

**«LIBERTÀ VA CERCANDO...».**  
**UNA DETENZIONE “ATIPICA”, UNO “SCONTRO” TRA CORTI:**  
**QUALI PROSPETTIVE PER I MIGRANTI DETENUTI IN EUROPA?**

di Lorenzo Bernardini

(dottorando di ricerca in Global Studies presso l'Università degli studi di Urbino)

*«L'essenza dell'uomo consiste unicamente  
 nella libertà assoluta, ch  l'uomo non   cosa,  
 n  fatto, e nel suo essere autentico non pu  essere  
 in alcun modo un oggetto»*

F.W.J. SCHELLING, *Dell'Io come principio della filosofia*

**SOMMARIO:** 1. Generalit  e criticit  della detenzione amministrativa dei migranti. – 2. (segue) Un caso “atipico” di detenzione: la *hotspot detention*. – 3. Un *landmark judgement* sul trattenimento “atipico” degli stranieri. – 4. (segue) Lussemburgo vs. Strasburgo: due modi diversi di concepire la libert  personale? – 5. (segue) I profili innovativi proposti dalla C.G.U.E: tra garanzie concrete e tutela dell'*habeas corpus*. – 6. Uno sguardo al futuro: cosa cambier  per i migranti “ai confini d'Europa”? – 7. Lo scontro tra Corti come motore propulsivo all'effettiva tutela del diritto alla libert  personale dei migranti.

1. Variamente definita come «uno strumento per l'esercizio delle prerogative statali di controllo dell'immigrazione»<sup>1</sup>, come «privazione della libert  individuale, di solito di carattere amministrativo, per una presunta violazione delle condizioni di ingresso, soggiorno o residenza nel paese ospitante»<sup>2</sup> o, infine, come il «dispositivo su larga scala, di carattere quasi punitivo, che si rivolge esplicitamente a determinate categorie di persone, con l'obiettivo di proteggere le frontiere da un'immigrazione “indesiderata”»<sup>3</sup>, la detenzione amministrativa   lo strumento di privazione della libert  personale a cui lo straniero<sup>4</sup> pu  essere assoggettato – a seguito dell'emissione

<sup>1</sup> R. Palladino, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli 2019, 14.

<sup>2</sup> Unhcr et al., *Monitoring immigration detention: Practical manual*, in [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 2014, 20, trad. propria.

<sup>3</sup> G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignty*, Leida 2010, 24, trad. propria.

<sup>4</sup> In generale, con l'espressione “cittadino di paese terzo”, “migrante” o “straniero” si intendono indistintamente sia coloro che non posseggono lo *status* di cittadini UE ex art. 20, comma 1, TFUE, sia coloro i quali non godono della libert  di movimento accordata dall'art. 2 co. 5 reg. 399/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio

di un provvedimento motivato dell'autorità di pubblica sicurezza – per ragioni di *governance* dei flussi migratori (ad es. quando vi è la concreta possibilità che il migrante possa rendersi irreperibile nelle more delle procedure burocratiche che lo riguardano)<sup>5</sup>.

Come è noto, si tratta di un meccanismo ampiamente utilizzato da tutti gli Stati membri dell'UE sia per una gestione efficace dell'immigrazione irregolare che per garantire l'implementazione del CEAS (*Common European Asylum System*). Sensibile alla portata dei diritti “in gioco”, il legislatore eurounitario ha dedicato alla materia specifici atti di c.d. legislazione secondaria: il trattenimento dello straniero trova infatti espressa menzione nella c.d. Direttiva Rimpatri<sup>6</sup> – per quanto concerne il migrante irregolare<sup>7</sup> da allontanare dal territorio dello Stato membro ove si trova – e nelle Direttive cc.dd. Procedure<sup>8</sup> e Accoglienza<sup>9</sup>, che regolano il trattenimento del richiedente protezione internazionale che si trova nello Stato competente ad esaminare la sua domanda<sup>10</sup>. Un *tertium genus* di detenzione amministrativa – che viene applicato al richiedente che deve essere trasferito presso lo Stato competente ad esaminare la sua domanda – è definito «a scopo di trasferimento» ed è governato dalle scadenze temporali del c.d. Regolamento di Dublino III<sup>11</sup>.

---

che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (c.d. Codice Frontiere Schengen).

<sup>5</sup> Si tratta di uno dei requisiti previsti, di regola, in tutte le legislazioni dei Paesi membri dell'UE (v. *inter alia* M. Bianca Moraru, *Judicial scrutiny of return detention in the Member States: the contribution of national courts to clarifying the concept of 'risk of absconding'*, in [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu), 8.2.2017). Sul punto, per l'Italia v. l'art. 13 co. 4-bis TUImm, che viene criticamente analizzato da G. Savio, *Espulsioni e respingimenti. La fase esecutiva*, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it), 1.9.2016, 7 s. Così come configurato, il rischio di fuga rileva la «perdurante “ossessione coercitiva” del legislatore italiano», secondo A. Marletta, *Detenzione “amministrativa” dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Crim* 2013, 609.

<sup>6</sup> Artt. 15-18 dir. 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

<sup>7</sup> Art. 3 co. 1 e 2 dir. 2008/115/CE.

<sup>8</sup> Art. 26 dir. 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di protezione internazionale (rifusione), in vigore dal 19 luglio 2013.

<sup>9</sup> Artt. 8-11 dir. 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in vigore dal 19 luglio 2013.

<sup>10</sup> Sulla definizione dello *status* del richiedente, v. l'art. 2 lett. a dir. 2013/33/UE, che richiama l'art. 2 lett. h dir. 2011/95/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno *status* uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta.

<sup>11</sup> Art. 18 reg. 604/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

Questo sistema tripartito rappresenta il *corpus* legislativo con cui l'UE ha inteso armonizzare le azioni degli Stati membri per una corretta gestione dell'immigrazione, volendo garantire – almeno nelle intenzioni – il rispetto dei diritti fondamentali e del principio di *non-refoulement*<sup>12</sup>.

Senza addentrarci nel dettaglio nella disciplina dell'istituto, va tenuto a mente che il mosaico normativo europeo ha configurato il ricorso a misure di privazione della libertà secondo le cadenze procedurali qui sommariamente descritte<sup>13</sup>:

a) l'autorità amministrativa, in presenza di determinati presupposti tassativamente indicati (ad es. il già menzionato rischio di fuga, o la necessità di identificare compiutamente lo straniero), è autorizzata a disporre il confinamento del migrante – sia irregolare che richiedente protezione internazionale – in determinate strutture *ad hoc* sul proprio territorio, per un periodo di tempo che sia il più breve possibile e che consenta di preparare il rimpatrio dello straniero (se si tratta di irregolare) o di decidere sulla sua domanda di asilo (se si tratta di un richiedente) o sul suo trasferimento verso un altro Stato UE (se si tratta di richiedente sottoposto alla disciplina del Regolamento di Dublino III);

b) all'autorità giudiziaria è devoluto l'esercizio di un potere officioso di convalida *una tantum* del provvedimento coercitivo, non appena questo viene emesso per la prima volta, con obbligo di immediata liberazione dello straniero in mancanza dei presupposti applicativi della misura;

c) nelle more della privazione della libertà, l'autorità giudiziaria rimane competente ad esprimersi, di regola su richiesta dello straniero, sulla permanenza dei requisiti per disporre la detenzione;

d) la detenzione può avere diversa durata, a seconda dello *status* ricoperto dallo straniero al momento dell'irrogazione della misura: se è irregolarmente soggiornante, la privazione della libertà è consentita, di regola, per un massimo di sei mesi, prorogabili eccezionalmente – ed inderogabilmente – fino a diciotto; se è un richiedente asilo le pertinenti norme UE non prevedono una durata massima per la detenzione, ma si limitano ad un generico richiamo ai requisiti di proporzionalità e necessità della misura. Un discorso a parte meritano i richiedenti sottoposti al

---

<sup>12</sup> Sul punto, v. il *report* della European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights of refugees, asylum applicants and migrants at the European borders*, in [www.fra.eu](http://www.fra.eu), 27.3.2020, spec. 5 e 9. Cfr. Id., *Detention of third-country nationals in return procedures*, in [www.fra.europa.eu](http://www.fra.europa.eu), 30.11.2010, *passim*. In dottrina, per tutti, v. S. Peers, *Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights*, in J. Niessen-E. Guild (eds.), *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, vol. XXIV, *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, a cura di E. Guild e P. Minderhoud, Leida 2010, 437 s., secondo cui, ottimisticamente, il «ruolo fondamentale» nello sviluppo delle politiche migratorie europee sarà giocato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

<sup>13</sup> Per una descrizione dettagliata delle procedure pertinenti v. *supra* note 6, 9 e 11.

Regolamento di Dublino III, la cui detenzione viene regolata secondo scansioni temporali molto brevi e ravvicinate;

e) qualora anche uno soltanto dei presupposti dovesse mancare nel corso delle pertinenti procedure, l'autorità giudiziaria ha il potere (*rectius*: il dovere) di disporre l'immediata liberazione dello straniero (ad es., nel caso dell'irregolare, quando appare evidente che la procedura di rimpatrio non potrà concludersi con l'allontanamento dal territorio dello Stato, a causa di problemi non imputabili alla condotta del migrante). Per via della conformazione "ibrida" del procedimento applicativo – che coinvolge sia l'autorità amministrativa che quella giudiziaria –, il trattenimento dello straniero è stato da più parti tacciato di limitare la libertà del singolo senza adeguati contrappesi, che possano circoscrivere il pregiudizio arrecato all'individuo e, contestualmente, garantire un esercizio legittimo delle prerogative statali<sup>14</sup>. La circostanza, poi, che la detenzione amministrativa rappresenti *de facto* «un'ingerenza di particolare gravità nel (...) diritto fondamentale alla libertà [dello straniero]»<sup>15</sup> sembra richiamare alla mente, per affinità, misure analoghe (ad es. la carcerazione preventiva) adottate nelle more del procedimento penale a carico di una persona sottoposta ad indagini, per il presunto compimento di un fatto costituente reato. È noto che tali provvedimenti, tradizionalmente definiti "misure cautelari", sono sorretti da una serie di robuste garanzie processuali che evitino, per quanto possibile, un esercizio arbitrario del potere coercitivo da parte dello Stato. Nondimeno, come è stato opportunamente fatto notare, con riferimento ai presupposti per disporre il trattenimento, il legislatore «ha predisposto un elenco aperto, sfilacciato, potenzialmente onnicomprensivo e redatto con una tecnica normativa a dir poco discutibile, così palesando una volontà politica di segno diametralmente opposto» a quella, ben più garantista, che ha ispirato la disciplina delle misure cautelari<sup>16</sup>.

In ogni caso, non parrebbe trovarsi di fronte ad una misura di carattere strettamente penale<sup>17</sup>, anche se trattasi di questione – come è intuibile – particolarmente delicata e ampiamente dibattuta in dottrina. *In primis*, perché non è emessa nell'ambito di un procedimento penale e non viene adottata dall'autorità giudiziaria che, al più, ha un ruolo meramente di controllo ulteriore e successivo all'applicazione *ab origine* della

---

<sup>14</sup> Sul punto v. le osservazioni di I. Majcher-M. Flynn-M. Grange, *Immigration Detention in the European Union: In the Shadow of the "Crisis"*, Londra 2020, 8 s., e A. McMahon, *The Role of the State in Migration Control*, in E. Guild-V. Mitsilegas (eds.), *Immigration and Asylum Law and Policy in Europe*, vol. XL, Leida 2017, 70 s.

<sup>15</sup> V. le conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe, 10.11.2016, causa C-528/15, *Al Chodor*, § 46.

<sup>16</sup> Sostiene che le due misure siano caratterizzate da «vicinanza di scopi», «somialianza» e «contiguità dal punto di vista funzionale» a fronte di un inspiegabile «diverso atteggiamento del legislatore», E. Valentini, *Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze*, in [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), 30.09.2020.

<sup>17</sup> Questa sembra essere la posizione di C. eur., *Maaouia c. Francia*, 5.10.2000, ric. 39652/98, §§ 39-41.

detenzione. In secondo luogo, è fuori discussione che la privazione della libertà applicata allo straniero non costituisca una “pena” in senso stretto e, perciò, non persegua (né potrebbe perseguire) finalità di prevenzione generale e speciale. È addirittura superfluo rilevare come la detenzione amministrativa non miri alla rieducazione o, più in generale, al reinserimento sociale della persona ad essa sottoposta. Peraltro, essa non possiede neppure quei caratteri di provvisorietà e accessorietà al processo penale propri delle diverse misure cautelari, né intende “contenere” la pericolosità sociale del singolo.

L’esperienza europea, nondimeno, ci sconsiglia di rifarci *in toto* alla qualificazione formale di un istituto, al fine di escluderne *de plano* la sua intrinseca caratterizzazione penale<sup>18</sup>. Il rischio è quello di prestare il fianco ad una insidiosa “truffa delle etichette”, che indurrebbe l’interprete a seguire pedissequamente la definizione fornita dal legislatore (i.e. che si tratti di una misura amministrativa), senza analizzarne le implicazioni concrete (ossia la forte limitazione della libertà personale del singolo con lo stesso *modus* di una misura penalmente caratterizzata). Aderendo a questa impostazione, è stato efficacemente scritto che il trattenimento dello straniero – disposto a causa della sua condotta fraudolenta e/o ostacolante le pertinenti procedure che lo riguardano, siano esse di rimpatrio o di riconoscimento della protezione internazionale – costituisce *de facto* una inammissibile «punizione senza reato» (*punishment without a definite crime*)<sup>19</sup>.

Pertanto, al di là dell’attribuzione di una qualifica “definitiva”, il trattenimento dello straniero, così come configurato dal legislatore UE, resta tuttora un istituto di carattere particolarmente problematico, tutto incentrato sulla necessità di garantire una gestione efficace ed ordinata dei flussi migratori<sup>20</sup>. Ad esso corrisponde una restrizione *de facto* della libertà personale dell’individuo, protetta dagli artt. 4 e 6 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE (di seguito, semplicemente, anche «la Carta»).

---

<sup>18</sup> Il richiamo è alla nota decisione *Engel* della Corte di Strasburgo (C. eur., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, ricc. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, §§ 81 e 82), richiamata più volte anche nel contesto eurounitario (v. *inter alia* C.G.U.E, sent. 5.6.2012, causa C-489/10, *Bonda*, § 37 e, più recentemente, C.G.U.E, sent. 20.3.2018, causa C-524/15, *Menci*, § 26).

<sup>19</sup> Così D. Wilsher, *Immigration detention. Law, History, Politics*, Cambridge 2012, 153.

<sup>20</sup> Con riferimento ad es. alla detenzione a scopo di rimpatrio, l’UE ha più volte richiamato gli Stati membri alla necessità di assicurare l’efficienza delle procedure per allontanare lo straniero dal territorio europeo, anche ricorrendo al trattenimento del migrante, ponendo in “secondo piano” la tutela dei suoi diritti fondamentali (v., in questo senso, la prospettiva adottata da Commissione Europea, *A stronger and more effective European return policy*, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), 12.09.2018, *passim*, e Id., *The effectiveness of return in EU Member States*, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), 15.2.2018, 38 s.). Cfr. la posizione di H. O’Nions, *No right to liberty: the detention of asylum seekers for administrative convenience*, in *EurJMigrL* 2008 (10), spec. 155 s., che parla di «convenienza amministrativa» nella detenzione dei richiedenti protezione internazionale.

Tale privazione della libertà, a ben vedere, si risolve in una procedura ibrida, che nega «le [necessarie] garanzie procedurali»<sup>21</sup> e pone il cittadino di Paese terzo in un contesto di «criminalizzazione dell'immigrazione» (*crimmigration*)<sup>22</sup>. Ne deriverebbe un sistema normativo che – soprattutto per quanto concerne la posizione di chi richiedere la protezione internazionale – promuove l'applicazione del «principio di deterrenza» nei confronti dell'immigrazione “indesiderata” in luogo della implementazione di un ben più auspicabile regime fondato sulla «protezione dei diritti fondamentali»<sup>23</sup>.

Vi sono aspetti controversi comuni alle tre tipologie di trattenimento previste dal diritto UE, ed incidenti sulla sfera dei diritti fondamentali dello straniero, da cui emerge chiaramente il carattere *extra ordinem* di tale strumento di privazione della libertà personale.

A voler esemplificare (e senza pretesa di esaustività) i principali aspetti controversi della misura *de qua* – comuni alle tre tipologie di trattenimento delineati dal diritto UE ed incidenti sulla tutela dei diritti fondamentali dello straniero – emerge il suo carattere di istituto *extra ordinem*.

In primo luogo, la disciplina europea dei requisiti per disporre la detenzione amministrativa non sembra per nulla rispettosa dei principi di tassatività e chiarezza (si pensi, ad es., alle nozioni, particolarmente vaghe, di «pericolo di fuga»<sup>24</sup>, di «motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico»<sup>25</sup> o alla circostanza per cui lo straniero «evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento»<sup>26</sup>). Così configurato, il sistema immaginato dal legislatore europeo potrebbe condurre tendenzialmente – in assenza di una corretta ricezione normativa da parte degli Stati membri che definisca compiutamente i concetti sopra citati – alla detenzione di quasi tutti i migranti che giungono sul territorio dell'UE<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> Così I. Majcher, *The Effectiveness of the EU Return Policy at All Costs: The Punitive Use of Administrative Pre-removal Detention*, in N. Kogovšek Šalamon (a cura di), *Causes and Consequences of Migrant Criminalization*, Londra 2020, 125.

<sup>22</sup> Sul punto v. amplius G. Cornelisse, *Immigration Detention: An Instrument in the Fight Against Illegal Immigration or a Tool for Its Management?*, in M.J. Guia-R. Koulis-V. Mitsilegas (a cura di), *Immigration Detention, Risk and Human Rights. Studies on Immigration and Crime*, Londra 2016, 73-89, e J. Parkin, *The Criminalisation of Migration in Europe*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe* 2013 (61), 12 ss.

<sup>23</sup> La condivisibile osservazione è di T. Gammeltoft-Hansen-T.F. Tan, *The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy*, in *JMigrHumSec* 2017 (5), 28 e, per qualche osservazione critica su questo modello normativo, 40 ss.

<sup>24</sup> Art. 15 co. 1 lett. a dir. 2008/115/CE.

<sup>25</sup> Art. 8 co. 3 lett. e dir. 2013/33/UE.

<sup>26</sup> Art. 15 co. 1 lett. b dir. 2008/115/CE.

<sup>27</sup> Si tratta di «parametri incerti» secondo D. Wilsher, *Immigration detention*, cit., 193. In particolare, sul concetto di «rischio di fuga», v. le considerazioni di I. Majcher, “*Crimmigration*” in the European Union through the Lens of *Immigration Detention*, in [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 1.09.2013, 13 s., e, più in generale, l'opinione dell'UNHCR, *Annotated Comments to Directive 2013/33/EU of the European Parliament and Council of 26 June 2013 laying down*

Inoltre, la procedura di *judicial review* sulla legalità della detenzione risulta affetta da disfunzioni preoccupanti: non solo l'intervento di un giudice viene previsto, a seconda dei casi, «entro il più breve tempo possibile»<sup>28</sup> o «il più rapidamente possibile»<sup>29</sup> (e senza, quindi, una cornice temporale ben delimitata), ma gli Stati membri rimangono liberi di prevedere questo meccanismo di controllo anche solo su richiesta dell'interessato<sup>30</sup>.

Infine, la legislazione UE non ha circoscritto – con la dovuta accortezza – l'ambito dei luoghi ove il trattenimento deve avere luogo. Da un lato, la detenzione dell'irregolare dovrebbe «di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea»<sup>31</sup> senza escludere la possibilità che la privazione della libertà possa avvenire all'interno di un istituto penitenziario, con l'obbligo di separazione dai detenuti “comuni”<sup>32</sup>; dall'altro, anche il richiedente protezione internazionale *in primis* dovrebbe essere collocato presso un centro *ad hoc*, e solo in seconda battuta potrà essere sistemato in un carcere, ma dovrà essere separato sia dai detenuti comuni sia «per quanto possibile» dagli altri stranieri in stato di trattenimento che non abbiano presentato domanda di protezione<sup>33</sup>. In definitiva, la circostanza che la detenzione possa avvenire all'interno delle carceri non è per nulla esclusa dalla legislazione UE e, in ogni caso, essa rappresenta una prassi prevista ormai dalla totalità degli Stati membri per gestire il fenomeno migratorio<sup>34</sup>.

---

*standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, in [www.refworld.org](http://www.refworld.org), 1.4.2015, 17 s.

<sup>28</sup> Art. 15 co. 2 terzo paragrafo lett. a e b dir. 2008/115/CE.

<sup>29</sup> Art. 9 co. 3 dir. 2013/33/UE. Qui, tuttavia, è previsto che «gli Stati membri stabilisc[a]no nel diritto nazionale il termine entro il quale effettuare la verifica in sede giudiziaria d'ufficio e/o su domanda del richiedente».

<sup>30</sup> In dottrina v., per tutti, anche con riferimento alle implicazioni CEDU, I. Majcher, *The Effectiveness*, cit., 122 s., e – per una panoramica comparata – v. L. Fiske, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention*, Londra 2016, 210 ss.

<sup>31</sup> V. il *Considerando* 17 e l'art. 16 co. 1 dir. 2008/115/CE.

<sup>32</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 16 co. 2 dir. 2008/115/CE. Sul punto, la Corte UE ha specificato che «l'obbligo di separazione dei cittadini di paesi terzi in situazione di soggiorno irregolare dai detenuti comuni (...) costituisce un presupposto di merito di tale sistemazione senza il quale, in via di principio, quest'ultima non sarebbe conforme alla direttiva summenzionata» (C.G.U.E, sent. 17.7.2014, causa C-474/13, *Thi Ly Pham*, § 21).

<sup>33</sup> Questa “doppia separazione” – disposta dall'art. 10 co. 1 primo e secondo paragrafo dir. 2013/33/UE – non è tuttavia assoluta: «quando i richiedenti non possono essere tenuti separati da altri cittadini di paesi terzi, lo Stato membro interessato provvede affinché siano applicate le condizioni di trattenimento previste dalla presente direttiva» (art. 10 co. 1 terzo paragrafo dir. 2013/33/UE). Le condizioni di trattenimento dei richiedenti, nondimeno, sembrerebbero *de iure* più vantaggiose rispetto a quelle degli irregolari (sul punto v. le osservazioni critiche di Ecre, *Information Note on the Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, in [www.ecre.org](http://www.ecre.org), 1.7.2015, 24 s., e, per un approccio comparatistico, di Id., *Reception and Detention Conditions of applicants for international protection in light of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in [www.ecre.org](http://www.ecre.org), 1.1.2015, 64 ss.).

<sup>34</sup> V. il *report* della Commissione Europea, *The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies. Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2014*, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), 24.2.2014, 29.

2. Con riferimento a quest'ultimo punto, va ricordato che, dal 2015, la Commissione europea – per far fronte alle forti pressioni migratorie provenienti, per la maggior parte, dal Medioriente e dal Nord Africa – ha elaborato una *Agenda europea sulla immigrazione* per l'elaborazione di politiche comuni in materia di *governance* dei fenomeni migratori<sup>35</sup>, con cui, *inter alia*, ha stimolato la creazione di un sistema di punti di crisi (*hotspot*) sui confini dei territori dei Paesi più colpiti dall'arrivo massiccio e sproporzionato di stranieri (i.e. Grecia e Italia)<sup>36</sup>.

Tali zone sono *de facto* dei «centri sulle frontiere esterne dell'Unione»<sup>37</sup>, prima non esistenti, dove, essenzialmente, devono essere espletate una serie di procedure identificative per differenziare i richiedenti asilo – che saranno subito seguiti dal personale competente per la gestione delle domande di protezione internazionale – dagli altri migranti (che *de plano* saranno considerati “irregolari” e quindi da sottoporre alle pertinenti procedure di rimpatrio secondo quanto previsto dalla dir. 2008/115/CE)<sup>38</sup>.

Seguendo gli auspici dalla Commissione, lo sviluppo di una “rete” di punti di crisi dovrebbe portare ad una drastica riduzione della pressione sui confini di quegli Stati in difficoltà, riportando la situazione a livelli di “normalità”, contestualmente assicurando il rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri coinvolti nelle relative procedure. In particolare, gli *hotspot* avranno lo scopo precipuo di consentire agli Stati in difficoltà di condurre con celerità le operazioni di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali dei migranti in arrivo, di concerto con quattro

---

<sup>35</sup> Si tratta della *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni* (c.d. Agenda europea sulla immigrazione), COM(2015) 240 final, del 13.5.2015.

<sup>36</sup> *Ivi*, 7 e 15.

<sup>37</sup> Questa è la definizione proposta dall'associazione *OpenMigration*, disponibile su [www.archive.is/wip/YGfgf](http://www.archive.is/wip/YGfgf). Cfr. F. Casolari, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blind Spot for International Responsibility?*, in *ItYearIntL* 2015 (25), 109 ss., che rileva la totale mancanza di una definizione normativa da parte del legislatore UE: «the hotspot approach has not been established by means of EU secondary law (...) by itself, this is no surprise; the tool was conceived by EU institutions as an *approach*, and, as such, it only implies a reshaping of existing legal instruments (...) the fact remains that the absence of a specific piece of legislation makes a proper understanding of the tool more difficult, starting with the roles and responsibilities of the different actors involved in its implementation».

<sup>38</sup> V. l'*Agenda europea sull'immigrazione*, cit., 7. Più precisa è la *Explanatory note on the Hotspot Approach*, del 15.7.2015, 4-5, inviata dal Commissario UE per l'Immigrazione Avramopoulos ai Ministri dell'Interno dell'UE, disponibile su <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10962-2015-INIT/en/pdf>, che circostanzia le attività da svolgersi all'interno degli *hotspot*: a) registrazione e *screening* dei migranti irregolari da parte di FRONTEX; b) resoconto sui migranti così identificati; c) intensificazione delle indagini (anche forensi) sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e sul traffico di essere umani; d) supporto ai richiedenti asilo; e) coordinamento delle operazioni per il rimpatrio degli stranieri irregolari.



agenzie europee specializzate (ossia FRONTEX, EASO, Eurojust ed Europol)<sup>39</sup> che svolgeranno attività complementare, rispetto a quella delle autorità nazionali competenti<sup>40</sup>. Tali procedure saranno essenzialmente prodromiche alla compiuta allocazione dei migranti (c.d. *relocation*) che richiedano la protezione internazionale: la efficace gestione delle procedure di distribuzione degli stranieri negli Stati membri rappresenta un obiettivo fondamentale dell'*hotspot approach* immaginato dalla Commissione<sup>41</sup>.

In ogni caso, l'istituzione di una zona a titolo di "punto di crisi" è una scelta che deve inderogabilmente rispettare i principi di necessità e proporzionalità: un *hotspot*, in altre parole, potrebbe essere costituito «per il periodo di tempo limitato durante il quale sussiste la situazione di emergenza o di crisi e durante il quale è necessario il sostegno [di tale sistema di *governance* dei migranti]»<sup>42</sup>.

Non sfuggirà che in queste «aree di sbarco attrezzate»<sup>43</sup>, ove la presenza di stranieri peraltro è intrinsecamente maggiore, la probabilità che il cittadino di Paese terzo venga sottoposto a misure privative della propria libertà personale è molto elevata: si pensi, in particolare, alle procedure di rilevamento delle impronte digitali (*fingerprinting*), previste a livello europeo dal Regolamento EURODAC<sup>44</sup>, che ben potranno implicare una limitazione – anche gravosa – della libertà dello straniero coinvolto, ad es. quando quest'ultimo si rifiuti di rendere le proprie impronte digitali alle autorità competenti.

Non a caso, in un *report* del 2015, l'Agenzia europea dei diritti fondamentali manifesta le sue preoccupazioni sul pericolo di detenzioni arbitrarie nell'implementazione del Regolamento EURODAC: è vero che quest'ultimo «chiaramente assegna alle Autorità nazionali il diritto di rilevare le impronte digitali dei richiedenti asilo e dei migranti catturati alle frontiere» tenuto conto che «senza il dovere degli stranieri di fornire le

---

<sup>39</sup> In particolare, FRONTEX è l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera, EASO è l'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo, Eurojust è l'unità di cooperazione giudiziaria dell'UE e, infine Europol è l'ufficio europeo di polizia. Le quattro agenzie operano secondo un modello di «cooperazione multilaterale» che serve a far fronte «alla frammentazione, la duplicazione e la sovrapposizione di competenze» che si verificano quando più enti operano in uno stesso settore (così D. Fernández Rojo, *Los hotspots: expansión de las tareas operativas y cooperación multilateral de las agencias europeas Frontex, Easo y Europol*, in *RDCE* 2018 [61], 1019).

<sup>40</sup> Cfr. nota 38. Sulle problematiche relative alla attribuzione di responsabilità (*accountability*) per le azioni compiute dalle Agenzie UE durante le procedure *hotspot* v. per tutti S. Horii, *Accountability, Dependency, and EU Agencies: The Hotspot Approach in the Refugee Crisis*, in *RSQ* 2018 (37), 210 ss.

<sup>41</sup> Per una puntuale ricognizione sulle fonti relative alle procedure di *relocation* – previste dall'art. 3 co. 1 reg. 604/2013/UE (c.d. Regolamento di Dublino III) – v. R. Palladino, *op. cit.*, 243 ss.

<sup>42</sup> Così la *Explanatory note*, cit., 3.

<sup>43</sup> Vengono così definite dal Ministero dell'Interno italiano, nella *Circolare* n. 14106 del 6.10.2015, disponibile su <https://bit.ly/3d36mK9>.

<sup>44</sup> Si tratta del reg. 603/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto delle impronte digitali.

proprie impronte, lo Stato membro non può rispettare il Regolamento» ma – e qui sta il *punctum dolens* – resta fermo il principio per cui le «limitazioni della libertà personale (...) devono essere *previste dalla legge*»<sup>45</sup>. Non vi è dubbio che nel Regolamento summenzionato nulla venga prescritto in ordine alla possibile detenzione dello straniero che, ad es., si rifiuti di fornire spontaneamente le sue impronte<sup>46</sup>. Né potrebbero trovare applicazione *de plano* le due *species* di detenzione previste dalle dir. 2008/115/CE e 2013/33/UE (per i migranti “irregolari” e per i richiedenti asilo)<sup>47</sup>: non appare banale rammentare che è solo quando lo *status* del cittadino di Paese terzo viene stabilito con assoluta certezza da parte delle autorità nazionali che l’applicabilità dell’una o dell’altra disciplina rileverà ai fini della (eventuale) emissione, nei suoi confronti, di un provvedimento detentivo<sup>48</sup>.

La possibilità di restringere la libertà dello straniero negli *hotspot* resterebbe, in ogni caso, “scoperta” a livello legale, giacché risulta *ictu oculi* che tali strutture non costituiscono centri di trattenimento *ad hoc*, né, *va da sé*, una categoria di istituti penitenziari. Gli *hotspot*, come si è detto, non nascono per ospitare “migranti reclusi” (non a caso, le parole «detenzione»/«trattenimento» non compaiono mai, né nell’*Agenda sulla immigrazione*, né nella *Explanatory note on the Hotspot Approach*). Pertanto, le direttive sopra citate non troverebbero, ad ogni modo, applicazione, e non potrebbero legittimare le pratiche detentive degli Stati membri all’interno di tali strutture (le uniche, lo si ripete, ove il trattenimento del cittadino di Paese terzo può tassativamente avvenire).

A dispetto di quanto detto, gli Stati coinvolti nell’*hotspot approach* (i.e. Italia e Grecia) hanno dato origine ad un «sistema di sperimentazione di *prassi*»<sup>49</sup> ove «il

---

<sup>45</sup> European Union Agency for Fundamental Rights, *Fundamental rights implications on the obligation to provide fingerprints for Eurodac*, in [www.fra.eu](http://www.fra.eu), 22.10.2015, 6 s.

<sup>46</sup> *Id.*, 7.

<sup>47</sup> *V. supra*, § 1.

<sup>48</sup> È stato opportunamente osservato che l’attività di identificazione svolta all’interno degli *hotspot* «non è in alcun caso idonea a determinare l’attribuzione, in capo all’individuo, di uno *status* giuridico definitivo e non preclude comunque l’esercizio del diritto di richiedere, anche successivamente a tale fase, la protezione internazionale (...) Non esiste alcuna norma che permetta la “classificazione” e la “selezione” dei cittadini stranieri da parte delle attività di polizia e senza alcuna garanzia, al momento dell’arrivo» (v. la *Relazione di minoranza*, a firma dell’On. Palazzotto, della Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema di accoglienza e di identificazione ed espulsione, nonché sulle condizioni di trattenimento dei migranti e sulle risorse pubbliche impegnate, XVII legisl., 26.10.2016, 18 s., disponibile su <https://archive.is/uPxOf>).

<sup>49</sup> L’espressione è di A. Massimi-F. Ferri, *L’attualità del caso Khlaifia. Gli hotspot alla luce della legge 132/2018: la politica della detenzione extralegale continua*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 12.06.2019, e può riferirsi anche al contesto di attuazione del sistema *hotspot* in Grecia (su cui v., *amplius*, E. Koutsouraki, *The Indefinite Detention of Undesirable and Unreturnable Third-Country Nationals in Greece*, in *RSQ* 2017 [36], 98 s.). Definisce l’*hotspot* come una «doppia frontiera preventiva», N. Kourachanis, *Asylum Seekers, Hotspot Approach and Anti-Social Policy Responses in Greece (2015–2017)*, in *JIntMigInt* 2018 (19), 1155, poiché esso accentra in sé una funzione detentiva e, contestualmente, una finalità deterrente nei confronti dei flussi migratori “indesiderati”.

trattenimento è stato negli ultimi anni ampiamente attuato (...) generalmente in due circostanze: nella fase di identificazione, esteso a tutti i cittadini stranieri presenti, e nei casi di persone non richiedenti la protezione internazionale, in attesa che venisse emesso e notificato il provvedimento di allontanamento»<sup>50</sup>. Non sfuggirà che, non costituendo «trattenimento» o «detenzione» per gli Stati membri che le applicano ed essendo invero considerate mere restrizioni della libertà di movimento, le misure restrittive subite dagli stranieri all'interno dei “punti di crisi” non saranno circondate dalle garanzie sostanziali e giurisdizionali previste dal pertinente diritto secondario UE, ferme restando, lo si vedrà *infra*<sup>51</sup>, le garanzie inderogabili previste dagli artt. 6 e 47 della Carta.

Come è stato autorevolmente sostenuto, si è di fronte, essenzialmente, ad una «forma di detenzione “amministrativa” *de facto, sine die* che non soggiace alla procedura di convalida dell'autorità giudiziaria»<sup>52</sup>, che riverbera tutta la sua “atipicità” nell'assenza di qualsivoglia regolamentazione interna che sia vincolante e tassativa, restando in ogni caso impregiudicate le garanzie “superiori” previste dalla Carta che – in questo specifico contesto – rimarrebbero *in concreto* disattese.

Analoghe considerazioni possono essere sviluppate, a causa della loro frequente utilizzazione da parte di tutti gli Stati membri – e non solo da quelli sottoposti a flussi migratori di eccezionale portata –, per la privazione della libertà operata in zone specifiche, spesso (ma non esclusivamente) aeroportuali, dei confini nazionali (le c.d. zone di transito) che costituiscono, per problematiche simili a quelle degli *hotspot*, vere e proprie «zone grigie del diritto»<sup>53</sup>.

3. Sin dall'emanazione del *corpus* legislativo UE in materia di detenzione amministrativa, la giurisprudenza eurolunitaria non ha mai avuto occasione di pronunciarsi sulla *natura* della privazione della libertà quando essa viene attuata con modalità “atipiche”, quali il trattenimento in una zona di transito o in un *hotspot*.

In estrema sintesi, l'atipicità di tale detenzione risiede, lo si ribadisce, in due aspetti peculiari:

---

<sup>50</sup> A. Massimi-F. Ferri, *L'attualità del caso Khlaifia*, *op. cit.*

<sup>51</sup> V. *infra* §§ 3.1. e 3.2.

<sup>52</sup> Così A. Mangiaracina, *Hotspots e diritti: un binomio impossibile?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9.12.2016, 8, secondo cui tale detenzione “atipica” «solleva dubbi anche sul versante del rispetto dei diritti contenuti nella Cedu: oltre all'art. 3, norma che vieta trattamenti inumani e degradanti, non può non richiamarsi l'art. 5, che legittima la privazione della libertà sempre che esista una base giuridica – legale o giurisprudenziale – e purché siano rispettate alcune garanzie». Sul punto v. anche Ead., *Una nuova forma di detenzione per l'identificazione dei migranti. Note a margine del d.l. n. 13/2017*, in *MatStCultGiur* 2017 (2), 591 ss.

<sup>53</sup> In argomento v. le condivisibili considerazioni di A. Ammirati-A. Massimi, *Zone di transito internazionali degli aeroporti: zone grigie del diritto*, in *www.questionegiustizia.it*, 9.12.2019.

a) *ratione loci*, si tratta di zone non previste dalle pertinenti direttive, e che – per le loro caratteristiche – non possono essere qualificate né come centri di trattenimento *ad hoc* né, *ça va sans dire*, come istituti penitenziari;

b) per lo Stato membro tale forma di coercizione non viene considerata *de iure* una privazione della libertà personale (quanto, piuttosto, una mera restrizione, peraltro temporanea, della libertà di movimento, funzionale alla gestione delle procedure relative alla *governance* dei flussi migratori). Di conseguenza, le (già scarse) garanzie sostanziali e processuali non si attiverrebbero in favore del migrante sottoposto a tale tipologia *extra ordinem* di trattenimento. Nondimeno, risulta *ictu oculi* che – tralasciando le etichette normative – il grado di limitazione che subisce il singolo sia dello stesso *genus*, a dispetto del luogo in cui tale coercizione viene *in concreto* attuata. Di qui, la *vexata questio*: può il migrante che patisce *in concreto* una limitazione della libertà personale – come quella che viene *de facto* subita negli *hotspot* o nelle zone di transito<sup>54</sup> – beneficiare delle garanzie previste dalla pertinente normativa UE, in particolare quella inderogabile codificata all'interno della Carta?

Con una recente sentenza resa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale d'urgenza (PPU) richiesto da un tribunale ungherese, la Corte di Giustizia<sup>55</sup>, ha potuto, per la prima volta in ambito UE, prendere posizione su numerose questioni concernenti la regolamentazione del trattenimento di un cittadino di paese terzo ad opera delle autorità di uno Stato membro presso una zona di transito terrestre (*transit zone*) istituita per la *governance* dei propri confini nazionali<sup>56</sup>. Come si vedrà, le peculiari implicazioni di tale sentenza influenzerebbero *in melius* la posizione di tutti gli stranieri detenuti “atipicamente” (in zone di transito *et similia*) da parte degli Stati membri: l'impressione è, in altri termini, che il Giudice di Lussemburgo, con una

---

<sup>54</sup> Si pensi, a titolo di esempio, al confinamento del migrante in un luogo predeterminato (come una cella, o una stanza comune), presidiato costantemente da agenti di pubblica sicurezza, e senza che sia possibile per lo straniero allontanarsi volontariamente da tale area, se non correndo il rischio di subire un qualsiasi pregiudizio (ad es. l'arresto o l'espulsione, o, nel caso dei richiedenti protezione internazionale, la rinuncia implicita alla domanda di asilo precedentemente depositata alle autorità competenti).

<sup>55</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, cause riunite C-924/19 e C-925/19 PPU, *F.M.S. et al. c. Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság et Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság*.

<sup>56</sup> Si tratta di un fenomeno ormai sempre più diffuso nell'UE, secondo I. Majcher-M. Flynn-M. Grange, *op. cit.*, 457 s. In argomento, v. anche M. Flynn-C. Cannon, *Detention at the Borders of Europe: Report on the Joint Global Detention Project-International Detention Coalition Workshop in Geneva, Switzerland, 2-3 October 2010*, in [www.globaldetentionproject.org](http://www.globaldetentionproject.org), 1.11.2010, 3 ss. Con riferimento ai richiedenti protezione internazionale e all'effettività del loro diritto di presentare una richiesta in tal senso, la detenzione nelle zone di confine può rappresentare un fenomeno «particolarmente problematico», secondo G. Campesi, *Seeking Asylum in Times of Crisis: Reception, Confinement, and Detention at Europe's Southern Border*, in *RSQ* 2018 (37), 50 s.

«sentenza-fiume»<sup>57</sup>, abbia colto l'occasione per definire il «vero volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo»<sup>58</sup>.

La vicenda sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia riguardava la situazione di alcuni cittadini stranieri che, tra la fine del 2018 e l'inizio del 2019, erano stati trattenuti dentro la zona di transito della città ungherese di Röszke, istituita dalle autorità magiare nel 2015 nei pressi della frontiera terrestre con la Serbia<sup>59</sup>. In un primo momento gli stranieri avevano presentato domanda di protezione internazionale agli organi competenti, i quali ordinavano loro di dimorare coattivamente in tale luogo durante l'esame della loro richiesta<sup>60</sup>. A seguito del rigetto delle istanze, l'autorità di polizia per l'immigrazione disponeva, senza addurre alcuna motivazione, il trattenimento degli stessi nella medesima zona di transito, ma nel diverso settore destinato agli stranieri la cui domanda di protezione internazionale era stata respinta<sup>61</sup>, con lo scopo di rimpatriarli in Serbia, i.e. il Paese dal quale erano giunti sul suolo ungherese<sup>62</sup>. Tuttavia, le autorità serbe, facendo riferimento al trattato di riammissione in vigore con l'Unione europea<sup>63</sup>, comunicavano il loro rifiuto ad accogliere i migranti, in quanto rilevavano che questi ultimi non erano entrati illegalmente nel territorio magiaro, e pertanto non si era verificata una delle condizioni previste dall'accordo citato per il loro ingresso nel territorio serbo. Prendendo atto della decisione, le autorità ungheresi mutavano il paese di destinazione per procedere al rimpatrio<sup>64</sup>. Contro tale provvedimento modificativo gli stranieri presentavano appello in primo grado e, a seguito del rigetto dello stesso per inammissibilità, esperivano un ulteriore

---

<sup>57</sup> La definisce così L. Marin, *La Corte di Giustizia riporta le 'zone di transito' ungheresi dentro il perimetro del diritto (europeo) e dei diritti (fondamentali)*, in [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), 30.5.2020, 3.

<sup>58</sup> Così S. Zirulia, *Per Lussemburgo è "detenzione", per Strasburgo no: verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.5.2020.

<sup>59</sup> Secondo il sito ufficiale del *National Directorate-General for aliens policing* del Governo ungherese, una zona di transito è un'area «in cui gli stranieri che arrivano in caso di crisi migratoria di massa hanno la possibilità di avviare correttamente le procedure di asilo e di utilizzare i servizi forniti nelle zone di transito fino al completamento della procedura di asilo. Le persone che arrivano nella zona di transito possono lasciare liberamente il loro territorio alla Serbia per propria volontà in qualsiasi momento». Il sito è disponibile, in lingua inglese ed ungherese, al seguente URL: <https://bit.ly/3c6IN14>. Le informazioni specifiche sull'area di Röszke possono essere reperite nel *report* a cura del *Global Detention Project*, disponibile, in lingua inglese, al seguente URL: <https://bit.ly/2Ai3qK8>.

<sup>60</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 50 e 83.

<sup>61</sup> *Ivi*, §§ 53 e 86.

<sup>62</sup> *Ivi*, §§ 54 e 87.

<sup>63</sup> Si tratta dell'Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia, 8.11.2007, tuttora in vigore, che è stato adottato con decisione 2007/819/CE dello stesso giorno, relativa alla conclusione dell'accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare fra la Comunità europea e la Repubblica di Serbia (OJ L 334, 19.12.2007, 45-45).

<sup>64</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 55-57 e 88-90.

ricorso avanti il Tribunale amministrativo e del lavoro di Szeged (*Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság*).

Tale giudice, ritenendo sussistenti profili di possibile contrasto tra la normativa interna e il diritto UE, sospendeva il procedimento ed interrogava la Corte di Giustizia UE su una serie di questioni rilevanti per la soluzione della controversia. Tra queste, il tribunale ungherese intendeva conoscere se, secondo la Corte di Lussemburgo, la situazione dei migranti all'interno della zona di transito di Röszke potesse essere considerata «detenzione»<sup>65</sup> e, in caso di risposta affermativa, quali fossero le coordinate applicative di tale privazione della libertà personale secondo quanto previsto dalle Direttive Procedure e Accoglienza (per quanto concerne il richiedente protezione internazionale) e dalla Direttiva Rimpatri (per quel che riguarda lo straniero irregolare), e, infine, se tra i poteri del giudice nazionale fosse ricompreso quello di adottare misure *ad interim* qualora la detenzione del cittadino di stato terzo fosse manifestamente contraria al diritto UE<sup>66</sup>.

3.1. Il quesito centrale della decisione riguarda essenzialmente la definizione di quali siano gli elementi che possano dar luogo ad una privazione della libertà personale dello straniero ai sensi del diritto eurounitario o, più nello specifico, «se l'art. 2, lett. h), della direttiva 2013/33 e l'art. 16 della direttiva 2008/115 debbano essere interpretati nel senso che l'obbligo per un cittadino di un paese terzo di permanere in una zona di transito situata alla frontiera esterna di uno Stato membro, che non può legittimamente lasciare volontariamente, in qualsiasi direzione, costituisca un "trattenimento" ai sensi di tali direttive»<sup>67</sup>.

Invero, la definizione di «trattenimento» si rinviene solamente all'interno della Direttiva Accoglienza, secondo cui esso è costituito da un isolamento del richiedente in un luogo determinato, dove lo stesso è privato della propria libertà di circolazione<sup>68</sup>. Richiamando le fonti sovranazionali rilevanti in materia<sup>69</sup>, la Corte tenta di

---

<sup>65</sup> Si noti che nella versione francese della sentenza viene utilizzato il termine «*rétenion*» (lett. trattenimento), che risulta certamente più "edulcorato" rispetto al corrispondente inglese, che compare nelle direttive in materia, di «*detention*». Anche nella traduzione italiana si è evitato di utilizzare direttamente la parola "detenzione", in luogo del più "neutro" «trattenimento» (v. art. 15 dir. 2008/115/CE, art. 26 dir. 2013/32/UE e art. 8 dir. 2013/33/UE).

<sup>66</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 79 nn. 3 e 4.

<sup>67</sup> *Ivi*, § 215.

<sup>68</sup> Si noti che il termine adoperato è «*privation*», poiché non deve trattarsi di «*une simple restriction de la liberté de mouvement*». Il *discrimen* è «*le fait d'isoler la personne concernée du reste de la population dans un lieu déterminé*» (*ivi*, § 217). In tal senso v. la presa di posizione dell'AG Sharpston, 26.1.2016, causa C-601/15, N., § 113, laddove il trattenimento viene definito come «una misura particolarmente drastica (...) che può essere adottata soltanto in presenza di circostanze eccezionali».

<sup>69</sup> Si tratta della *Recommendation Rec(2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers*, del 16 aprile 2003 e le linee guida dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per

circoscrivere il “campo giuridico” entro cui si colloca il «trattenimento». Tale non è il caso, ad esempio, dell’applicazione di mere restrizioni domiciliari o di residenza<sup>70</sup>, bensì, *a contrario*, la circostanza in cui il richiedente è posto in luogo che non può lasciare volontariamente e che può consistere – ma non solo (*mais pas seulement*) – in un centro di detenzione o in un istituto carcerario<sup>71</sup>. D’altronde, dalla ricostruzione della normativa sostanziale e processuale del «trattenimento» del richiedente protezione internazionale si evince chiaramente che ad esso gli Stati membri possono ricorrere solo in *extrema ratio*<sup>72</sup>. Sul punto, la Corte dell’UE offre un’importante precisazione normativa. Infatti, se è vero che solamente la Direttiva Accoglienza – che riguarda esclusivamente lo *status* dei richiedenti – offre una definizione di «trattenimento»<sup>73</sup>, tuttavia tale nozione possiede, a ben vedere, una medesima caratterizzazione (*une seule et même réalité*) in tutti i pertinenti atti dell’Unione. Pertanto, il concetto deve conservare la stessa valenza anche nell’applicazione del trattenimento a scopo di rimpatrio dello straniero che soggiorna illegalmente nel territorio di uno Stato membro<sup>74</sup>.

Chiarito l’aspetto terminologico, la Corte procede a verificare se le condizioni di permanenza nella zona di transito di Rösztke possano far ritenere che gli stranieri *ivi* soggiornanti siano *de facto* trattenuti. La risposta positiva a tale quesito è raggiunta dalla Corte riprendendo *in primis* le conclusioni rassegnate dall’Avvocato Generale (AG) laddove quest’ultimo – dopo aver rappresentato nel dettaglio le caratteristiche della zona ove i migranti erano stati posti – aveva sottolineato che «il collocamento dei richiedenti (...) non si distingue da un regime carcerario»<sup>75</sup>. Peraltro, la possibilità per questi ultimi di allontanarsi volontariamente da tale area per fare ritorno in Serbia – vero e proprio “cavallo di battaglia” argomentativo del governo ungherese – veniva ritenuta insussistente dal Giudice di Lussemburgo, in quanto non effettiva: come aveva già sottolineato l’AG nelle sue conclusioni, gli stranieri non avrebbero mai potuto entrare legalmente in Serbia alla luce di quanto disposto dal trattato di riammissione in vigore tra quel paese e l’UE<sup>76</sup> e, nondimeno, la loro partenza da Rösztke avrebbe

---

i rifugiati (UNHCR) sui criteri e gli standard applicabili relativamente alla detenzione dei richiedenti asilo, del 26 febbraio 1999.

<sup>70</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 219, citando le fonti di *soft law* di cui alla nota precedente.

<sup>71</sup> *Ivi*, § 220.

<sup>72</sup> Ciò significa che le autorità nazionali devono seguire una serie di criteri imprescindibili (necessità, proporzionalità, ricorso prioritario a misure alternative alla detenzione, espletamento di un esame individuale) ed applicare il trattenimento solo in casi tassativi, elencati all’art. 8 co. 3 dir. 2013/33/UE. V., in tal senso, la presa di posizione dell’AG Sharpston, 26.1.2016, nella causa *N.*, cit., § 79.

<sup>73</sup> All’interno dell’art. 2 lett. *h* dir. 2013/33/UE.

<sup>74</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 221-225.

<sup>75</sup> Così le conclusioni dell’AG Pikamäe, 23.4.2020, nella causa *F.M.S. et al.*, cit., § 163.

<sup>76</sup> *Ivi*, § 168.

comportato la rinuncia alla possibilità di ottenere la protezione internazionale, secondo quanto previsto dalla legge ungherese sul diritto di asilo. Essendo *de facto* bloccati all'interno della zona di transito, la loro condizione risulta incisa da una privazione di libertà che ben può essere definita «trattenimento» ai sensi delle Direttive Rimpatri e Accoglienza<sup>77</sup>.

3.2. La Corte completa il suo ragionamento rispondendo ad ulteriori questioni, per così dire “complementari”, sollevate dal giudice ungherese, che risultano tuttavia di sicuro interesse per contestualizzare l'istituto del trattenimento “atipico” (sia del richiedente che dello straniero illegalmente soggiornante) nella sua visione “dinamica”. Da tale esegesi, si ricaveranno alcuni “punti fermi”, stabiliti in maniera del tutto inedita, che potranno influenzare sia la produzione normativa in materia di privazione della libertà degli stranieri, che quella giurisprudenziale del giudice europeo e dei tribunali nazionali.

Riunendo i quesiti formulati dal giudice *a quo* la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla seguente questione: «se gli artt. 8 e 9 della direttiva 2013/33 debbano essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto di non essere in grado di provvedere a se stesso e, in secondo luogo, a che tale trattenimento avvenga senza la previa adozione di una decisione di trattenimento e senza che sia stata presa in considerazione la necessità e la proporzionalità di tale misura, in terzo luogo, a che il richiedente trattenuto non abbia alcun mezzo di ricorso per contestare la legittimità del suo trattenimento e del suo mantenimento in detenzione e, in quarto luogo, a che la durata precisa del trattenimento sia indeterminata»<sup>78</sup>.

Analogamente, simili questioni venivano sollevate in relazione al migrante sottoposto a procedure di rimpatrio: la questione sottoposta alla Corte, che riuniva anche in

---

<sup>77</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 226-231. *In limine*, vale la pena richiamare, sia pur sinteticamente, una “precisazione” della Corte a proposito del trattenimento disposto durante le c.d. “procedure di frontiera”, espressamente previsto dall'art. 43 dir. 2013/32/UE. Da tale disposizione deriva che gli Stati membri possono imporre ai richiedenti protezione internazionale di soggiornare alle loro frontiere o in una delle loro zone di transito al fine di esaminare – prima di prendere una decisione sui diritti d'ingresso di tali richiedenti nel loro territorio – se le loro domande siano ammissibili. La decisione deve tuttavia essere adottata entro quattro settimane, scadute le quali lo Stato membro ha l'obbligo di concedere al richiedente il diritto di entrare nel suo territorio e di esaminare la sua domanda secondo la procedura ordinaria del diritto civile. Pertanto, sebbene gli Stati membri possano, nell'ambito di una “procedura di frontiera”, trattenere i richiedenti protezione internazionale che si presentano nei pressi dei loro confini, tale trattenimento non può in nessun caso superare le quattro settimane dalla data di presentazione della domanda (C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 232-248). Nondimeno, il governo ungherese aveva respinto categoricamente l'assunto per cui i richiedenti in questione si trovassero in stato di “trattenimento” e che fossero sottoposti alle procedure *ex art. 43*, cit. (*ivi*, § 233).

<sup>78</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 249.



questo caso i quesiti posti dal giudice ungherese, era definita nei seguenti termini: «se gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115 debbano essere interpretati nel senso che ostano, da un lato, a che un cittadino di un paese terzo sia trattenuto per il solo motivo che è oggetto di un provvedimento di rimpatrio e che non è in grado di provvedere a se stesso e, in secondo luogo, a che tale trattenimento avvenga senza l'adozione preventiva di una decisione di trattenimento e senza tener conto della necessità e della proporzionalità di tale misura, in terzo luogo, a che la persona detenuta non possa contestare la legittimità della sua detenzione e della detenzione prolungata e, in quarto luogo, a che la durata della detenzione sia indefinita»<sup>79</sup>.

3.2.1. Particolare rilevanza riveste la questione concernente la legittimità del trattenimento disposto nei confronti di uno straniero – che sia irregolare o richiedente asilo – per il motivo che si trovi in situazione di indigenza. Si tratta, come è facilmente intuibile, di una circostanza tutt'altro che remota nella prassi, e ciò conferisce particolare pregnanza alle chiarificazioni fornite dalla Corte di Giustizia e rivolte idealmente agli Stati membri.

Con riferimento al richiedente, la Corte nota preliminarmente che il fatto di non essere in grado di provvedere ai propri bisogni non compare tra i requisiti per disporre la detenzione. Tuttavia, l'argomento non è in sé decisivo, giacché le ragioni previste dalla Direttiva Accoglienza «lasciano impregiudicati altri motivi di trattenimento, compresi quelli che rientrano nell'ambito dei procedimenti penali, applicabili conformemente alla legislazione nazionale, non correlati alla domanda di protezione internazionale presentata dal cittadino di un paese terzo o dall'apolide»<sup>80</sup>. La Corte, allora, adottando un'argomentazione basata sul rispetto degli obiettivi della suddetta Direttiva, riconosce che l'ampliamento dei motivi di trattenimento non può pregiudicare, in ogni caso, il contenuto essenziale delle condizioni materiali di accoglienza che devono essergli accordate durante l'esame della sua domanda di protezione internazionale<sup>81</sup>. Di talché la circostanza che il richiedente non abbia mezzi di sussistenza non può *ex se* giustificare un ordine di trattenimento da parte delle autorità nazionali<sup>82</sup>.

Simili conclusioni vengono raggiunte anche con riguardo alla situazione del migrante irregolare. Non è infatti conforme al diritto dell'Unione che la circostanza di non

---

<sup>79</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 267.

<sup>80</sup> Così il *Considerando* 17 dir. 2013/33/UE.

<sup>81</sup> La Corte ricorda che ai richiedenti che non hanno mezzi per provvedere a se stessi deve essere accordato l'accesso alle «condizioni materiali di accoglienza» (art. 17 co. 3 dir. 2013/33/UE in comb. disp. con l'art. 18 della medesima Direttiva). In sintesi, esse possono consistere nella permanenza in centri di accoglienza o case private, alberghi o altre strutture di alloggio. Si noti, per inciso, che si tratta di luoghi ben diversi da quelli previsti dall'art. 10 della medesima Direttiva, concernenti i centri di trattenimento per richiedenti.

<sup>82</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 250-256.

riuscire a provvedere a se stesso possa integrare un requisito per disporre il trattenimento. Richiamando la sua consolidata giurisprudenza, il giudice europeo ricorda che solo un comportamento ostativo all'esecuzione della procedura di rimpatrio può giustificare una privazione della libertà dello straniero<sup>83</sup>, e il fatto di essere indigente non sembra minacciare l'efficacia di tale procedura<sup>84</sup>.

3.2.2. Fondamentali sono, poi, le statuizioni in materia procedurale, che rinforzano ulteriormente le garanzie previste a favore dei cittadini di Paesi terzi dalle pertinenti norme UE. In poche battute, la Corte ricorda – con riferimento al richiedente asilo – che l'istituto del trattenimento viene concepito dal legislatore europeo proprio come una misura eccezionale, che deve sottostare, in ogni caso, a rigidi criteri di necessità e proporzionalità per tutta la durata della limitazione della libertà del richiedente<sup>85</sup>. Ne consegue che un trattenimento disposto senza un atto scritto, che contenga le relative motivazioni in fatto e in diritto, e che non tenga in debito conto i sopramenzionati principi, non può risultare conforme al diritto dell'Unione<sup>86</sup>. Lo stesso approccio sintetico viene adottato quando la Corte dichiara di ritenere che il diritto dell'UE osti ad una normativa nazionale che non preveda un rimedio giurisdizionale per contestare la legittimità del trattenimento<sup>87</sup>. Ciò si evince chiaramente dall'art. 9 della Direttiva Accoglienza, che prevede sia un «pronto riesame giudiziario»<sup>88</sup> a favore del migrante appena collocato in stato di trattenimento, sia l'espletamento di un periodico «riesame»<sup>89</sup> di competenza dell'autorità giudiziaria sulla legalità di tale privazione della libertà<sup>90</sup>.

---

<sup>83</sup> La sentenza richiamata è C.G.U.E, sent. 28.4.2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*, § 39. V., in questo senso, anche le conclusioni dell'AG Pikamäe, 27.2.2020, causa C-17/18, *W.M.*, § 60. D'altronde, la Direttiva Rimpatri (art. 15 co. 1) ha definito esplicitamente queste ipotesi, di talché il trattenimento può essere disposto «soltanto se sussiste un rischio di fuga o se il cittadino del paese terzo di cui trattasi evita od ostacola la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento» (v. la presa di posizione dell'AG Szpunar, 14.5.2014, causa 146/14 PPU, *Mahdi*, § 47, corsivo aggiunto).

<sup>84</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., punti 268-272. La Corte richiama, a sostegno della sua argomentazione, le conclusioni raggiunte in C.G.U.E, sent. 30.11.2009, causa C-357/09 PPU, *Kadzoev*, §§ 68 e 70, laddove la stessa aveva escluso che «la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» potesse trovare fondamento nella Direttiva Rimpatri.

<sup>85</sup> In questo senso v. C.G.U.E, sent. 15.2.2016, *N.*, cit., §§ 61-63. Sul punto si richiamano anche le conclusioni dell'AG Sharpston, 4.5.2017, causa C-18/16, *K.*, § 72.

<sup>86</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 257-259.

<sup>87</sup> Tale rimedio fa parte di una «serie di importanti garanzie» accordate al richiedente sottoposto a trattenimento (v. le conclusioni dell'AG Sharpston, 31.1.2019, causa C-704/17, *D.H.*, §§ 34 s.). V. anche C.G.U.E, sent. 14.9.2017, *K.*, cit., § 45.

<sup>88</sup> Art. 9 co. 3 dir. 2013/33/UE.

<sup>89</sup> Art. 9 co. 5 dir. 2013/33/UE.

<sup>90</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 260-261.

Analogamente, ed in merito alle garanzie processuali da assicurare allo straniero irregolare trattenuto<sup>91</sup>, la Corte – richiamando velocemente le pertinenti disposizioni della Direttiva Rimpatri – ribadisce che le stesse sono parte integrante dell’istituto, così come concepito dal legislatore europeo. In altre parole, la loro presenza è imprescindibile per affermare la legittimità della privazione della libertà dello straniero da rimpatriare<sup>92</sup>.

3.2.3. Va infine enfatizzata la presa di posizione della Corte di Giustizia che – per la prima volta – si confronta la problematica, invero già segnalata da tempo dalla dottrina<sup>93</sup>, della mancanza di un termine massimo per il trattenimento del richiedente asilo<sup>94</sup>. Il giudice nazionale si chiedeva se l’assenza di tale previsione potesse rendere illegittima la misura di trattenimento disposta secondo il diritto di uno Stato membro. D’altra parte, risulta *ictu oculi* che la stessa Direttiva Accoglienza non fissi tale soglia temporale. Tuttavia, essa specifica che il trattenimento possa durare per un periodo di tempo che sia più breve possibile, fintantoché i requisiti per il trattenimento siano sussistenti e tenuto conto del fatto che le autorità competenti a decidere sulla domanda di protezione internazionale debbano gestire le relative procedure con la dovuta diligenza<sup>95</sup>. Solo con la stretta osservanza di tali principi il trattenimento del

---

<sup>91</sup> Ossia l’emissione di un ordine scritto contenente le motivazioni in fatto e in diritto che giustifichino il ricorso al trattenimento (v. art. 15 co. 1 dir. 2008/115/CE); il rispetto dei principi di proporzionalità e necessità nonché dei diritti fondamentali della persona coinvolta nell’adozione della misura (v. art. 8 co. 4 della medesima Direttiva in comb. disp. con l’art. 15 co. 1, cit.); il diritto ad un pronto riesame giudiziario sulla legittimità del trattenimento (art. 15 co. 2 della medesima Direttiva) e, in seguito, ad un riesame da svolgersi ad intervalli regolari e ad un riesame giudiziario in caso di periodi di detenzione prolungati (art. 15 co. 3 della medesima Direttiva).

<sup>92</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 273-277.

<sup>93</sup> Tra gli altri v. S. Peers, *EU Justice and Home Affairs Law. Volume 1: EU Immigration and Asylum Law*, IV ed., Oxford 2016, 313; S. Velluti, *Reforming the Common European Asylum System — Legislative developments and judicial activism of the European Courts*, Heidelberg 2014, 68; F. Ippolito, *Establishing the Common European Asylum System: ‘it’s a long long way to Tipperary’*, in A. Abass-F. Ippolito (a cura di), *Regional Approaches to the Protection of Asylum Seekers: An International Legal Perspective*, Londra 2016, 136; L. Slingenbergh, *The Reception of Asylum Seekers under International Law: Between Sovereignty and Equality*, Oxford 2014, 83.

<sup>94</sup> Tale *vulnus* normativo è «indifendibile» secondo S. Peers, *EU Justice*, cit., 313. Sul punto vale la pena di richiamare l’opinione dell’UNHCR, *Annotated Comments*, cit., 22, che invitava gli Stati membri a prevedere un periodo massimo di detenzione all’interno di ciascun ordinamento nazionale, allo scopo di evitare una privazione di libertà particolarmente lunga (e potenzialmente indefinita).

<sup>95</sup> Sul concetto di «dovuta diligenza» v. il *Considerando* 16 dir. 2013/33/UE, laddove agli Stati è imposto di adottare «misure concrete e significative» «per assicurare che il tempo necessario per verificare i motivi di trattenimento sia il più breve possibile e che vi sia una prospettiva reale che tale verifica possa essere effettuata con successo il più rapidamente possibile».

richiedente, che non sia provvisto di un limite cronologico, non risulta in contrasto con il diritto alla libertà dell'individuo ex art. 6 della Carta<sup>96</sup>.

A differenza di quanto stabilito per il richiedente protezione internazionale, il Giudice di Lussemburgo ricorda che nel caso di *réention* a scopo di rimpatrio una durata massima viene espressamente prevista, e segnatamente nella misura ordinaria di sei mesi<sup>97</sup>, eccezionalmente<sup>98</sup> prorogabile fino a un massimo – mai ulteriormente suscettibile di essere prolungato – di diciotto mesi<sup>99</sup>. Pertanto, la normativa di uno Stato membro che non consideri *de plano* come “illegale” un trattenimento che si protragga oltre tale tempo massimo non può essere considerata conforme al diritto dell'Unione<sup>100</sup>.

3.2.4. Un ulteriore “tassello” al mosaico composito delle garanzie riconosciute a favore dello straniero privato della propria libertà concerne le conseguenze processuali derivanti dall'applicazione di un trattenimento irregolare a suoi danni. La Corte di Giustizia – anche qui in maniera inedita – viene chiamata a rispondere ad un rilevante quesito, segnatamente «se il diritto dell'Unione e, in particolare, l'art. 47 della Carta debbano essere interpretati nel senso che, qualora il trattenimento di un richiedente protezione internazionale o di un cittadino di un paese terzo soggiornante illegalmente nel territorio di uno Stato membro sia manifestamente contrario alle norme del diritto dell'Unione, un giudice di uno Stato membro possa, in via provvisoria, chiedere all'autorità nazionale competente di assegnare alla persona trattenuta illegalmente un alloggio che non sia un luogo di trattenimento»<sup>101</sup>.

Dopo aver ricordato che le garanzie processuali assicurate allo straniero da rimpatriare sono descritte dall'art. 15 della Direttiva Rimpatri in modo sufficientemente preciso ed incondizionato<sup>102</sup>, la Corte afferma, per analogia, che il carattere *self-executing* va

<sup>96</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 262-265. Sottolinea B. Nagy, *A – pyrric? – victory concerning detention in transit zones and procedural rights: FMS & FMZ and the legislation adopted by Hungary in its wake*, in *www.eumigrationlawblog.eu*, 15.6.2020, che, sul punto, la Corte «non è stata coraggiosa», poiché ammette implicitamente che la detenzione possa durare anche *ad libitum*, fintantoché i requisiti previsti dai pertinenti atti dell'UE siano soddisfatti.

<sup>97</sup> Ai sensi dell'art. 15 co. 5 dir. 2008/115/CE.

<sup>98</sup> Ai sensi dell'art. 15 co. 6 dir. 2008/115/CE, i.e. in caso di mancata cooperazione dello straniero coinvolto o in caso di ritardo nell'ottenimento della documentazione necessaria dallo Stato verso cui egli deve essere rimpatriato.

<sup>99</sup> V., sul punto, C.G.U.E, sent. 30.11.2009, *Kadzoev*, cit., §§ 60 e 69.

<sup>100</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 278-280. La Corte aggiunge che non risulterebbe conforme al diritto dell'Unione neppure una normativa nazionale che non garantisse che la privazione della libertà possa essere mantenuta solo fintantoché il provvedimento di allontanamento sia in corso e sia eseguito con la dovuta diligenza.

<sup>101</sup> *Ivi*, § 282.

<sup>102</sup> C.G.U.E, sent. 28.4.2011, *El Dridi*, cit., §§ 46 e 47. Sicché «esso può pertanto essere applicato direttamente dal

riconosciuto anche all'art. 9 della Direttiva Accoglienza che regola le medesime garanzie in favore del richiedente protezione internazionale<sup>103</sup>. Entrambe le disposizioni costituiscono la concretizzazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva garantito dall'art. 47 della Carta, che non ha bisogno di essere specificato da disposizioni di diritto dell'Unione o nazionale per conferire ai singoli un diritto che possa essere invocato in quanto tale<sup>104</sup>. Ne consegue che un mancato controllo giurisdizionale sulla decisione amministrativa che dispone il trattenimento non violerebbe solamente le relative disposizioni delle Direttive sopra menzionate, ma anche lo stesso art. 47 della Carta, di talché il giudice nazionale dovrà, seguendo il principio del primato del diritto UE, dichiararsi competente ad esaminare la legittimità della detenzione e, contestualmente, disapplicare le norme interne che vietano tale possibilità<sup>105</sup>, ben potendo ordinare il rilascio immediato degli stranieri trattenuti qualora ritenga che tale privazione della libertà sia contraria al diritto dell'Unione<sup>106</sup>. Affrontando, inoltre, il tema delle misure provvisorie<sup>107</sup> successive al rilascio dello straniero<sup>108</sup>, la Corte specifica che una volta che il trattenimento del richiedente protezione internazionale sia stato giudicato illegittimo (e sia quindi giunto a termine), quest'ultimo – che continua ovviamente a godere dello *status* di richiedente – può far valere, dinanzi al giudice nazionale, il suo diritto ad ottenere un'indennità finanziaria che gli consenta di usufruire di un alloggio o di una sistemazione in natura, avendo tale giudice la possibilità di concedere provvedimenti *ad interim* in attesa della propria decisione definitiva<sup>109</sup>.

---

giudice del rinvio a favore di un singolo» (v. la presa di posizione dell'AG Szpunar, 14.5.2014, nella causa *Mahdi*, cit., § 72).

<sup>103</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 288-289. In particolare, sulle garanzie processuali previste dall'art. 9 co. 3 dir. 2013/33/UE v. la presa di posizione dell'AG Sharpston, 26.1.2016, nella causa *N.*, cit., § 87, laddove viene ribadito che «il rispetto di tali requisiti si rivela essenziale (...) per garantire la conformità del trattenimento in questione al diritto di cui gode ogni persona detenuta preventivamente di essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice e di essere giudicata entro un termine ragionevole».

<sup>104</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 288-289. In tema v. C.G.U.E, sent. 29.7.2019, causa C-556/17, *Torubarov*, § 56.

<sup>105</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 290-291.

<sup>106</sup> *Ivi*, § 294.

<sup>107</sup> Sui provvedimenti provvisori come strumento per garantire l'efficacia del diritto dell'Unione v. C.G.U.E, 19.6.1990, causa C-213/89, *Factortame et al.*, § 20.

<sup>108</sup> Si ricordi che l'AG aveva già sottolineato, nel rispondere al presente quesito, che l'art. 9 co. 3 dir. 2013/33/UE impone – in caso di trattamento illegittimo – solamente il rilascio immediato del richiedente interessato. A ben vedere, esso «non prevede l'adozione, da parte del giudice nazionale, di alcuna misura che accompagni il rilascio concernente, in particolare, la fissazione del luogo di residenza dell'interessato» (v. le conclusioni dell'AG Pikamäe, 23.4.2020, nella causa *F.M.S. et al.*, cit., § 191).

<sup>109</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., §§ 295-300.

4. La decisione della Corte UE, come già aveva notato indirettamente l'AG<sup>110</sup>, può ben essere incardinata nel contesto più ampio del dialogo<sup>111</sup> tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo sulla delimitazione normativa del concetto di privazione della libertà personale riferito ai migranti collocati nelle zone di transito<sup>112</sup>. Un dialogo che, tuttavia, sembra preannunciarsi complesso, per via delle posizioni effettivamente inconciliabili adottate dalle due istituzioni sovranazionali.

Nel 2019, infatti, la *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti dell'uomo aveva statuito, operando un *revirement* rispetto alle conclusioni raggiunte in primo grado nella causa *Ilias e Ahmed c. Ungheria*<sup>113</sup>, che la detenzione di alcuni migranti nella zona di transito di Rösztke non integrava una privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 Cedu<sup>114</sup>. Il percorso logico-argomentativo seguito in quell'occasione si colloca, a ben vedere, all'interno di una «tendenza restrittiva in atto a Strasburgo» sul piano della tutela dei diritti fondamentali dello straniero presente alle zone di frontiera<sup>115</sup>. È lampante che tale giudizio – e il ragionamento ad esso sotteso – costituisca il “convitato di pietra” presente nella decisione della Corte UE.

Di fatto, la Corte dei diritti umani – rileggendo le circostanze sostanziali del caso sottoposto al suo giudizio ed interpretandole diversamente rispetto al giudizio di primo grado – aveva concluso che gli stranieri erano sottoposti ad una limitazione

<sup>110</sup> V. le conclusioni dell'AG Pikamäe, 23.4.2020, nella causa *F.M.S. et al.*, cit., § 2.

<sup>111</sup> Osserva E. Malfatti, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino 2013, 250, che «se oggi ancora manca un “anello” solenne di congiunzione tra il “mondo” di Strasburgo e quello di Lussemburgo, si configura viceversa un sapiente “appoggio” tra le due Corti (...) riuscendo entrambe a mantenere finora una (relativa) autonomia di giudizio». Sul punto v. anche S. Douglas-Scott, *The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights after Lisbon*, in S. De Vries-U. Bernitz-S. Weatherill (a cura di), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford 2013, 153 ss.

<sup>112</sup> Ne era convinta, già prima della pronuncia, G. Cornelisse, *Borders, Procedures and Rights at Rösztke: Reflections on Case C-924/19 PPU*, in [www.asylumlawdatabase.eu](http://www.asylumlawdatabase.eu), 9.4.2020.

<sup>113</sup> C. eur., sez. IV, 14.3.2017, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15. La Corte aveva stabilito che i ricorrenti si trovassero *de facto* in uno stato di privazione della libertà personale, valorizzando le caratteristiche della zona di transito e che essi non potessero dirigersi né in Serbia né in Ungheria senza rinunciare alla loro domanda di protezione internazionale. Tale scelta, peraltro, avrebbe potuto esporli al rischio di *refoulement*. Inoltre, la loro detenzione veniva giudicata illegittima (*unlawful*) dalla Corte in quanto disposta senza una decisione formale, in assenza di norme nazionali tassative e senza alcuna comunicazione delle ragioni poste alla base della privazione della loro libertà. Anche il diritto ad avere un pronto riesame giudiziario sulla legalità del trattenimento era stato compromesso, a causa della mancanza di una decisione originaria da contestare. Sulla decisione v. *inter alia* Á. Mohay-T. Drinóczi, *Has the Migration Crisis Challenged the Concept of the Protection of the Human Rights of Migrants? The Case of Ilias and Ahmed v. Hungary*, in E. Kuzelewska-A. Weatherburn-D. Kloza (a cura di), *Irregular Migration as a Challenge for Democracy*, Cambridge 2018, 97 ss.

<sup>114</sup> C. eur. GC, 21.12.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, ric. 47287/15, §§ 246 (ove la Corte aveva osservato che le circostanze del caso «non indicano una situazione di privazione *de facto* della libertà personale») e 249, laddove la Corte aveva concluso che «i ricorrenti non sono stati privati della loro libertà secondo il significato dell'art. 5 Cedu. Pertanto, tale disposizione non trova applicazione».

<sup>115</sup> Così L. Marin, *op. cit.*, 6.

significativa della loro libertà di movimento<sup>116</sup>, e non ad una privazione della loro libertà personale ex art. 5 Cedu. Operando una distinzione rispetto alla propria giurisprudenza consolidata sul trattenimento di migranti all'interno delle *transit zones*<sup>117</sup> – e seguendo una impostazione teorica divergente rispetto alle proprie precedenti determinazioni derivante dalle peculiari circostanze fattuali del caso di specie – il giudice di Strasburgo sottolineava che i migranti avevano fatto ingresso nell'area di Röszke di loro spontanea volontà<sup>118</sup>, che essi erano stati detenuti per un tempo (ventitré giorni) tutto sommato ragionevole, durante il quale le autorità ungheresi avevano espletato correttamente le procedure amministrative relative alla domanda di asilo (e nel contesto di un afflusso massiccio di stranieri al confine)<sup>119</sup> e che, infine, essi avevano avuto a disposizione – in ogni momento – la possibilità «realistica» (*realistic*) di ritornare in Serbia, a nulla rilevando la circostanza che, in tal caso, tale condotta avrebbe comportato *de plano* la rinuncia alla richiesta di protezione internazionale presentata in Ungheria (circostanza rilevante, al più, ai sensi dell'art. 3 Cedu)<sup>120</sup>. Argomentando diversamente, concludeva il tribunale di Strasburgo, si sarebbe avuta una «espansione del concetto di privazione di libertà al di là del significato inteso dalla Convenzione»<sup>121</sup>, e pertanto l'art. 5 Cedu non trovava applicazione.

Sul punto, la distanza tra le Corti non potrebbe essere più ampia. Invero, l'approccio seguito dalla Corte di Giustizia sembra confermare che la qualificazione dello straniero come “trattenuto” è di ordine “assoluto”<sup>122</sup> e pertanto non suscettibile di essere

---

<sup>116</sup> C. eur. GC, 21.12.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., § 232. Nondimeno, la Corte sottolineava che la dimensione dell'area e le modalità attraverso le quali cui essa veniva controllata erano tali che la libertà di movimento dei ricorrenti fosse effettivamente limitata in modo significativo (*to a very significant degree*), in modo simile a quanto accade in certe tipologie di «strutture di detenzione a regime leggero» (*light-regime detention facilities*).

<sup>117</sup> Il riferimento è al noto *leading case* C. eur., 25.6.1996, *Amuur c. Francia*, ric. 19776/92. Sul punto v. anche i più recenti C. eur., 24.1.2008, *Riad and Idiab c. Belgio*, ricc. 29787/03 e 29810/93; C. eur., 12.2.2009, *Nolan and K. c. Russia*, ric. 2512/04; C. eur., 15.10.2013, *Gahramanov c. Azerbaijan*, ric. 26291/06.

<sup>118</sup> C. eur. GC, 21.12.2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, cit., §§ 220-223.

<sup>119</sup> *Ivi*, §§ 224-230.

<sup>120</sup> *Ivi*, §§ 231-248, spec. § 236. In particolare, la Corte di Strasburgo notava che in precedenza aveva dichiarato sussistente una privazione di libertà ai sensi dell'art. 5 Cedu solo nei casi in cui lo straniero collocato in una zona di transito avesse una possibilità solo teorica di lasciare tale luogo (ad es. dovendo richiedere un'autorizzazione specifica per la partenza a bordo di un velivolo o di un battello) e senza le necessarie garanzie diplomatiche (ad es. nel caso di un Paese d'origine non firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951 sui diritti dei rifugiati). Al contrario, nel caso sottoposto al vaglio della C.G.U.E, i migranti avrebbero potuto semplicemente camminare verso il confine (*walk to the border*) e giungere immediatamente in Serbia, Paese vincolato al rispetto di un trattato di riammissione con l'UE e firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951 sui diritti dei rifugiati.

<sup>121</sup> *Ivi*, § 243.

<sup>122</sup> Nel senso letterale che tale qualificazione è “slegata” dal caso concreto. In questo senso v. le già richiamate conclusioni dell'AG Pikamäe, 23.4.2020, nella causa *F.M.S. et al.*, cit., §§ 152 ss., laddove tra i criteri menzionati per dichiarare la sussistenza di una privazione della libertà personale (ai sensi delle pertinenti disposizioni della

“modellata” – come talvolta è accaduto nella giurisprudenza di Strasburgo – rispetto alle peculiarità del caso concreto (ad es. in caso di particolari criticità nella gestione dei flussi migratori da parte delle autorità nazionali<sup>123</sup>). Tale modo di argomentare “supera” *in melius* la portata delle garanzie apprestate dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, le quali *a contrario* risentono di un approccio «“pratico” e “realista” che [tiene] conto delle difficoltà incontrate dagli Stati nel controllare le proprie frontiere e consenta loro di adottare misure di contrasto all’immigrazione irregolare»<sup>124</sup>.

L’art. 6 della Carta, come si è visto, trova piena applicazione nella vicenda che ci occupa, ed è scontato che la Corte di Lussemburgo abbia scelto di utilizzare tale norma per garantire una solida protezione anche (e soprattutto) a chi subisce *de facto* la perdita della propria libertà in zone di confine, ove, nelle prassi nazionali, il rischio di detenzioni arbitrarie è purtroppo sempre più elevato<sup>125</sup>.

Contestualmente, valutando le caratteristiche della permanenza degli stranieri trattenuti a Röszke, l’art. 5 Cedu – vero e proprio “gemello” dell’art. 6 della Carta<sup>126</sup> – si è dimostrato, nell’interpretazione che ne è stata data dal tribunale di Strasburgo, compiutamente inefficace nell’apportare protezione ai migranti collocati nella zona di transito. Anzi, il caso *Ilias e Ahmed* avrebbe sostanzialmente eroso il sistema di tutele esistenti nei confronti degli stranieri, avendo escluso che le restrizioni loro imposte dai governi nazionali possano essere qualificate come privazioni della libertà personale<sup>127</sup>. Per tal motivo, la decisione della CGUE appare, all’interno del dualismo UE-CEDU<sup>128</sup>, come il condivisibile tentativo della prima di “sganciarsi” dal “compromesso al ribasso”

---

Direttiva Accoglienza e della Direttiva Rimpatri) venivano menzionati: i) la situazione di isolamento degli stranieri e ii) l’esistenza di una significativa privazione della loro libertà di movimento. Nessuna importanza, pertanto, può rivestire la (difficile) situazione concreta in cui le autorità nazionali potrebbero trovarsi ad operare.  
<sup>123</sup> Tale è il contesto in cui è stata elaborata, tra le più recenti, C. eur. GC, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ric. 16483/12, che ha escluso il carattere degradante delle condizioni di trattenimento di alcuni stranieri nel centro di accoglienza di Lampedusa. Sulla stessa linea “realista” in senso peggiorativo per i diritti degli stranieri v. anche C. eur. GC, 13.2.2020, *N.D. e N.T. c. Spagna*, ricc. 8675/15 e 8697/15, e C. eur., 24.3.2020, *Asady c. Slovacchia*, ric. 24917/15.

<sup>124</sup> Così S. Zirulia, *op. cit.*

<sup>125</sup> V. nota 55.

<sup>126</sup> In questo senso v. ad es. C.G.U.E, sent. 14.9.2017, *K.*, cit., § 50, e le conclusioni dell’AG Sharpston, 31.1.2019, nella causa *D.H.*, cit., §§ 4 e 32, e giurisprudenza *ivi* richiamata. In dottrina v. *ex pluris* D. Wilsher, *Article 6 – Right to Liberty and Security*, in S. Peers-T. Hervey-J. Kenner-A.Ward (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Londra 2014, 121 ss. Sulla genesi storica dell’art. 5 Cedu alla luce dell’art. 6 della Carta si v. W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015, 220 ss.

<sup>127</sup> Ne è convinta 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 [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com), 23.12.2019.

<sup>128</sup> Per una panoramica sull’evoluzione dei rapporti tra le Corti sul tema dei diritti fondamentali v. *inter alia* X. Groussot-N.-L. Arold Lorenz-G.T. Petursson, *The paradox of human rights protection in Europe: two courts, one goal?*, in O.M. Arnardóttir-A. Buysse, *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking Relations*



della seconda, ai danni dei richiedenti asilo sottoposti *de facto* a detenzione. Si tratta, in ogni caso, di una facoltà concessa alla Corte dell'Unione europea. A tal proposito vale la pena ricordare che se da un lato i diritti fondamentali sanciti dalla Cedu sono considerati come facenti parte del diritto UE con la funzione di principi generali<sup>129</sup>, dall'altro il giudice di Lussemburgo deve poter conservare la sua piena autonomia di giudizio, in quanto la Cedu «non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridicamente formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione»<sup>130</sup>. Tale peculiare interdipendenza tra i due ordinamenti è confermata dall'art. 52 co. 3 della Carta, che impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione. Ad essere fissata, nondimeno, è la «*tutela minima*, non la “massima” dei diritti riconosciuti»<sup>131</sup>, e pertanto nulla esclude che ciascun ordinamento possa, in via del tutto autonoma, elaborare una propria giurisprudenza che accordi un livello di protezione più elevato<sup>132</sup>. A ben vedere, ciò è quanto è stato fatto nella vicenda in esame.

Mettendo a confronto le due sentenze, risulta che la C.G.U.E ha di fatto smentito, in poche battute, ogni nucleo logico della sentenza della Corte europea dei diritti umani, in merito alla asserita insussistenza di una privazione della libertà personale ai danni dei migranti trattenuti della zona di transito<sup>133</sup>.

*In primis*, è interessante notare che il Giudice di Lussemburgo non prende per nulla in considerazione la durata del trattenimento (che, si ricorda, ammontava a ventitré giorni) per rispondere affermativamente al quesito se gli stranieri collocati a Röske fossero da considerarsi in stato di «trattenimento». Questo silenzio espositivo è nondimeno particolarmente eloquente, perché suggerisce che l'esistenza di un periodo di tempo più o meno prolungato di confinamento non sia considerato *ex se* un requisito necessario dalla Corte UE per concretizzare una privazione della libertà dello straniero. In altre parole, è concepibile, nell'ordinamento dell'Unione, che possa esistere una privazione della libertà per così dire “istantanea” – i.e. anche per una

---

*Between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, Londra 2016, 21 ss.

<sup>129</sup> Art. 6 co. 3 TrUE.

<sup>130</sup> In argomento v. C.G.U.E, sent. 15.2.2016, *N.*, cit., § 45, che richiama *inter alia* le conclusioni di C.G.U.E, sent. 26.2.2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, § 44.

<sup>131</sup> L'osservazione è di A. Spadaro, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in C. Panzera-A. Rauti-C. Salazar-A. Spadaro (a cura di), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Napoli 2016, 524.

<sup>132</sup> Tale possibilità è espressamente riconosciuta dall'art. 52 co. 3 della Carta.

<sup>133</sup> A ben vedere, la questione va divisa sistematicamente in due fasi argomentative: a) l'accertamento della sussistenza o meno della privazione della libertà personale; b) l'analisi della legittimità di tale privazione. Le questioni di cui al punto a) saranno subito affrontate, mentre sul punto b) v. *infra* in questo paragrafo.

minima frazione di tempo<sup>134</sup> –, fermo restando che, in ogni caso, il migrante deve essere «[isolato] dal resto della popolazione» e confinato «*en permanence*» entro «un perimetro limitato e chiuso»<sup>135</sup> all'interno del quale i suoi movimenti «sono limitati e sorvegliati» al punto che egli «non può legittimamente abbandonare di sua volontà» tale zona<sup>136</sup>. Pertanto, quello che potremmo chiamare, a buon titolo, il “criterio dell'*isolement*” – che viene elevato dalla Corte UE a “pietra angolare” della questione – riesce a rendere irrilevante il tema della durata della permanenza degli stranieri nella zona di transito, di talché anche poche ore in tale situazione ben potrebbero integrare, a voler interpretare le parole del Giudice di Lussemburgo, una *rétenion* nel senso del pertinente diritto UE<sup>137</sup>. Si tratta di una prospettiva che enfatizza giustamente la protezione del singolo di fronte ad una «misura estrema»<sup>138</sup> qual è la privazione della libertà, dal momento che quest'ultima può venire sacrificata dalle autorità nazionali anche per un periodo tempo molto breve<sup>139</sup>.

In secondo luogo, la decisione della C.G.U.E sembra correggere l'angolazione “distorta” della Corte di Strasburgo che, come si è detto, aveva considerato concreta la possibilità per gli stranieri di allontanarsi da Röske. Forse, una soluzione diversa non sarebbe stata immaginabile alla luce del pertinente diritto dell'Unione, *in primis* «perché l'art. 18 della Carta garantisce il diritto di chiedere asilo» e «abbandonare la zona di transito significherebbe frustrare l'esercizio di tale diritto»<sup>140</sup>. Ne consegue che sarebbe risultato irragionevole, all'interno del contesto eurounitario, sostenere che uno straniero, già sottoposto a pesanti restrizioni all'interno di una determinata zona geografica, possa dirsi “libero” di abbandonare tale luogo solo perché esso può fare

---

<sup>134</sup> V., per analogia, C.G.U.E, sent. 25.7.2018, causa C-220/18 PPU, *M.L.*, § 100, dove viene stabilito che «il carattere temporaneo o transitorio di una detenzione» in condizioni inumane «non è idoneo, di per sé solo, ad escludere qualsiasi rischio reale di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta».

<sup>135</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 223.

<sup>136</sup> *Ivi*, § 231.

<sup>137</sup> D'altronde, l'art. 2 lett. h dir. 2013/33/UE, definisce la «detenzione» come «il confinamento del richiedente, da parte di uno Stato membro, in un luogo determinato, che lo priva della libertà di circolazione», senza fare riferimento alcuno alla durata della privazione di tale libertà.

<sup>138</sup> Così viene definita nelle conclusioni dell'AG Pikamäe, 27.2.2020, nella causa *W.M.*, cit., § 58.

<sup>139</sup> Nondimeno, tale aspetto, nell'economia del giudizio della Corte EDU, sembrerebbe *a contrario* assumere (improvvidamente) particolarmente rilevanza, nel senso che, come si è visto, il periodo di permanenza nella zona di transito veniva ritenuto congruo all'esame delle pratiche della domanda di protezione internazionale presentata dagli stranieri e tale elemento – sia pur non decisivo – veniva tenuto in considerazione per escludere che gli stranieri collocati a Röske fossero privati della loro libertà. Tale aspetto è sottolineato da S. Zirulia, *op. cit.*, che nota come la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel valorizzare la tempistica tutto sommato ragionevole del trattenimento subito dai ricorrenti, abbia omesso «di confrontarsi con un proprio noto precedente, sempre in materia di *pre-admittance detention* in cui aveva ritenuto applicabile (e violato) l'art. 5 Cedu rispetto a trattenimenti durati la metà dei giorni». Il riferimento è alla decisione C. eur. GC, 15.2.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, cit.

<sup>140</sup> Così G. Cornelisse, *Borders, Procedures and Rights*, cit.

ritorno – a piedi – dal luogo ove proviene, perché così lo si porta *de facto* a dover operare la difficile scelta tra riacquistare la propria libertà o esercitare un diritto fondamentale. Nondimeno, la Corte di Giustizia osserva che i migranti trattenuti nella zona di transito in questione non abbiano – in ogni caso – una possibilità effettiva di riacquistare la propria libertà una volta usciti volontariamente da tale area, giacché, contrariamente a quanto aveva sostenuto il governo ungherese, l'eventuale ingresso in Serbia, alla luce di quanto detto *supra*, non sarebbe stato considerato legale in base alle leggi di quel Paese. Per questi motivi, la Corte di Lussemburgo non ritiene esistente *in concreto* la possibilità, per i migranti trattenuti, di uscire volontariamente dalla zona di transito<sup>141</sup>. Si tratta di una prospettiva pienamente condivisibile, che tiene adeguatamente conto delle circostanze in cui gli stranieri si vengono a trovare una volta entrati a Röszke. D'altronde risulterebbe contraddittorio sostenere che «le persone collocate in un campo controllato e delimitato da filo spinato e che sono completamente dipendenti delle autorità competenti (...) non [siano] detenute, perché possono lasciare tale zona e attraversare illegalmente un confine»<sup>142</sup>.

*In limine*, un'ulteriore circostanza va tenuta in considerazione: acclarata che una privazione della libertà personale sussista, ne va accertata la conferenza (o meno) con il diritto UE ed in particolare con l'art. 6 della Carta. Sul punto, vale la pena ricordare che sia la direttiva 2008/115 che la direttiva 2013/33 danno pieno riconoscimento ai diritti fondamentali delle persone interessate alle relative procedure<sup>143</sup>. Tenuto conto «dell'importanza del diritto alla libertà sancito all'articolo 6 della Carta e della gravità dell'ingerenza che una siffatta misura di trattenimento costituisce rispetto al suddetto diritto, le limitazioni all'esercizio dello stesso devono operare entro i limiti dello stretto necessario»<sup>144</sup>. Ne consegue che le norme riguardanti l'architettura applicativa del trattenimento necessitano di un'interpretazione rigorosa, atteso che «il trattenimento forzato, quale privazione della libertà, costituisce un'eccezione al diritto fondamentale della libertà individuale»<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Tale passaggio del ragionamento sembra costituire una risposta alla Corte di Strasburgo che, sul punto, aveva adoperato un criterio "formalistico", enfatizzando la circostanza che la Serbia fosse un Paese firmatario della Convenzione di Ginevra del 1951 sui diritti dei rifugiati. Tale assunto, unitamente al fatto che le «paure» (*fears*) dei migranti concernevano il malfunzionamento del sistema serbo di accoglienza (e non, ad esempio, una minaccia diretta alla loro vita o alla loro salute), inducevano la Corte EDU a concludere che fosse «praticamente» (*practically*) possibile per gli stranieri lasciare il luogo del loro collocamento per ritornare in Serbia.

<sup>142</sup> Come nota G. Cornelisse, *Borders, Procedures and Rights*, cit.

<sup>143</sup> V., *inter alia*, la presa di posizione dell'AG Szpunar, 14.5.2014, nella causa *Mahdi*, cit., § 45, e C.G.U.E, sent. 14.9.2017, *K.*, cit., § 45.

<sup>144</sup> Così C.G.U.E, sent. 15.2.2016, *N.*, cit., § 56 e giurisprudenza *ivi* citata, le cui affermazioni, in senso analogico, possono valere anche per i migranti sottoposti a procedure di rimpatrio.

<sup>145</sup> Si v. la presa di posizione dell'AG Szpunar, 28.4.2015, causa C-290/14, *Celaj*, § 29.

Così, ad esempio, qualora le garanzie previste dalle direttive – siano esse sostanziali (i.e. norme sui requisiti per disporre la detenzione) o processuali (i.e. presenza di un effettivo riesame giudiziario sulla legittimità del trattenimento) – non fossero concretamente garantite all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali, ben si potrebbe configurare una detenzione illegittima ai sensi dell'art. 6 della Carta. Non così qualora il migrante subisse una privazione della libertà personale che sia rispettosa dei principi e dell'architettura sistemica delle pertinenti norme UE<sup>146</sup>. La Corte di Giustizia, come si è visto *supra*<sup>147</sup>, ha statuito su numerose questioni procedurali, ribadendo, in estrema sintesi, il carattere tassativo e di *extrema ratio* della detenzione amministrativa dei migranti: ogni violazione del dettato normativo UE incide negativamente su un diritto fondamentale e, come tale, renderebbe illegittima qualsiasi privazione della libertà personale alla luce dell'art. 6 della Carta.

5. Riassumendo, il “nocciolo duro” della decisione della Corte di Lussemburgo concerne, in particolare, l'identificazione di parametri generali per affermare la sussistenza di una condizione di concreta privazione della libertà personale ai danni degli stranieri all'interno della zona di transito *de qua*. A ciò si aggiunga, come fase successiva dell'argomentazione, la necessità di esprimere un “giudizio di valore” sulla legittimità o meno di tale detenzione, alla luce dei diritti fondamentali scolpiti nella Carta.

In ogni caso, vi sono alcune statuizioni *a latere* della Corte di Giustizia sugli aspetti procedurali della *rétenion* che meritano di essere, sia pur sinteticamente, analizzati, soprattutto per la presenza di tre elementi che potremmo definire “innovativi” rispetto alla pregressa giurisprudenza. Essi, come si vedrà, vanno a rafforzare ulteriormente il “cordone sanitario” intorno al migrante privato della sua libertà.

Il primo profilo di interesse investe il divieto per gli Stati membri di trattenere i cittadini di Paesi terzi per il solo fatto che essi non possano provvedere a se stessi. Sia nel caso del richiedente protezione internazionale, che nel caso dello straniero “irregolare”, la Corte ribadisce, come abbiamo visto, che tale circostanza non è considerata in alcun modo tra i requisiti per il trattenimento (§§ 250 e 268), che, come risulta dalla giurisprudenza pregressa, sono tassativi e non suscettibili di essere ampliati per analogia<sup>148</sup>. Tuttavia, sono differenti le motivazioni che giustificano tali conclusioni.

---

<sup>146</sup> In altri termini, ed alla luce del tenore letterale della giurisprudenza poc'anzi citata, si può concludere che qualsiasi detenzione amministrativa che venga subita dallo straniero, e che sia stata posta in essere con violazione delle garanzie previste a livello comunitario, si risolverebbe *de plano* in violazione dell'art. 6 della Carta, atteso il carattere fondamentale di tale diritto.

<sup>147</sup> V. le considerazioni svolte nel § 3.2.

<sup>148</sup> Sulla tassatività dei motivi previsti dall'art. 8 co. 3 dir. 2013/33/UE, v. le recentissime conclusioni dell'AG

Il richiedente non dovrebbe essere trattenuto per la mancanza di mezzi di sussistenza poiché il legislatore UE ha previsto, in tali circostanze, una serie di garanzie a suo favore<sup>149</sup> che devono essere attivate e che, pertanto, non devono essere pregiudicate dal diritto interno di uno Stato membro che, in tali situazioni, ammetta che tale soggetto possa essere privato della sua libertà. A rilevare, in altre parole, è il fatto che la *rétention* disposta per indigenza del richiedente renderebbe *de facto* disapplicata quella parte della Direttiva che assicura allo stesso una serie di misure di assistenza, in caso di situazione di bisogno.

Con riferimento alla possibilità di trattenere lo straniero irregolare per motivi legati alla sua situazione di indigenza, l'approccio seguito dalla Corte si basa invero su altri presupposti. Pur giungendo alla medesima conclusione, il Giudice di Lussemburgo – ponendosi sulla strada già tracciata *illo tempore* nella causa *Kadzoev*<sup>150</sup> – segue una prospettiva più attenta al diritto alla libertà del migrante, ricordando che è precluso agli Stati membri l'utilizzo di motivazioni diverse da quelle desumibili dalla lettera della dir. 2008/115. Di fatto, la Corte conferma che, data la sua natura di misura di *extrema ratio*, la disciplina dei requisiti del trattenimento necessita di un'interpretazione restrittiva<sup>151</sup>, in quanto eccezione al diritto fondamentale della libertà individuale<sup>152</sup>.

Il secondo profilo innovativo riguarda l'omogeneizzazione del concetto di «trattenimento» all'interno del diritto UE che, inspiegabilmente, era circosanzionato solo con riferimento al richiedente protezione internazionale<sup>153</sup>. Riconoscendo che la privazione della libertà è “una e una sola”, la Corte di Giustizia elimina l'incertezza in

---

Szpunar, 30.4.2020, causa C-36/20 PPU, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, § 107, e giurisprudenza *ivi* citata. Sulla tassatività dei motivi previsti dall'art. 15 co. 1 dir. 2008/115/EC, v. la presa di posizione dell'AG Szpunar, 14.5.2014, nella causa *Mahdi*, cit., § 47.

<sup>149</sup> Si fa riferimento alle c.d. «condizioni materiali di accoglienza» (alloggio, vitto e vestiario) previste dall'art. 17 co. 3 e dall'art. 18 dir. 2013/33/UE. V. anche C.G.U.E, sent. 12.11.2019, causa C-233/18, *Haqbin*, § 52, dove la Corte ha precisato che la disciplina sulla riduzione o la revoca di tali condizioni materiali di accoglienza «non osta ad una misura di trattenimento del richiedente ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, lettera e), della direttiva [Accoglienza], purché siano soddisfatte le condizioni di cui agli articoli da 8 a 11 della stessa Direttiva».

<sup>150</sup> C.G.U.E, sent. 30.11.2009, *Kadzoev*, cit., §§ 68 e 70, ove la Corte aveva stabilito che «la possibilità di collocare una persona in stato di trattenimento per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza non può trovare fondamento nella direttiva 2008/115», basandosi proprio su un'interpretazione restrittiva dei requisiti disposti dalla dir. 2008/115. Sui concetti di “ordine pubblico” e “pubblica sicurezza” v. le conclusioni dell'AG Pikamäe, 27.2.2020, nella causa *W.M.*, cit., §§ 70 ss., e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>151</sup> Sul punto v., tra gli altri, V. Moreno-Lax-E. Guild, *Reception Conditions*, in S. Peers-V. Moreno-Lax-M. Garlick-E. Guild (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*, vol. III, *EU Asylum Law*, Leida 2015, 527, e F. Spitaleri, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino 2017, 162 ss.

<sup>152</sup> Tale posizione era già stata sostenuta nelle conclusioni dell'AG Szpunar, 2.2.2016, causa C-47/15, *Affum*, § 48. V. anche le conclusioni dell'AG Mazák, 10.11.2009, nella causa *Kadzoev*, cit., § 70.

<sup>153</sup> All'interno del già richiamato art. 2 lett. h dir. 2013/33/UE.

merito a quali misure possono costituire *rétention* nei confronti degli stranieri soggetti a procedura di rimpatrio. E tale risultato, per il suo intento chiarificatore, è da salutarsi con favore.

Infine, va valorizzata la scelta della Corte di conferire effetto diretto anche alla norma di cui all'art. 9 della Direttiva Accoglienza in merito ai diritti processuali del richiedente protezione internazionale sottoposto a trattenimento<sup>154</sup>. Ad una lettura della disposizione *de qua*, invero, poteva apparire evidente, già in precedenza, che essa costituiva il corrispondente normativo dell'art. 15 della Direttiva Rimpatri (quest'ultimo già dichiarato sufficientemente preciso ed incondizionato nella sentenza *El Dridi*)<sup>155</sup>. Tuttavia, da tale statuizione, la Corte ricava una conclusione assolutamente inedita. Infatti, al giudice nazionale è imposto di «autodichiararsi competent[e] a conoscere dei ricorsi promossi dai migranti»<sup>156</sup>, qualora a questi ultimi non sia garantito, dal diritto interno, un pronto riesame giudiziario sulla legittimità della loro *rétention* disposta da un'autorità amministrativa<sup>157</sup>. Quell'autorità giudiziaria avrà inoltre l'obbligo, discendente dall'applicazione diretta delle disposizioni appena citate, di rilasciare immediatamente lo straniero trattenuto qualora ritenesse che quella *rétention* sia contraria al diritto dell'Unione. Così decidendo, la Corte riconosce una singolare *vis attractiva* a disposizione di ogni autorità giudiziaria nazionale che potrà, in qualunque caso, dichiararsi competente a giudicare, nel merito<sup>158</sup>, sulla legittimità del trattenimento degli stranieri (siano essi richiedenti protezione internazionale o rimpatriandi). Sopperendo alla mancata presenza di un ricorso effettivo – ricorso che, ai sensi dell'art. 47 della Carta<sup>159</sup>, deve essere garantito ad ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati<sup>160</sup> – il migrante illegittimamente privato della propria libertà nella zona di transito di uno Stato membro verrebbe in concreto “circondato” dai competenti giudici nazionali, pronti, all'occorrenza, a intervenire per ristabilire il rispetto della *rule of law*, assicurando in ogni caso un riesame giudiziario della *rétention* disposta dall'autorità amministrativa<sup>161</sup>. Ciò rappresenta una garanzia «anche se il diritto interno non

<sup>154</sup> C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 288.

<sup>155</sup> C.G.U.E, sent. 28.4.2011, *El Dridi*, cit., §§ 46-47.

<sup>156</sup> L. Marin, *op. cit.* 7.

<sup>157</sup> O, per dirla con le parole della C.G.U.E, qualora «*aucune autre juridiction n'est, en vertu du droit national, compétente*» (C.G.U.E, sent. 14.5.2020, *F.M.S. et al.*, cit., § 289).

<sup>158</sup> Secondo quanto già stabilito, a suo tempo, da C.G.U.E, sent. 5.6.2014, *Mahdi*, cit., § 62.

<sup>159</sup> Tale disposizione «è sufficiente di per sé e non deve essere precisat[a] mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale» (C.G.U.E, sent. 17.4.2018, causa C-414/16, *Egenberger*, § 78).

<sup>160</sup> V. inter alia, C.G.U.E, sent. 16.5.2017, causa C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA*, § 44.

<sup>161</sup> Si tratterà dell'autorità giudiziaria competente funzionalmente e per territorio – secondo le regole del diritto interno – a conoscere della procedura entro la quale il giudice nazionale, in presenza dei relativi presupposti,

prevede delle procedure specifiche a tal fine, perché ha deciso di “disobbedire” al diritto europeo»<sup>162</sup>.

6. Ma in concreto è (già) cambiato qualcosa per i migranti detenuti «ai confini d'Europa»<sup>163</sup>? Poco dopo l'emissione della sentenza, il governo ungherese aveva dichiarato di non accettare la decisione della Corte UE e, per bocca del *security advisor* dell'esecutivo, aveva annunciato l'apertura di un'inchiesta per verificare se il giudizio potesse confliggere con la costituzione ungherese<sup>164</sup>. Una posizione ancora più estrema era stata presa dal Primo Ministro Viktor Orbán, che aveva accusato la Corte di Lussemburgo di voler costringere il popolo magiaro «ad accettare migranti contro la propria volontà»<sup>165</sup>. Eppure, pochi giorni dopo, il governo aveva annunciato che la zona di transito di Röszke sarebbe stata chiusa prima possibile<sup>166</sup>, unitamente a quella di Tompa<sup>167</sup>. Contestualmente, è stato comunicato che i richiedenti asilo saranno trasferiti nei centri di accoglienza presenti all'interno del territorio ungherese<sup>168</sup>. Tale vicenda può confermare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha una doppia natura, in quanto essa può essere vista sia come un efficace stimolo (per gli Stati membri, che sono vincolati al rispetto dei diritti fondamentali nei loro ordinamenti interni<sup>169</sup>), sia come un solido presidio di garanzie (a disposizione di tutti i migranti sottoposti al diritto dell'Unione<sup>170</sup>). Nondimeno, e per dovere di completezza espositiva, è bene riportare che, secondo alcuni, sarebbe meramente illusorio considerare il ripensamento del governo Orbán come una «svolta filantropica»<sup>171</sup> sul tema migratorio, poiché tale “inversione a U” rappresenterebbe una subdola strategia

---

avrà l'obbligo di dichiararsi competente *ex officio* ad esaminare anche la situazione dei migranti in stato di trattenimento, disponendone, se del caso, la liberazione immediata.

<sup>162</sup> Così L. Marin, *op. cit.*, 7.

<sup>163</sup> Riprendiamo l'espressione dal romanzo di D. Trilling, *Lights in the Distance: Exile and Refuge at the Borders of Europe*, New York 2019.

<sup>164</sup> La vicenda è riassunta da Z. Didilli, *Hungary to reject EU top court's ruling on migrant transit zones*, in [www.neweurope.eu](http://www.neweurope.eu), 20.5.2020. Il comunicato istituzionale del governo magiaro (19.5.2020) è disponibile, in lingua ungherese, al seguente URL: <https://bit.ly/3o8FSCo>.

<sup>165</sup> V. l'intervista rilasciata da Orbán all'emittente radiofonica *Kossuth Rádió*, il 15 maggio 2020, e disponibile, in lingua ungherese, al seguente URL: <https://bit.ly/371O9cW>.

<sup>166</sup> G. Molnar, *Hungary shuts down asylum-seeker campus after EU court ruling*, in [www.timesofisrael.com](http://www.timesofisrael.com), 21.5.2020.

<sup>167</sup> E. Inotai, *Hungary to close transit zones after European Court ruling*, in [www.balkaninsight.com](http://www.balkaninsight.com), 21.5.2020.

<sup>168</sup> AA.VV., *Hungary to close transit zone camps for asylum-seekers*, in [www.dw.com](http://www.dw.com), 21.5.2020.

<sup>169</sup> Ne è convinto S. Zirulia, *op. cit.*

<sup>170</sup> Sul ruolo delle corti giudiziarie come principali organi di tutela dei diritti dei migranti v. E. Santoro, *Democrazie, migrazioni e società multiculturali*, in S. Mezzadra-M. Ricciardi (a cura di), *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Verona 2013, 156.

<sup>171</sup> Condivide questa impostazione L. Marin, *op. cit.*, 7.

politica tesa ad ottenere, a pieno titolo, i preziosi fondi messi a disposizione dall'UE per far fronte al periodo post-pandemia da COVID-19<sup>172</sup>.

7. In conclusione, per la portata delle problematiche affrontate e tralasciando le implicazioni più squisitamente politiche, l'impressione è che la decisione della C.G.U.E costituisca un importante "tassello" all'interno di quella giurisprudenza europea che, ormai da alcuni anni, intende ricalibrare il perimetro applicativo della normativa in materia di "detenzione amministrativa" dello straniero con un approccio il più possibile aderente al rispetto dei suoi diritti fondamentali<sup>173</sup>. Che sia vista come un «valido incoraggiamento» per i giudici nazionali a proteggere le garanzie previste dalla Carta<sup>174</sup> o come una «significativa vittoria per tutti coloro che sono imprigionati in *containers* delimitati da filo spinato in Ungheria»<sup>175</sup> o, addirittura, come «un'accusa eclatante al sistema ungherese di gestione dei richiedenti asilo»<sup>176</sup>, la sentenza di Lussemburgo avrà sicuramente conseguenze positive non soltanto nel regolare *in melius* la situazione dei migranti trattenuti *de facto* nelle *transit zones* in prossimità dei confini dell'Unione, ma – più in generale – potrà garantire, d'ora in avanti, la presenza pressoché automatica (ed effettiva) di un pronto riesame giudiziario a vantaggio di tutti i cittadini di Paesi terzi che siano privati della loro libertà, ricreando «rapporti giuridici tra persone e corti laddove il governo ungherese li aveva interrotti»<sup>177</sup>. Peraltro, l'utilizzo del "criterio dell'*isolement*" come *discrimen* per affermare l'esistenza di una privazione della libertà dello straniero potrebbe estendere in modo considerevole le garanzie di quei migranti collocati in luoghi diversi dai centri *ad hoc* loro dedicati (ad es. gli *hotspot*) e che potevano non essere considerati come "trattenuti" alla luce del diritto dell'Unione, in mancanza di una definizione esaustiva come quella fornita dal giudice di Lussemburgo<sup>178</sup>.

<sup>172</sup> *Ibidem*, che richiama le condivisibili considerazioni di M. Steinbeis, *Watching the Peacock Dance*, in [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), 22.5.2020

<sup>173</sup> Si lasciano menzionare *inter alia* C.G.U.E, sent. 17.7.2014, causa C-474/13, *Pham*; C.G.U.E, sent. 17.7.2014, cause riunite C-473/13 e C-514/13, *Bero e Bouzalmate*; C.G.U.E, sent. 13.9.2017, causa C-60/16, *Amayry*; C.G.U.E, sent. 15.2.2016, *N.*, cit.; C.G.U.E, sent. 14.9.2017, *K.*, cit.

<sup>174</sup> Così S. Zirulia, *op. cit.*

<sup>175</sup> Questa è il commento dell'*Hungarian Helsinki Committee*, un'organizzazione non governativa che promuove la protezione dei diritti umani e lo stato di diritto, facente parte dei più ampi *Helsinki Committees for Human Rights*, che hanno diverse sedi locali in vari Paesi dell'area OSCE. Il comunicato stampa (14.5.2020) è disponibile, in formato PDF ed in lingua inglese, al seguente URL: <https://www.helsinki.hu/en/hungary-unlawfully-detains-people-in-the-transit-zone/>.

<sup>176</sup> Amnesty International, *Hungary: European Court declares authorities broke EU law by detaining asylum-seekers in transit zones*, 14.5.2020, disponibile, in lingua inglese, al seguente URL: <https://bit.ly/2Y6RZO2>.

<sup>177</sup> Ne è convinta L. Marin, *op. cit.*, 7.

<sup>178</sup> Sembra propendere per questa posizione anche B. Nagy, *op. cit.*, che considera la sentenza della CGUE come una «guida chiara per tutto il resto dell'Unione europea». In questo senso v. ancora L. Marin, *op. cit.*, 7, laddove



Ma vi è di più. In un inedito “*match*” tra le due Corti europee, che hanno statuito (circostanza, invero, non così frequente) sulla medesima questione di fatto, ad uscirne “vincitrice” – a voler seguire una prospettiva il più possibile rispettosa delle garanzie individuali della persona nei confronti del potere statale – è la Corte di Giustizia UE che, giocando “al rialzo”, ha superato la sua omologa «nel proprio terreno di gioco»<sup>179</sup> e ha rinforzato il diritto alla libertà garantito dalla Carta. Il *quid pluris* della sentenza sta proprio in questo slancio giurisprudenziale, peraltro incoraggiato dall’esortazione dell’AG nelle sue *conclusions* e su cui la Corte ha fondato, senz’ombra di dubbio, la sua decisione. Tuttavia, qualificare tale vicenda come uno “scontro” tra le due Corti può apparire eccessivamente semplificatorio, dovendosi parlare al più di un (aspro) confronto, probabilmente necessario, teso a raggiungere un equilibrio (o un’armonia) tra i «vecchi e i nuovi diritti umani d’Europa»<sup>180</sup>.



---

l'A. afferma che «è (...) certo che le implicazioni della sentenza potrebbero andare aldilà del caso ungherese, e riguardare anche altri paesi che avessero adottato soluzioni simili».

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> La felice espressione è di X. Groussot-E. Gill-Pedro, *Old and new human rights in Europe. The scope of EU rights versus that of ECHR rights*, in E. Brems-J. Gerards (a cura di), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights*, Cambridge 2014, 232 ss.