempo dei bambini⁶².

Si tratta di elementi che appaiono tipicamente indicatori di una situazione di detenzione, riferibili all'art. 5 CEDU, che vengono, per così dire, “presi in prestito” per valutare l'impatto psicologico sui ricorrenti ai sensi e ai fini dell'art. 3: per la Corte le condizioni del Centro di Tovarnik erano buone, ma proprio il fatto di essere collocati in una «*prison-type facility*», come tale caratterizzata da connotati opprimenti e intimidatori, è di per sé dannoso per dei bambini, in quanto «*inevitably causes anxiety and is harmful for children's well-being and development*»⁶³. Un interessante collegamento tra gli articoli 3 e 5 CEDU, considerati in una sorta di implicita interazione che risulta funzionale alla valutazione del quadro complessivo della situazione. Un nesso che, invece, la Grande Camera aveva scelto di recidere in *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, separando nettamente le valutazioni circa le due norme e così pervenendo, pur nella diversità del caso, ad un esito incoerente in merito alla zona di transito ungherese⁶⁴.

Tornando all'esame della doglianza *ex art. 3 CEDU* nel caso di specie, si osserva come alla Corte occorra ancora un ulteriore tassello per dichiarare la violazione della norma citata. Infatti, le circostanze sopra evidenziate – relative al disagio psicologico generato sui minori migranti dalla permanenza in un Centro chiuso simile a una prigione –, per quanto rilevanti, non sono di per sé sole sufficienti a raggiungere la (pur ridotta) soglia di gravità richiesta per una violazione dell'art. 3 CEDU. L'elemento decisivo, allora, risiede nella *durata* del trattenimento nel Centro di Tovarnik: 2 mesi e mezzo, un fattore determinante, che rende non più accettabili le condizioni cui furono sottoposti i minori. Un confinamento così prolungato nella struttura, osserva la Corte, deve aver creato nei bambini una sensazione di

61. *Ibidem*, §194.

62. La Corte sottolinea lo stato di «*fear of uncertainty*» dei ricorrenti (§198), che le autorità croate avrebbero dovuto gestire, in particolare facendo giocare i bambini, riempiendo il loro tempo e distraendoli da una situazione di inedia, paura e stress, aggravata soprattutto alla luce del ricordo, ancora vivo, della figlia e sorellina recentemente persa nell'investimento del treno cui avevano assistito (§201).

63. *Ibidem*, §197.

64. Sulle incongruenze relative alla trattazione degli artt. 3 e 5 CEDU e alla loro mancata interazione nel caso *Ilias e Ahmed*, v. S. Zirulia, *Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no*, cit., F.L. Gatta, *Diritti al confine e il confine dei diritti*, cit.

«*never-ending situation*», idonea a provocare uno stato di «*accumulated psychological disturbance and anxiety*»⁶⁵.

Se tali considerazioni portano la Corte a concludere per una violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti dei ricorrenti minori di età, diverso esito viene invece raggiunto per i ricorrenti adulti nei confronti dei quali la violazione viene esclusa. Facendo applicazione del diverso livello di gravità richiesto per una violazione dell'art. 3 – più basso per i minori, più alto per gli adulti – la Corte ritiene il collocamento presso il Centro di Tovarnik complessivamente accettabile per i genitori afgani. Tale conclusione è raggiunta sulla base di un esercizio di bilanciamento delle varie circostanze fattuali: è vero, riconosce la Corte, che i ricorrenti adulti erano reduci da un percorso migratorio lungo (avendo lasciato l'Afghanistan nel 2016), complesso (avendo attraversato diversi Paesi) e traumatico (stante la morte della figlia di 6 anni alla frontiera serbo-croata), e che il collocamento della famiglia presso il Centro avesse provocato in loro un senso di impotenza, frustrazione e ansia. D'altra parte, però, gli stessi ricorrenti adulti erano stati alloggiati in una struttura dalle condizioni materiali soddisfacenti, non erano stati allontanati dai figli, e avevano ricevuto le visite di uno psicologo, il che avrebbe avuto un effetto per loro rassicurante⁶⁶.

Tuttavia, proprio sul fronte dei profili psicologici – valorizzati, come si è visto, per addivenire a una violazione dell'art. 3 CEDU rispetto ai minori –, il bilanciamento operato dalla Corte non convince: da un lato essa nota che la famiglia ricevette, in numerose occasioni, la visita e il supporto di uno psicologo; d'altro, constata che lo stesso non risultava in grado di interagire in modo significativo con i ricorrenti, stante la mancanza di un interprete. Il problema è superato sbrigativamente, osservando che una qualche forma di interazione con lo psicologo fu comunque possibile poiché, tra i figli più grandi dei ricorrenti, uno parlava inglese e un altro “un po' di serbo”; per poi tagliare corto e affermare che l'art. 3 della Convenzione non implica il diritto di un paziente ad essere esaminato da personale che parli la sua lingua⁶⁷.

Questa conclusione non appare coerente per diversi motivi. Innanzitutto, non è in linea con il percorso logico della sentenza, dove la Corte in più punti evoca l'importanza di un supporto verso i richiedenti asilo tale da superare l'ostacolo della barriera linguistica: ad esempio, nel sottolineare la posizione di vulnerabilità e spaesamento dei migranti che spesso non conoscono altra lingua che quella natia (§331), e per cui il supporto delle ONG risulta

65. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §201. Tale impostazione non è condivisa dal giudice Wojtyczek che, nella propria opinione separata, si dimostra critico circa l'abbassamento della soglia di gravità necessaria per attivare una violazione dell'art. 3 CEDU. Il giudice polacco non condivide solo l'approdo cui pervengono i suoi colleghi (le condizioni del Centro di Tovarnik erano soddisfacenti, eppure la Croazia incorre in una violazione della Convenzione); bensì anche, da un punto di vista metodologico, la scelta di vagliare la questione sotto il profilo del solo art. 3, escludendo invece un esame dal punto di vista dell'art. 8 CEDU che pure i ricorrenti avevano invocato.

66. *Ibidem*, §212.

67. *Ibidem*, §209.

particolarmente significativo; ovvero nel constatare che ai ricorrenti non vennero spiegati in una lingua ad essi comprensibile né i motivi del collocamento nel Centro di Tovarnik né i rimedi a loro disposizione (§258). In secondo luogo, non sembra coerente con la precedente giurisprudenza, come, ad esempio, nel caso *R.R. e altri c. Ungheria*, ove, tra i fattori che conducono a una violazione dell'art. 3 CEDU, la Corte prende proprio in considerazione l'assenza di «*professional psychological assistance available for traumatised asylum-seekers in the transit zone*»⁶⁸. Ovvero, ancora, in *M.A. e altri c. Lituania*, ove si sottolinea l'importanza delle funzioni di interpretazione linguistica per i richiedenti asilo, specie nei contesti di frontiera, dove si richiede che le autorità nazionali dispongano possibilmente di una certa preparazione anche dal punto di vista linguistico⁶⁹. In ultima analisi, se vi è un dovere di fornire assistenza, anche psicologica, a soggetti particolarmente vulnerabili, quali minori richiedenti asilo, tale supporto, per potersi tradurre in un aiuto concretamente fruibile, dovrebbe associarsi a un servizio di traduzione linguistica. In caso contrario, si tratterà – per usare, a rovescio, una nota formula coniata dalla stessa Corte – non di un diritto concreto ed effettivo, bensì solo teorico e illusorio.

Infine, merita una breve riflessione un'affermazione della Corte sulla detenzione dei minori in ambito migratorio. La violazione dell'art. 3 CEDU nei confronti dei ricorrenti minori è accertata, come si è detto, sulla base del decisivo elemento della durata del trattenimento. In questo senso, la soglia temporale rilevante, nel caso di specie, coincideva con 2 mesi e 14 giorni: periodo decisamente consistente, che non lascia spazio a dubbi. Ma la Corte lascia aperta la questione della “tollerabilità” di detenzioni di più breve durata, osservando che il trattenimento di minori in una struttura chiusa e sorvegliata, dove le condizioni materiali di accoglienza siano soddisfacenti, «*would perhaps not be sufficient to attain the threshold of severity required to engage Article 3... depending on the circumstances of the case*»⁷⁰. Rimane, dunque, una porta aperta sulla detenzione dei minori migranti nelle zone di transito che, al sussistere di particolari condizioni, potrebbe anche risultare accettabile agli occhi della Corte: una porta che, invece, sarebbe stato meglio chiudere.

68. Corte EDU, *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., §63.

69. Corte EDU, sent. 11.12.2018, *M.A. e altri c. Lituania*, ric. n. 59793/17. Sul punto si veda in particolare l'opinione concorrente del giudice portoghese Pinto De Albuquerque, il quale, nel sottolineare l'importanza della preparazione linguistica di guardie e personale operante alla frontiera, afferma l'esistenza per i richiedenti asilo di un diritto di accesso agli interpreti (§24).

70. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §199, enfasi aggiunta.

7. Il divieto di espulsioni collettive: tra onere della prova, assenza di canali legali di ingresso e condotta colposa dei migranti (art. 4, Protocollo 4, CEDU)

M.H. e altri rappresenta il primo – e, verosimilmente, non l'ultimo⁷¹ – ricorso in cui la Corte ha constatato una violazione del divieto di espulsioni collettive nei confronti della Croazia. Croazia che, così, va ad aggiungersi alla (crescente) lista di Stati membri dell'UE coinvolti nel contenzioso per violazioni dell'art. 4, Protocollo n. 4 CEDU: in passato, soprattutto Paesi delle frontiere europee mediterranee-meridionali (Italia, Cipro, Malta, Spagna)⁷²; negli anni recenti, quelli delle frontiere orientali (Ungheria⁷³, Polonia⁷⁴, Croazia, Lettonia⁷⁵, Lituania⁷⁶).

Ma, al di là della prima violazione dell'art. 4, Protocollo n. 4 riscontrata nei confronti della Croazia, la sentenza in commento è rilevante per una serie di elementi interpretativi – tanto di continuità, quanto di novità – che essa introduce in relazione alla norma citata. In proposito, in particolare, è opportuno soffermarsi sui seguenti tre profili di interesse: la distribuzione dell'onere della prova in caso di *pushback* collettivo alla frontiera; l'applicazione della c.d. eccezione della condotta colposa dei migranti in caso di espulsione collettiva; l'approccio nella valutazione del ricorso laddove (come nel caso di specie) l'espulsione collettiva coinvolga dei minori, secondo un'interessante linea interpretativa sviluppata dalla giudice croata, Ksenija Turković, nella propria opinione separata allegata alla sentenza *M.H. e altri*.

71. Nel momento in cui si scrive risultano pendenti davanti alla Corte di Strasburgo altri ricorsi relativi a respingimenti ed espulsioni collettive alla frontiera croata: *S.B. c. Croazia*, ric. n. 18810/19 e *A.A. c. Croazia*, ric. n. 18865/19, introdotti entrambi l'1 aprile 2019; e *A.B. c. Croazia*, ric. n. 23495/19, introdotto il 26 aprile 2019. I ricorsi sono stati comunicati al Governo croato il 26 marzo 2020. Si segnala che l'ASGI ha effettuato un intervento in causa come terza parte *ex art. 36(2) CEDU*. Sul punto v. ASGI, *L'intervento terzo di ASGI nel caso S.B. e altri contro Croazia: una breve analisi*, 19.2.2021. Il testo dell'intervento davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo è disponibile online in lingua inglese all'indirizzo seguente: <https://medea.asgi.it/wp-content/uploads/2021/02/tpi-asgi.pdf>.

72. A titolo esemplificativo, rispetto ai Paesi richiamati, si vedano, Corte EDU (Grande Camera), sent. 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, ric. n. 27765/09; Corte EDU (Grande Camera), *Khlaifia e altri c. Italia*, cit.; Corte EDU, *M.A. c. Cipro*, sent. 23.7.2013, ric. n. 41872/10; Corte EDU, dec. (radiazione dal ruolo) 16.9.2014, *Abdi Ahmed e altri c. Malta*, ric. n. 43985/13; Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit; Corte EDU, dec. sull'ammissibilità 1.6.2021, *Doumbe Nnabuchi c. Spagna*, ric. n. 19420/15. La giurisprudenza relativa al divieto di espulsioni collettive non coinvolge altri Paesi mediterranei o con frontiere marittime, particolarmente sensibili da un punto di vista dei flussi migratori, come Grecia e Turchia, tali Stati non essendo vincolati dal Protocollo n. 4 alla CEDU (la Grecia non ha firmato il Protocollo, la Turchia vi ha provveduto nel 1992, senza però mai procedere alla ratifica dello stesso).

73. Corte EDU, sent. 8.7.2021, *Shahzad c. Ungheria*, ric. n. 12625/17.

74. Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, cit.; Corte EDU, sent. 8.7.2021, *D.A. e altri c. Polonia*, ric. n. 51246/17.

75. Corte EDU, dec. 29.3.2022, *M.A. e altri c. Lettonia*, ric. n. 25564/18.

76. Il caso risulta pendente nel momento in cui si scrive, cfr. *A.S. e altri c. Lituania*, ric. n. 44205/21.

7.1. *L'onere della prova nelle espulsioni collettive*

Il tema dell'onere della prova pone in rilievo tutte le difficoltà che le vittime di *pushback* incontrano nella ricostruzione fattuale dell'accaduto ai fini della contestazione della condotta statale in sede giurisdizionale. Il *pushback*, infatti, rappresenta per eccellenza una pratica informale e non trasparente, effettuata al di fuori di un contesto normativo-procedurale, con lo specifico intento di non lasciare traccia⁷⁷. Ecco perché, nella stessa ottica, le autorità di frontiera ostacolano i migranti nel produrre evidenze materiali, specialmente sotto forma di foto e video, come testimoniano diversi rapporti relativi al sequestro o alla distruzione sistematica dei telefoni cellulari da parte delle autorità croate prima di procedere al respingimento⁷⁸. Analogamente, spesso viene impedito il contatto tra migranti e giornalisti o membri di ONG, i quali potrebbero produrre materiali probatori di rilievo, quali interviste o video.

Si tratta di condotte che hanno avuto riscontro anche nella giurisprudenza di Strasburgo. In *N.D. e N.T. c. Spagna*, ad esempio, i ricorrenti riuscirono a produrre davanti alla Corte filmati da essi realizzati a proposito dei fatti occorsi alla frontiera spagnolo-marocchina di Melilla, nonché riprese video di giornalisti effettuate «nonostante le minacce della *Guardia Civil* di non filmare» gli eventi in corso⁷⁹. In quell'occasione la Grande Camera valorizzò tali materiali sul piano probatorio, considerandoli, insieme ad altri elementi, come «*prima facie evidence*» circa il coinvolgimento dei ricorrenti nei fatti di causa⁸⁰. Viceversa, nel recente caso *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, i militari macedoni da un lato costrinsero i ricorrenti a spegnere i propri telefoni cellulari, dall'altro confiscarono le telecamere in uso a taluni giornalisti presenti sulla scena⁸¹.

Non è un caso, pertanto, che le autorità croate in *M.H. e altri* abbiano reso irreperibili le immagini dell'accaduto sulla base di un preteso guasto degli apparecchi di video-sorveglianza in uso alla frontiera serbo-croata. Anche in *N.D. e N.T.* il Governo spagnolo

77. Pur in assenza di una definizione internazionalmente riconosciuta di *pushback*, il Relatore Speciale dell'ONU per i diritti umani dei migranti, Felipe González Morales, in un recente rapporto del 2021 in materia, ha delineato una nozione "ombrello" di *pushback*, nella quale vi rientrano «*various measures taken by States which result in migrants, including asylum seekers, being summarily forced back to the country from where they attempted to cross or have crossed an international border without access to international protection or asylum procedures or denied of any individual assessment on their protection needs which may lead to a violation of the principle of non-refoulement*». v. Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Felipe González Morales, *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, A/HRC/47/30, 12.5.2021, par. 34.

78. Tra i molti si veda, ad esempio, United Nations Bosnia and Herzegovina, *The UN in Bosnia and Herzegovina is Concerned by Violent Pushback of Migrants, Asylum-Seekers and Refugees*, Press Release, 5.4.2021.

79. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., §81.

80. *Ibidem*, §27; e §§86-88.

81. Corte EDU, sent. 5.4.2022, *A.A. e altri c. Macedonia del Nord*, ric. nn. 55798/16 e altri 4, rispettivamente §9 e §§11-12.

si rifiutò di rendere disponibili le immagini registrate dalle telecamere ad infrarossi e dai sensori di movimento installati sulle recinzioni di Melilla⁸². Nel caso croato, peraltro, non vengono fornite spiegazioni circa il malfunzionamento delle telecamere, e la Corte stessa sembra notarne lo strano “tempismo”, sottolineando, da un lato, come immagini e riprese video spesso possano costituire «critical evidence», e, dall’altro, come la zona di Tovarnik, presso cui i ricorrenti tentarono l’ingresso in Croazia, risulti un’area generalmente sottoposta a costante sorveglianza, anche con apparecchiature moderne quali termo-camere, proprio alla luce dei frequenti tentativi di ingresso irregolare alla frontiera⁸³.

In tali circostanze, in cui gli Stati intralciano le già scarse *chances* dei ricorrenti di fornire evidenze materiali, ovvero nascondono quelle in loro possesso, la Corte di Strasburgo è andata delineando talune indicazioni in tema di onere della prova in caso di espulsioni collettive. Nel già ricordato *leading case* del 2020 *N.D. e N.T. c. Spagna*, la Grande Camera chiarisce che, nel caso in cui il ricorrente lamenti di aver subito un’espulsione collettiva dovuta all’assenza di identificazione e di un esame individualizzato da parte delle autorità nazionali, e laddove lo stesso ricorrente sia stato in grado di fornire «*prima facie evidence*» in supporto della propria versione dei fatti, l’onere della prova si trasferisce in capo allo Stato convenuto⁸⁴. Tale “slittamento” dell’onere probatorio verso lo Stato – nel senso di dimostrare di non aver commesso un’espulsione collettiva – è stato successivamente confermato nel 2021 in *Shahzad c. Ungheria*, ricorso relativo a un episodio di *pushback* verso la Serbia in cui, ancora una volta, riprese video e filmati confermarono in modo decisivo l’avvenuta espulsione del ricorrente⁸⁵.

In *M.H. e altri* la Corte prosegue su tale linea. Preliminarmente, ammette di avere «*no material evidence to confirm that the applicants entered Croatia... and were returned to the border with Serbia by the Croatian police*». Tuttavia, ai fini della prova del *pushback*, si basa su un duplice livello di materiali: da un lato, le testimonianze dei ricorrenti, giudicate «*specific and consistent*»; dall’altro, su un «*large number of reports*» elaborati da organizzazioni della società civile, nonché da autorevoli fonti internazionali operanti nell’ambito delle Nazioni Unite e del Consiglio d’Europa⁸⁶. Ciò basta alla Corte per soddisfare il requisito della «*prima facie evidence*» in merito agli eventi occorsi alla frontiera di Tovarnik. L’onere della prova, dunque, si “sposta” in capo al Governo croato, il quale, tuttavia, fallisce nel confutare la descrizione degli eventi per come narrata dai ricorrenti. La

82. *Ibidem*, §81.

83. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §271.

84. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., §85.

85. Corte EDU, *Shahzad c. Ungheria*, cit., §35.

86. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §§269-270.

Corte prende atto, infatti, che le autorità croate «*have not submitted a single argument capable of refuting the prima facie evidence provided by the applicant*»⁸⁷.

Il silenzio dello Stato croato è facilmente spiegabile: da un lato, avendo insabbiato le prove materiali di quanto accaduto; dall'altro, avendo sempre e ostinatamente negato di aver commesso il *pushback* alle proprie frontiere. In effetti, a differenza di altri casi in cui pratiche di respingimento sommario e collettivo alla frontiera erano state ammesse dallo Stato (come nel caso spagnolo *N.D. e N.T.*)⁸⁸, ovvero addirittura positivizzate nel diritto interno (come nel caso ungherese in *Shahzad*)⁸⁹, nel caso croato siamo di fronte ad un atteggiamento di aperta negazione dell'evidenza. Ecco allora che, in mancanza di contro-prove, la Corte valorizza a pieno la credibilità dei ricorrenti, per come corroborata da numerosi materiali di ONG e osservatori internazionali⁹⁰.

Tale *modus procedendi* in caso di espulsioni collettive, relativo al requisito della «*prima facie evidence*» e al conseguente slittamento dell'onere probatorio in capo allo Stato, è stato contestato dal giudice Wojtyczek. Nella propria opinione separata, egli nota come tale criterio per la distribuzione dell'onere della prova sia stato inizialmente sviluppato in *N.D. e N.T.*, vale a dire, in un caso del tutto peculiare di “assalto” *en masse* alla frontiera, e che, pertanto, non dovrebbe estendersi a tutti i casi di “normale” ingresso irregolare nello Stato. Il giudice polacco invoca una distribuzione «più equa» dell'onere della prova tra le parti in causa, sottolineando che per lo Stato potrebbe essere impossibile confutare la versione degli eventi fornita dai ricorrenti. Da questi ultimi pertanto, a seconda del caso, si dovrebbero pretendere standard probatori più elevati circa l'espulsione: materiali che siano «*highly plausible*», e non meramente credibili o verosimili *prima facie*⁹¹.

Si tratta di una posizione che, se, in astratto, si pone in linea con il principio della parità delle armi delle parti in causa, cede però alla prova dei fatti, e non tiene in conto la realtà delle espulsioni sommarie alla frontiera: terreno su cui lo Stato, spesso e volentieri, gioca in casa e gioca “sporco”, “disapplicando” tutele e garanzie e neutralizzando le già scarse possibilità per il migrante di tenere traccia delle violazioni dei diritti umani subite.

87. *Ibidem*, §273.

88. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., §87.

89. Corte EDU, *Shahzad c. Ungheria*, cit., §17 ss.

90. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., §269. In senso analogo, *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., §86 e *Shahzad c. Ungheria*, cit., §36.

91. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., Opinione parzialmente dissidente e parzialmente concordante del giudice Wojtyczek, §2.3.

7.2. *Il divieto di espulsione collettiva e l'eccezione della condotta colposa. In particolare, il "test delle vie legali"*

Svolte le considerazioni sopra riportate in tema di onere della prova, la Corte passa all'esame della doglianza *ex art. 4*, Protocollo n. 4 CEDU a proposito dell'espulsione collettiva dei ricorrenti verso la Serbia. Sul punto, il Governo croato, al di là di una serie di argomenti ormai divenuti "classici" – tra cui quello circa il dovere di "proteggere" le frontiere comuni dell'UE, la Croazia essendo per di più un Paese «*with the prospect of joining the Schengen Area in the near future*»⁹² – concentra la propria difesa sull'invocazione della c.d. eccezione della condotta colposa, o «eccezione N.D. e N.T.».

Come noto, si tratta di una costruzione giurisprudenziale recente, coniata dalla Grande Camera nel 2020 nel caso spagnolo di Melilla, quindi sviluppata – non senza incertezze e controversie, anche interne alla Corte⁹³ – in una serie di successivi giudizi in tema di espulsioni collettive⁹⁴. In breve, l'eccezione N.D. e N.T., di fatto facoltizza un respingimento collettivo di migranti, sollevando lo Stato dall'obbligo di un esame individualizzato della posizione del singolo soggetto coinvolto nell'espulsione. Per la sua applicabilità, l'eccezione richiede la sussistenza di una serie di condizioni, cumulativamente considerate: i) l'ingresso irregolare del migrante nel territorio; ii) effettuato con modalità o circostanze "aggravanti" (uso della forza, in massa, in modo clandestino, preorganizzato, tale da generare un pericolo per la pubblica sicurezza); iii) la presenza di vie legali effettive e genuine per l'ingresso nello Stato, che, tuttavia, non siano state utilizzate, senza una giustificazione basata su «*cogent reasons*»; iv) l'espulsione verso un Paese ove non sussistano rischi per la vita e l'incolumità del migrante. Per verificare l'operatività dell'eccezione N.D. e N.T., la Corte applica un doppio test: il primo, di natura procedurale, relativo al carattere collettivo dell'espulsione

92. *Ibidem*, §291.

93. Si vedano, in particolare, le Opinioni separate dei giudici Lemmens (Belgio), Keller (Svizzera) e Schembri Orland (Malta) nel caso *Asady e altri c. Slovacchia* (Corte EDU, *Asady e altri c. Slovacchia*, cit.). Il ricorso, relativo al *pushback* di un gruppo di 19 cittadini afgani dalla Slovacchia verso l'Ucraina, rappresenta la prima occasione in cui la Corte EDU si misura con la neonata eccezione della condotta colposa del migrante, sviluppata solo alcuni mesi prima dalla Grande Camera in *N.D. e N.T. c. Spagna*. In argomento, v. anche 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 *Strasbourg Observers*, www.strasbourgobservers.com, 6.5.2020.

94. Tra cui, in particolare, vengono in rilievo Corte EDU, sent. 24.3.2020, *Asady e altri c. Slovacchia*, ric. n. 24917/15; Corte EDU, *M.K. e altri c. Polonia*, cit.; Corte EDU, *D.A. e altri c. Polonia*, cit. L'eccezione della condotta colposa del migrante, sviluppata dalla Grande Camera in *N.D. e N.T.*, ha stimolato varie riflessioni in dottrina. Tra le molte, v. D. Thym, *A Restrictionist Revolution?*, cit.; D. Thym, *Muddy Waters: A Guide to the Legal Questions Surrounding 'Pushbacks' at the External Borders at Sea and at Land*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 6.7.2021. Al riguardo, si è anche ragionato circa la possibile applicabilità dell'eccezione coniata in *N.D. e N.T.* alla situazione delle frontiere greco-turche, per cui v. I. Goldner-Lang, *Which Connection Between the Greek-Turkish Border, the Western Balkans Route and the ECtHR's Judgment in ND and NT?*, in *eumigrationlawblog*, www.eumigrationlawblog.eu, 4.9.2020.

(c'è stato un esame oggettivo della situazione personale di ogni individuo?); il secondo, relativo alla condotta colposa (se non vi è stato un esame individualizzato, ciò può essere dovuto alla condotta dei ricorrenti?).

In *M.H. e altri*, la Corte segue il descritto *modus procedendi*. Preliminarmente, accerta l'avvenuta espulsione della famiglia afghana, basandosi sul dato di fatto, l'allontanamento dallo Stato rilevando oggettivamente e indipendentemente da circostanze quali il fatto che i ricorrenti avessero varcato il confine croato clandestinamente, fossero privi di documenti e fossero stati intercettati nelle vicinanze della frontiera⁹⁵. La Corte giunge altrettanto agevolmente a constatare la natura collettiva dell'espulsione, mancando il requisito dell'esame individualizzato della posizione di ciascun ricorrente. Passa, quindi, al test dell'eccezione della condotta colposa, di cui riconosce il sussistere dei primi requisiti: i ricorrenti, effettivamente, fecero ingresso nel territorio croato «*clandestinely*» e «*outside official border crossing point*» e, perciò, «*irregularly*»⁹⁶. Diviene decisivo, quindi, il tema delle vie legali: esistevano, all'epoca dei fatti, percorsi di accesso legale al territorio croato che i ricorrenti avrebbero dovuto utilizzare ai fini della protezione internazionale?

La Corte risponde negativamente e, al riguardo, l'elemento di maggior rilievo risiede in un esame (finalmente) attento e realistico – e non fittizio o puramente formalistico, come nel caso spagnolo *N.D. e N.T.* – circa l'esistenza di vie legali di accesso al territorio: vie legali che devono esistere non solo sulla carta, ma essere «*genuinely and effectively accessible to the applicants at the time*»⁹⁷. Sul punto, secondo il Governo croato, i ricorrenti avrebbero dovuto presentarsi a un varco frontaliero ufficiale, ove, sebbene privi di documenti, sarebbero stati ammessi nel territorio nazionale in base a motivi umanitari, come previsto dalla normativa nazionale. L'argomento non persuade la Corte, che osserva come la protezione per motivi umanitari prevista dal diritto croato non fosse associabile alle esigenze di protezione internazionale dei ricorrenti, non rappresentando quindi una via legale idonea ad ottenere l'ingresso nel territorio *al fine di* richiedere asilo.

Ma l'esame della Corte non si esaurisce con la confutazione di quanto argomentato dalla Croazia. Manifestando l'intenzione di andare a fondo nella verifica del profilo delle vie legali, la Corte, si apprende dalla sentenza, *motu proprio* aveva espressamente interrogato il

95. La Corte intende «espulsione» in un'accezione ampia e generica, quale allontanamento, comunque praticato, dal territorio dello Stato. Si tratta di nozione risalente, sviluppata in particolare nel *leading case Hirsi Jamaa e altri c. Italia* del 2012 e successivamente reiterata. Pur sembrando sostanzialmente solida alla luce della giurisprudenza della Corte, la nozione di «espulsione» non è però priva di critiche e contestazioni, anche recenti. Varie resistenze, infatti, sono emerse internamente alla stessa Corte, come evidenziato dalle opinioni separate di alcuni giudici che insistono per una concezione più restrittiva del significato di «*expulsion*», sottolineandone, in particolare, la differenza concettuale con altre situazioni giuridico-fattuali, come quella della «*non-admission*» o del negato accesso al territorio nazionale. Sul punto, a titolo esemplificativo, si possono leggere le opinioni separate allegata alla sentenza *M.A. e altri c. Lituania*, cit.

96. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., § 278-279.

97. *Ibidem*, § 301.

Governo sul funzionamento delle procedure d'accesso all'asilo al confine serbo-croato nel 2017-2018, richiedendo specifiche informazioni circa: l'esatta posizione dei varchi ufficiali di frontiera, le modalità concrete di presentazione di una domanda d'asilo, la presenza di interpreti e legali per un accesso all'assistenza linguistica e legale necessaria per i richiedenti asilo, nonché i dati relativi alle domande di asilo effettivamente ricevute e registrate presso i varchi frontalieri. Nulla di tutto ciò è stato fornito dalla Croazia in risposta alla Corte, per la quale, quindi, non è possibile accertare l'effettiva e genuina accessibilità delle procedure d'asilo alle frontiere croate.

Ma non basta: la Corte si spinge anche ad esaminare l'esistenza e la fruibilità di eventuali vie legali "esterne", come la possibilità di presentare una domanda d'asilo presso l'ambasciata croata in Serbia. Possibilità che viene esclusa, il Governo croato non avendo fornito indicazioni o dati nemmeno in tal senso. La Corte, completato in questo modo il quadro delle vie legali disponibili, tanto all'interno quanto all'esterno del territorio croato, conclude che la Croazia, all'epoca dei fatti, non disponeva di un sistema genuino ed effettivo di accesso legale al territorio nazionale. Ne segue che l'eccezione N.D. e N.T. non risulta applicabile e che l'espulsione collettiva subita dai ricorrenti non trova giustificazione, ponendosi dunque in contrasto con l'art. 4, Protocollo n. 4 CEDU.

7.3. Un'interessante prospettiva interpretativa: l'interesse superiore del minore come "barriera" all'espulsione collettiva

La sentenza *M.H. e altri* offre ulteriori spunti di interesse in quanto reca con sé opinioni separate degne di nota circa il divieto di espulsioni collettive e la c.d. eccezione della condotta colposa. Meritano particolare attenzione le argomentazioni svolte dalla giudice croata Ksenija Turković, all'epoca vice-Presidente della Corte europea, in una delle sue ultime ed appassionate opinioni separate⁹⁸. Si tratta di riflessioni che vertono in particolare sull'espulsione collettiva di minori e che offrono un'interessante prospettiva di sviluppo interpretativo e arricchimento del filone giurisprudenziale sulle espulsioni collettive.

La giudice croata sviluppa il proprio ragionamento a partire dalla consapevolezza delle difficoltà che il proprio Paese incontra nella gestione delle frontiere, trovandosi geograficamente in prima linea nelle traiettorie dei flussi. È altresì ben conscia che, nell'ambito del controllo delle frontiere possono sorgere conflitti tra le contrapposte esigenze dello Stato e del migrante. Tuttavia, nel necessario bilanciamento degli interessi in gioco, i diritti del minore hanno «*primary consideration*», gli stessi dovendo ricevere, rispetto ad altre esigenze di ordine pubblico, «*high priority*» e «*greater weight*»⁹⁹. Ne segue che le

98. La giudice Turković ha cessato il proprio mandato di 9 anni nel 2021. È stata sostituita da Davor Derenčinović, giudice eletto in rispetto della Croazia, il quale ha assunto le proprie funzioni a partire dal 2 gennaio 2022.

99. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., Opinione concordante della Giudice Turković, §7.

autorità di polizia croata, di fronte a una famiglia con minori presentatasi alla frontiera senza uso di forza né procurato pericolo per la sicurezza nazionale, soggiacevano a un obbligo positivo, discendente dal principio dell'interesse superiore del minore, di consentire l'esame della situazione specifica dei minori. Un obbligo procedurale "rafforzato", consistente nel porre in essere tutte le «*necessary measures*» al fine di vagliare, in modo accurato e tempestivo, le vulnerabilità specifiche e le esigenze speciali di protezione dei minori¹⁰⁰.

Da un punto di vista dell'impianto giuridico, le argomentazioni della giudice croata poggiano su una (solida) base di diverse fonti normative. Il riferimento primario è alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e al principio dell'interesse superiore del minore ivi sancito¹⁰¹. Viene quindi sottolineato come tale principio abbia trovato conferma in una consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al punto da poter dedurre l'esistenza di un «*broad consensus*» al riguardo¹⁰². Il medesimo principio, peraltro, pur non essendo espressamente menzionato nel testo della CEDU, può considerarsi implicitamente incluso nell'art. 8 relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare¹⁰³. Ancora, a supporto del rilievo primario del principio dell'interesse superiore del minore, la giudice Turković chiama in causa il rilevante diritto dell'Unione europea, riferendosi, in particolare, alle Direttive procedure ed accoglienza¹⁰⁴. Si può peraltro aggiungere in questa sede che il principio in parola, oltretutto nel diritto derivato, risulta anche consacrato a livello di diritto primario dell'UE, segnatamente nella Carta dei diritti

100. *Ibidem*, §8.

101. Art. 3, Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989. Quale base giuridica specifica per l'obbligo positivo di fornire assistenza al minore richiedente asilo, la giudice Turković richiama segnatamente l'art. 22 della Convenzione ONU, il quale prevede che «*States Parties shall take appropriate measures to ensure that a child who is seeking refugee status or who is considered a refugee... shall, whether unaccompanied or accompanied by his or her parents or by any other person, receive appropriate protection and humanitarian assistance*».

102. Sul punto è interessante notare come la giudice Turković nello specifico citi la sentenza di Grande Camera nel caso *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, relativo al tema delle vaccinazioni obbligatorie e alla compatibilità delle stesse con il principio dell'interesse superiore del minore. Cfr. Corte EDU (Grande Camera), sent. 8.4.2021, *Vavrička e altri c. Repubblica Ceca*, ric. nn. 47621/13 e 5 altri.

103. Al riguardo si vedano le considerazioni espresse dalla stessa giudice croata in K. Turković, A. Grgić, *Best Interest of the Child in the Context of Article of the ECHR*, in *Mélanges en l'honneur de Dan Spielmann - Essays in honour of Dean Spielmann: Liber Amicorum Dean Spielmann*, J. Casadevall and Others (Eds.), Wolf Legal Publishers, 2015, p. 629 ss; K. Turković, *Challenges to the Application of the Concept of Vulnerability and the Principle of the Best Interests of the Child in the Case Law of the ECtHR Related to Detention of Migrant Children*, in *Migration and the European Convention on Human Rights*, B. Çali, L. Bianku, I. Motoc (Eds.), p. 104 ss. Analogamente, v. I. Goldner-Lang, *Pushbacks against the Child's Best Interests*, in *Verfassungsblog*, www.verfassungsblog.com, 7.1.2022.

104. Dir. 2013/32/UE 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; Dir. 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26.6.2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

fondamentali, all'art. 24(2)¹⁰⁵, nonché nel TUE, il cui art. 3(3) colloca la tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi che l'Unione europea deve perseguire. Infine, anche la Corte di Giustizia dell'UE in diverse occasioni ha sottolineato l'importanza del principio in parola per come sancito nella Carta dei diritti fondamentali¹⁰⁶.

Tali considerazioni sull'interesse superiore del minore assumono una portata tale da indurre la giudice croata a spingere la propria argomentazione più lontano, addirittura al punto di smontare l'eccezione N.D. e N.T. o della condotta colposa: in *M.H. e altri*, il *pushback* collettivo subito dalla famiglia afghana con bambini al seguito sarebbe stato contrario all'art. 4, Protocollo n. 4 CEDU *anche se* la Croazia avesse messo a disposizione procedure effettive e genuine di accesso legale al territorio, e *anche se* i ricorrenti non ne avessero fatto uso senza ragioni cogenti.

Si tratta di una soluzione interpretativa che, se sposata in futuro dalla Corte, potrebbe recare con sé importanti implicazioni. In primo luogo, porterebbe a disinnescare la logica stessa dell'eccezione della condotta colposa: un minore richiedente asilo, soggetto particolarmente vulnerabile, non potrebbe creare – per usare le parole della Grande Camera in *N.D. e N.T.* – «*a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety*»¹⁰⁷. Infatti, i requisiti della condotta in termini di pericolosità, aggressione e minaccia alla sicurezza sarebbero difficilmente applicabili al minore.

In secondo luogo, e in ogni caso, l'interesse superiore del minore, unitamente allo stato di speciale vulnerabilità in cui i minori richiedenti asilo si trovano, non consentirebbe l'operatività dell'eccezione della condotta colposa, anche laddove vi fossero vie d'ingresso legali messe a disposizione dallo Stato. Detto altrimenti: non si può realisticamente pretendere che un minore debba sempre e necessariamente fare uso di canali di ingresso regolare al fine di ottenere tutela. S'immagini un bambino di tenera età, non accompagnato, in situazione di precaria salute, stremato dal viaggio e senza mezzi di sostentamento: non solo non rappresenta un pericolo per l'ordine pubblico, ma la sua condizione di vulnerabilità rende di fatto non esigibile nei suoi confronti la pretesa di dover cercare per forza accesso presso varchi frontalieri ufficiali, spesso situati a chilometri di distanza di cammino e in contesti pericolosi (foreste, fiumi, ecc.). In *N.D. e N.T.*, valutando il profilo delle vie legali, la Grande Camera osserva che i ricorrenti avrebbero potuto rivolgersi al consolato spagnolo in Marocco presso Nador, dove potevano recarsi «facilmente», lo stesso essendo distante

105. Come indicato nelle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, l'art. 24 della Carta, dedicato ai diritti del minore, si basa espressamente sulla Convenzione dell'ONU sui diritti dell'infanzia.

106. Corte giust., sent. 6.12.2012, cause riunite C-356/11 e C-357/11, *O.S.*; Corte giust. (Grande Sezione), sent. 13.9.2016, causa C-165/14, *Alfredo Rendón Marín*; Corte giust. (Grande Sezione), sent. 10.5.2017, causa C-133/15, *H.C. Chavez-Vilchez e altri*; Corte giust. (Grande Sezione), sent. 08.05.2018, causa C-82/16, *K.A. e altri*.

107. Corte EDU (Grande Camera), *N.D. e N.T. c. Spagna*, cit., §201.

«solo» 13.5 km dalla frontiera¹⁰⁸. Tali considerazioni svolte nel caso spagnolo – che, comunque, appaiono del tutto formalistiche e sganciate dalla realtà dei fatti – non potrebbero però ragionevolmente applicarsi a richiedenti asilo minori, stante l'accresciuto livello di tutela richiesto nei loro confronti.

L'interesse superiore del minore opererebbe allora come una sorta di “barriera” alle espulsioni collettive, delineando “un’eccezione nell’eccezione” e neutralizzando il meccanismo giustificativo della condotta colposa del migrante favorevole allo Stato. Fino alle estreme conseguenze: il *pushback* a danni di minori richiedenti asilo non sarebbe *mai compatibile* con la CEDU, anche qualora lo Stato interessato avesse di fatto reso disponibili canali di accesso alle procedure d’asilo presso le proprie frontiere¹⁰⁹.

Si tratta di un orientamento interpretativo espansivo e coraggioso, foriero – qualora la Corte dovesse darvi seguito – di conseguenze rilevanti. Tuttavia, la stessa sentenza *M.H. e altri* già trasmette l'impressione che non sarà così facile fare breccia nella giurisprudenza relativa alle espulsioni collettive: il giudice Wojtyczek, nella propria opinione separata, mette in guardia contro la strumentalizzazione dei bambini, che i migranti porterebbero con sé nei propri spostamenti al solo e specifico fine di ottenere «*better treatment from the immigration authorities*»¹¹⁰. Un'affermazione, quella del giudice polacco, che lascia quantomeno perplessi. Prima di tutto, ignora o confonde due piani: da un lato, il diritto individuale ad avere accesso a procedure di protezione internazionale; dall'altro, le condizioni materiali di accoglienza che un migrante può incontrare all'arrivo presso uno Stato membro. Mentre queste ultime possono effettivamente essere diverse nei confronti di quelle famiglie o gruppi di persone con minori al seguito; l'accesso alle procedure di valutazione della domanda di asilo esiste (teoricamente) a prescindere dal fatto che il richiedente porti con sé un minore o meno. In secondo luogo, e in generale, l'affermazione risulta del tutto priva di qualsivoglia argomentazione giuridica. Il tema del presunto “trattamento di favore” che i migranti riceverebbero avendo minori al seguito non risulta chiarito né sostanziato in alcun modo. Si fatica, dunque, a comprenderne il senso, oltreché l'opportunità, specialmente in un caso relativo alla morte di una bambina di sei anni provocata da un respingimento avvenuto fuori da qualsivoglia cornice giuridica di legittimità.

108. *Ibidem*, §227.

109. In questo senso sembra orientarsi anche I. Goldner-Lang, *Pushbacks against the Child's Best Interests*, cit.

110. Corte EDU, *M.H. e altri c. Croazia*, cit., Opinione parzialmente dissidente e parzialmente concordante del giudice Wojtyczek, §1.3.

8. Considerazioni conclusive

M.H. e altri c. Croazia rappresenta un'importante pronuncia che, spingendosi oltre il caso concreto, porta la Corte EDU a certificare una situazione di violazioni sistematiche della Convenzione alla frontiera croata. Da un punto di vista del contenuto della sentenza e del suo potenziale impatto sullo sviluppo della giurisprudenza in tema di espulsioni collettive, si possono salutare con favore le conclusioni della Corte con riguardo all'onere della prova e all'analisi delle vie legali esistenti. Questi profili vengono trattati con un approccio che pare cautamente (e finalmente) muoversi verso un senso di maggior coerenza e attenzione alla realtà dei fatti delle vicende migratorie contemporanee.

Sul tema delle vie legali, in particolare, è apprezzabile l'indagine della Corte, seria e credibile, circa le possibilità *effettive e genuine* del ricorrente di accedere a un canale legale, sicuro e dignitoso, per chiedere asilo. E, sul punto, risulta emblematico il silenzio della Croazia: un silenzio che fa rumore, proprio perché quei percorsi legali di accesso al territorio, di fatto, spesso non esistono. Ancora, suscitano interesse le argomentazioni della giudice Turković circa il divieto di espulsione collettiva e l'interesse superiore del minore: la prossima casistica potrebbe fornire indicazioni circa le effettive potenzialità di questa tesi, sebbene, come si è visto, segnali poco incoraggianti già si manifestano da parte di qualche collega della giudice croata.

La sentenza *M.H. e altri*, poi, evidenzia non solo l'illegittimità di *pushback* e violenze alla frontiera, ma fa luce anche su una preoccupante situazione interna, dove l'operato delle autorità croate, quando si tratta di migranti, risulta caratterizzato da mancanza di trasparenza e imparzialità. Manca la volontà di occuparsi seriamente delle violazioni dei diritti umani perpetrate alla frontiera, che restano avvolte in un velo di opacità, ingiustizia e, spesso, indifferenza. Nemmeno il "meccanismo di monitoraggio" delle frontiere croate promosso nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea si dimostra efficace, in quanto affetto, come si è detto, da rilevanti problematiche in termini di effettività e indipendenza del controllo.

In definitiva, risulta difficile accettare la conclusione per cui la Croazia abbia raggiunto «le condizioni necessarie» per una gestione delle frontiere nella piena ed effettiva osservanza dei principi dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, come il pertinente diritto internazionale e dell'Unione richiedono. Eppure, la strada verso l'area Schengen sembra spianata, nonostante violazioni gravi e sistematiche delle norme a tutela dei diritti fondamentali, come ci dimostra la morte di una bambina di 6 anni, cacciata via, nel freddo e nel buio di una notte d'inverno.

Si ricordino, allora, le parole del Presidente del Parlamento europeo, David Sassoli, recentemente scomparso, il quale ammoniva: «sia chiaro a tutti che in Europa nessun

governo può uccidere, [e] che il valore della persona e la sua dignità sono il nostro modo per misurare le nostre politiche»¹¹¹.

111. Discorso d'insediamento di David Sassoli come Presidente del Parlamento Europeo, Strasburgo, 3.7.2019, p. 3. La versione integrale è disponibile online sul sito del Parlamento, www.europarl.europa.eu.