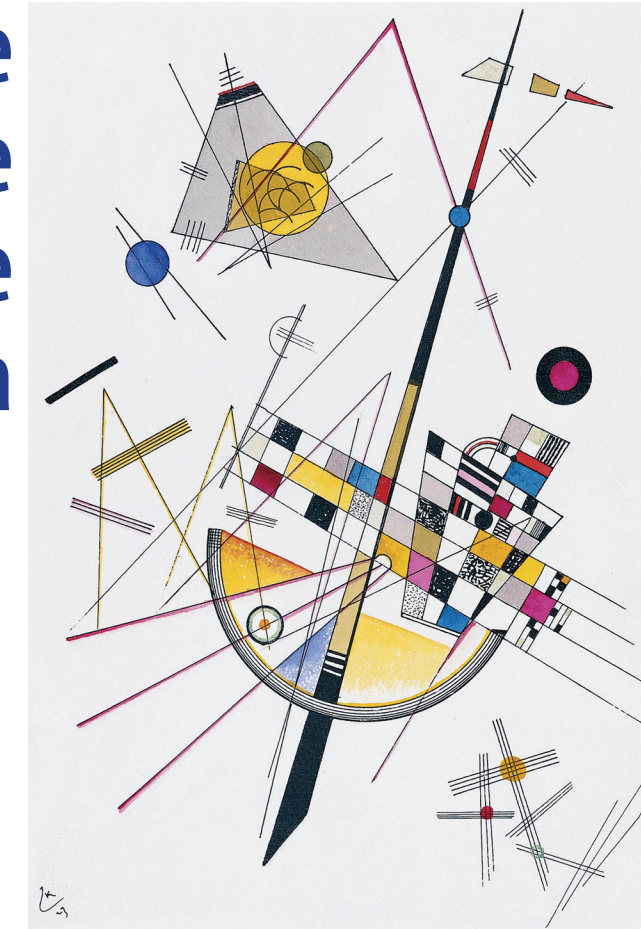


COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

42

DANIELA VITIELLO

Le frontiere esterne dell'Unione europea



D. VITIELLO Le frontiere esterne dell'Unione europea

D. VITIELLO

ISBN 978-88-6611-957-9



9 788866 119579

€ 36,00



CACUCCI EDITORE
BARI

Questo volume è stato realizzato con il contributo economico del Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici (DISTU) dell'Università della Tuscia, tratto dai fondi del Progetto di eccellenza 2018-2022.

L'opera di copertina "Tensione delicata" – Wassily Kandinsky – 1923, acquarello e inchiostro su carta dimensioni 46 x 27 cm. "Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía", Madrid.

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

— 42 —

DANIELA VITIELLO

LE FRONTIERE ESTERNE
DELL'UNIONE EUROPEA



CACUCCI
EDITORE
2020

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

**Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano**

Comitato scientifico

**Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois,
Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci,
Bruno Nascimbene, Guido Raimondi, Lucia Serena Rossi, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro,
Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghi**

Comitato di redazione: Ivan Ingravallo (coordinatore), Francesco Cherubini, Valeria Di Comite, Micaela Falcone, Teresa Maria Moschetta, Giuseppe Morgese, Egeria Nalin, Ilaria Ottaviano, Angela Maria Romito, Gianpaolo Maria Ruotolo, Roberto Virzo

Comitato dei referees: Pia Acconci, Roberto Adam, Chiara Amalfitano, Amedeo Arena, Roberto Baratta, Maria Eugenia Bartoloni, Maria Caterina Baruffi, Francesco Bestagno, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico, Susana Cafaro, Cristina Campiglio, Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Bernardo Cortese, Antonella Damato, Carmela Decaro, Patrizia De Pasquale, Marcello Di Filippo, Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Davide Diverio, Ugo Draetta, Fabio Ferraro, Pietro Gargiulo, Italo Garzia, Edoardo Greppi, Massimo Iovane, Simone Marinai, Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Gerardo Martino, Maria Rosaria Mauro, Francesco Moliterni, Luciano Monzali, Paola Mori, Francesco Munari, Lorenzo Federico Pace, Lina Panella, Franca Papa, Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Emanuela Pistoia, Francesco Rossi Dal Pozzo, Andrea Santini, Girolamo Strozzi, Marisa Tufano, Chiara Enrica Tuo, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti, Alessandra Zanobetti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore - Bari

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Introduzione	1
--------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA GESTIONE INTEGRATA DELLE FRONTIERE ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

1. La gestione integrata delle frontiere esterne: le dimensioni dell'efficienza e della sicurezza	11
2. Le frontiere esterne come strumento d'integrazione	13
2.1 L'integrazione amministrativa delle frontiere esterne al servizio della libertà di circolazione	17
2.2 La "geometria variabile" delle frontiere	18
2.3 Un controllo di frontiera basato su quattro livelli di accesso	21
2.4 Un organismo tecnico per la gestione integrata delle frontiere	23
2.5 L'esternalizzazione delle frontiere marittime	28
3. Le frontiere esterne come filtro-barriera	29
3.1 Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia come area di inclusione	32
3.2 La "geometria variabile" delle competenze	37
3.3 L'atipicità dell'azione di Frontex come strumento di <i>policy</i>	43
3.4 La proiezione esterna del controllo tramite Eurosur	45
3.5 I limiti della cooperazione in materia di ricerca e soccorso	47
4. Le frontiere esterne come strumento di gestione delle crisi	51
4.1 L'approccio "olistico" alla sicurezza	54
4.2 Una nuova base giuridica per la "nuova" Frontex	56
4.3 Il paradigma dell'interoperabilità "avanzata"	59
4.4 Il principio di condivisione delle responsabilità	63

4.5	Una veste giuridica per il concetto di “gestione integrata” delle frontiere	65
5.	Le frontiere esterne come avamposto della “sovranità europea”	67
5.1	La creazione di un corpo permanente di guardie di frontiera	69
5.2	Il coordinamento dei livelli di governo delle frontiere esterne	71
5.3	La fusione delle procedure di asilo e rimpatrio nella procedura di frontiera	72
5.4	L’attuazione dei confini “intelligenti”	77
5.5	L’ipertrofia degli strumenti finanziari e di <i>burden-shifting</i>	81
6.	Il futuro della gestione integrata delle frontiere esterne: una sfida alla sovranità nazionale?	84
7.	Le frontiere esterne come confini di una “comunità di diritto”	88

CAPITOLO SECONDO

L’AGENZIA FRONTEX QUALE ENTE GESTORE
DELLE FRONTIERE ESTERNE

1.	La collocazione dell’agenzia Frontex nel sistema esecutivo dell’Unione: rilievi introduttivi e struttura dell’analisi	93
2.	Il mandato di Frontex tra continuità e discontinuità: le riforme dello statuto	97
3.	Gli elementi di discontinuità “strutturale” nel regolamento 2019/1896	102
3.1	Il funzionamento del ciclo politico per la gestione delle frontiere esterne	103
3.2	La procedimentalizzazione della cooperazione	105
3.3	La composizione, le funzioni e lo statuto giuridico del corpo permanente	107
4.	Gli elementi di discontinuità “funzionale” nel nuovo mandato operativo	111
4.1	La cooperazione con gli Stati membri	113
4.2	La dimensione esterna del mandato operativo	115
4.3	L’evoluzione della disciplina degli accordi di lavoro	117
5.	La sostanziale continuità “funzionale” delle attività di regolazione	121
5.1	<i>Regulation by information</i>	122
5.2	Analisi dei rischi e produzione di certezza scientifica	125
5.3	Condivisione delle informazioni e coordinamento delle reti	128
5.4	Un linguaggio operativo comune come <i>koinè</i> amministrativa transnazionale	131
5.5	I compiti di ricerca e sviluppo	133

6. La riforma dei meccanismi di monitoraggio	135
6.1 I poteri del Consiglio e di Frontex nell'ambito del meccanismo di " <i>crisis prevention</i> "	138
6.2 Luci e ombre nel rafforzamento delle funzioni di monitoraggio	141
7. Frontex nel panorama delle agenzie europee	143
7.1 Frontex come strumento di decentramento	147
7.2 Frontex come agenzia della sicurezza	152
7.3 La specificità delle agenzie della sicurezza nella prospettiva del controllo	156
8. Il ruolo di Frontex nella cooperazione inter-agenzia	159
8.1 Frontex nella gestione degli <i>hotspots</i> e nelle attività di guardia costiera	163
8.2 Frontex e la cooperazione a fini di sicurezza e difesa	168
9. Il bilanciamento tra autonomia e controllo nelle attività di Frontex	173
9.1 L'autonomia di tipo funzionale, finanziario e organico	174
9.2 L'indipendenza e il potenziamento degli organi interni di garanzia	178
9.3 L'autonomia oltre il mandato: i poteri "di fatto"	181
9.4 I limiti applicativi del controllo di legittimità sugli atti	185
9.5 Il controllo di legalità in sede amministrativa e contabile	189
9.6 Il controllo politico e democratico	193
10. Un primo bilancio della riforma di Frontex: verso una amministrazione europea integrata di tipo nuovo?	196

CAPITOLO TERZO

LE RICADUTE DELLA COOPERAZIONE ALLE FRONTIERE EUROPEE SULLA TUTELA DELL'INDIVIDUO

1. La tutela dell'individuo alle frontiere esterne tra effettività e limiti	201
2. Gli ostacoli alla tutela dell'individuo legati all'ambito spaziale della cooperazione: la negazione dei diritti attraverso l'esternalizzazione	204
2.1 I limiti della tutela nelle attività extraterritoriali	210
2.2 Quale tutela nelle ipotesi di esternalizzazione "avanzata"?	214
2.3 Gli effetti giuridici dell'esternalizzazione sul diritto d'asilo: il caso dei visti	217
2.4 L'accesso all'asilo tra Carta e CEDU: i limiti dell'approccio "integrazionista"	221

3. (Segue) L'affievolimento dei diritti nello spazio frontaliero	225
3.1 Margine di apprezzamento e proceduralizzazione del divieto di espulsioni collettive	228
3.2 La tutela nelle procedure "composte": le sfide dell'approccio <i>hotspot</i>	234
3.3 La discrezionalità statale nelle procedure accelerate	236
3.4 Le procedure di frontiera: panacea o chimera?	241
3.5 Un doppio <i>standard</i> in materia di difesa e accesso al giudice	244
3.6 Pluralismo delle fonti e frammentazione della tutela: il caso degli stranieri "inespellibili"	249
4. Gli ostacoli alla tutela dell'individuo legati al carattere pluriordinamentale della cooperazione	254
4.1 La cornice di diritto internazionale generale applicabile al riparto delle responsabilità nelle attività operative	258
4.2 Le responsabilità dell'Unione per il supporto operativo fornito da Frontex	265
4.3 Il regime della responsabilità internazionale e la "specificità" europea	267
4.4 La (con)divisione delle responsabilità statali in base alla CEDU	269
4.5 La giurisprudenza di Strasburgo in materia di giurisdizione: <i>i)</i> il paradigma "personale"	273
4.6 (Segue) <i>ii)</i> il paradigma "funzionale"	277
4.7 Considerazioni su complicità e obblighi positivi	281
5. Gli strumenti azionabili in caso di violazione dei diritti fondamentali da parte di Frontex: il ricorso per responsabilità extracontrattuale	286
5.1 L'individuazione della giurisdizione competente	289
5.2 Le condizioni sostanziali per il sorgere della responsabilità	294
5.3 Un rimedio effettivo per la violazione dei diritti fondamentali?	299
5.4 (Segue) L'(in)adeguatezza dei rimedi amministrativi "interni"	302
5.5 Il meccanismo di denuncia	303
5.6 Il sistema di " <i>serious incident reporting</i> "	307
6. Gli ostacoli alla tutela dell'individuo legati al <i>modus operandi</i> di Frontex	310
6.1 Gli elementi ricorrenti nella prassi applicativa: <i>i)</i> in materia di rimpatrio	314
6.2 (Segue) <i>ii)</i> in materia di pattugliamento delle frontiere esterne	318

6.3 (Segue) <i>iii</i>) relativa alle attività dispiagate sul territorio dei Paesi terzi	326
7. Gestire le frontiere per governare la mobilità umana: quali conseguenze per l'effettività della tutela individuale?	329

CONCLUSIONI

1. La frontiera come spazio di cooperazione inter-amministrativa	336
2. Le potenzialità della riforma di Frontex sotto il profilo istituzionale	339
3. L'evanescenza dei diritti "di frontiera": la sfida del presente	342
Bibliografia	347

INTRODUZIONE

L'Unione europea è un'organizzazione internazionale segnata dal perdurare di una profonda crisi istituzionale e dal primo recesso di uno Stato membro. Questa crisi è inestricabilmente legata al fallimento delle politiche europee di immigrazione e asilo nel governo della mobilità umana attraverso le frontiere¹. Per la prima volta dopo la caduta del Muro di Berlino, l'Europa della libertà di circolazione pullula di recinzioni e barriere, pensate per filtrare o bloccare la presunta "migrazione incontrollata", ma di fatto limitative delle libertà degli stessi cittadini europei. Le ricadute giuridiche sui principi cardine del processo di integrazione sono evidenti: la leale cooperazione, la solidarietà interstatale, la fiducia reciproca e la stessa rappresentazione dell'Unione come "comunità di diritto" cigolano sotto il peso dei processi in atto. La fortificazione delle frontiere esterne comuni diviene l'ultimo scudo di quest'Europa in crisi: uno scudo che protegge i sovrani confini nazionali trasformandoli in confini europei e, in questo modo, riguadagna terreno al processo di integrazione.

La *pax europaea*, garantita proprio da tale processo, continua dunque a confrontarsi con il delicato rapporto tra le frontiere e la sovranità nazionale: un rapporto complicato dalla natura dell'Unione di "ordinamento giuridico di nuovo genere"². In quanto organizzazione internazionale, l'Unione non è un ente originario, dotato di un territorio e di un apparato coercitivo per controllarlo. Pertanto, l'ambito di applicazione territoriale del diritto dell'Unione non è predeterminato dai Trattati³, ma dipende dall'estensione del territorio

¹ R. BYRNE, G. NOLL, J. VEDSTED-HANSEN, *Understanding the Crisis of Refugee Law: Legal Scholarship and the EU Asylum System*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, p. 1 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, punto 13.

³ Come noto, ai sensi degli articoli 52 TUE e 355 TFUE, l'ambito di applicazione territoriale del Trattato di Lisbona è accessorio al territorio degli Stati membri. Su tale questione si è altresì pronunciata la Corte di giustizia in numerose sentenze. Cfr., ad es., le sentenze del 29 marzo 2007, causa C-111/05, *Aktiebolaget NN*,

su cui gli Stati membri esercitano la propria giurisdizione⁴. In quanto ordinamento giuridico dotato di autonomia ed effettività, la cornice istituzionale e, in sostanza, costituzionale dell'Unione le consente di godere di alcune prerogative tipicamente associate alla sovranità nazionale. La gestione delle frontiere esterne rientra tra queste prerogative, rappresentando una delle forme più avanzate di integrazione amministrativa a livello regionale, capace di incidere sulla dogmatica delle frontiere come presidio fisico della sovranità⁵.

La cooperazione europea nella gestione delle frontiere esterne comuni costituisce, dunque, un laboratorio privilegiato per lo studio dei fenomeni giuridici che attengono al rapporto tra le frontiere e la sovranità. La sua istituzione è riconducibile a una tendenza più generale nel diritto internazionale contemporaneo: il proliferare di forme di co-gestione dello spazio che, nel rispondere alle sfide transnazionali legate alla mobilità umana, condizionano la nozione giuspositivistica di confine⁶. Da linea statica di demarcazione della sovranità

EU:C:2007:195; del 15 dicembre 2015, cause riunite da C-132 a 136/14, *Parlamento c. Consiglio*, EU:C:2015:813; del 4 maggio 2017, C-17/16, *El Dakkak e Intercontinental*, EU:C:2017:341. In argomento, J. ZILLER, *The European Union and the Territorial Scope of European Territories*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2007, p. 51 ss.; F. SPITALERI, *Commento dell'art. 52 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2014, Milano, p. 348 ss.

⁴ A tal proposito, l'art. 77, par. 4, TFUE riconosce la competenza esclusiva degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, in base al diritto internazionale. Sul punto v. la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2020, causa C-457/18, *Slovenia c. Croazia* (GS), EU:C:2020:65, punto 105. Per un'ampia riflessione sulla nozione di confine e di frontiera esterna in rapporto all'ambito di applicazione territoriale del diritto dell'Unione, cfr. G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

⁵ Su tale dogmatica giuridica, per tutti, A.B. MURPHY, *The Sovereign State System as a Political-territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations*, in T. BIERSTECKER, C. WEBER (eds.), *State Sovereignty as a Social Construct*, Cambridge, 1996, p. 97 ss. Sul rapporto tra sovranità e giurisdizione cfr. la celebre sentenza della Corte permanente di giustizia internazionale del 7 settembre 1927 nel caso *S.S. Lotus (Francia c. Turchia)*, p. 19: "[State's] title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty". Più in generale, E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020.

⁶ Tale è ad esempio l'approccio sotteso ai patti globali sulle migrazioni e i rifugiati, adottati sotto l'egida dell'ONU nel dicembre 2018. Cfr. *Global Compact on Refugees*, UN Doc. A/73/12(2018); *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, UN Doc. A/RES/73/195(2018). Su tali strumenti cfr. C. CARLETTI, M. BORRACCETTI, *Il Global Compact sulla migrazione tra scenari internazionali e realtà europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2018, n. 2, p. 7 ss.; W. KÄLIN, *The Global Compact on Migration: A Ray of Hope for Disaster-Displaced Persons*, in *International Journal of Refugee Law*, 2018, p. 664 ss.; A. BUFALINI, *The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its Contribution*

statale⁷, la frontiera europea “integrata”⁸ diviene una nozione giuridica sempre più elastica, connotandosi come spazio polifunzionale di cooperazione, con spiccata capacità “escludente” e di proiezione esterna⁹. Il perimetro di questo spazio è determinato dalla continuità del controllo, che conduce alla saldatura delle politiche volte a preservare la sicurezza interna con quelle della difesa¹⁰. Il controllo si esercita all’interno di “zone frontaliere” che non si trovano necessariamente ai confini marittimi, terrestri e aerei dell’Unione europea, ma anche nel territorio degli Stati membri¹¹ e dei Paesi terzi di transito, oltre che a largo delle loro coste. Le frontiere “esterne” dell’Unione, quindi, divengono frontiere “interne” di un sistema frontaliero “diffuso” ed “esternalizzato”¹².

In questo modo, la frontiera europea “integrata” svolge una funzione al medesimo tempo descrittiva e prescrittiva. Per un verso, designa il modo di essere della *fiction iuris* delle frontiere esterne europee, legata alla “geometria variabile” della cooperazione Schengen. Per altro verso, si concretizza in rapporti istituzionali e pratiche di cooperazione che incidono sul bilanciamento tra le istanze di protezione dei diritti fondamentali e quelle di difesa dei confini. Pertanto, l’istituzione del “sistema integrato di gestione delle frontiere

to *International Migration Law?*, in *Questions of International Law*, 2019, p. 5 ss.; J. MCADAM, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, in *International Legal Materials*, 2019, p. 160 ss.

⁷ Parafrasando il giudice Huber della Corte permanente di arbitrato, nella celebre decisione del 4 aprile 1928 nel caso *Island of Palmas (Paesi Bassi c. Stati Uniti)*, p. 838: “[s]overeignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State”.

⁸ Su tale concetto giuridico cfr. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell’Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Atti del XIV Convegno SIDI*, Napoli, 2010, p. 403 ss. Sulle diverse conseguenze istituzionali dello sviluppo della nozione di frontiera europea integrata nel contesto dell’Unione e in quello di Stati federali, come gli Stati Uniti, v. *infra*, Capitolo II, par. 8.

⁹ Sulla capacità “escludente” dei confini nazionali cfr. per tutti G. NOIRIEL, *La tyrannie du National, le droit d’asile en Europe (1793-1993)*, Paris, 1991. Sull’impatto di tale capacità sulle relazioni internazionali, cfr. A. RICCARDI, T. NATOLI (eds.) *Borders, Legal Spaces and Territories in Contemporary International Law. Within and Beyond*, Cham, 2019.

¹⁰ Sull’impatto della “diffusione” del controllo sulla protezione internazionale v. D.S. FITZGERALD, *Refuge beyond Reach. How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, Oxford, 2019.

¹¹ Si pensi ai c.d. “punti di crisi” (*hotspots*) istituiti in territorio italiano e greco nel 2015. Sul punto v. *infra*, Capitolo II, par. 8.1.

¹² E. GUILD, *Interrogating Europe’s Borders: Reflections from an Academic Career, Farewell speech delivered by Prof. Elspeth Guild, Professor of European Migration Law at Radboud University’s Faculty of Law, on Friday 6 September 2019*, Nijmegen, 2019.

esterne” dell’Unione trasforma il rapporto tra la frontiera e lo spazio che essa racchiude¹³, concorrendo a delineare in termini concettualmente autonomi la nozione di “territorio dell’Unione”¹⁴, intesa non alla stregua di un territorio federale¹⁵, ma come realtà istituzionale “considerata nel suo complesso”¹⁶.

Un ruolo di primo piano in questo processo è svolto dall’Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera: Frontex¹⁷. Attraverso uno strumentario tecnico e operativo orientato all’anticipazione dei rischi per la sicurezza europea e alla repressione delle minacce esterne, Frontex ha contribuito alla saldatura tra la gestione delle frontiere esterne e la gestione dei flussi migratori verso l’Unione. Tale saldatura è stata realizzata attraverso forme di cooperazione inter-amministrativa che traslano alle frontiere esterne il controllo della mobilità umana normalmente svolto nel territorio statale. L’ultima riforma di Frontex¹⁸, entrata in vigore nel dicembre 2019, realizza un salto di qualità, portando a compimento l’originario progetto della Commissione europea: istituire una polizia di frontiera come struttura quasi-federale, con poteri esecutivi esercitati in stretto coordinamento con le amministrazioni nazionali, per mezzo di un’Agenzia che risponde del proprio operato alle istituzioni dell’Unione.

La riforma realizza un processo di “verticalizzazione”¹⁹ delle frontiere esterne, che passa attraverso quella che le istituzioni europee hanno defi-

¹³ Sul peculiare rapporto tra le frontiere esterne e lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) v. da ultimo la nota della Presidenza del Consiglio al Coreper del 14 febbraio 2020, *Strategic Guidelines in the Field of Justice and Home Affairs*, doc. 6030/20 LIMITE, par. 11 ss.; v. altresì la nota della Presidenza al Consiglio del 4 marzo 2020, *Statement on the Situation at the EU’s External Borders*, doc. 6529/20 LIMITE.

¹⁴ Sentenze della Corte di giustizia dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambra- no* (GS), EU:C:2011:124, punto 44; del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, EU:C:2011:277, punto 50.

¹⁵ Cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Pikamäe dell’11 dicembre 2019, causa C-457/18, *Slovenia c. Croazia*, EU:C:2019:1067, punto 110.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *De- reci e al.* (GS), EU:C:2011:734, punto 66.

¹⁷ Come noto, a partire dalla riforma del regolamento istitutivo del 2016, Frontex è stata rinominata “Agenzia della guardia di frontiera e costiera europea” (cfr. il regolamento (UE) 2016/1624 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2016, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga il regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio e la decisione 2005/267/CE, nel prosieguo: “regolamento Frontex 2016”). Tuttavia, per semplicità, nel testo viene mantenuta la denominazione originaria dell’Agenzia. Questo approccio, peraltro, è seguito dalla stessa Agenzia e dalle istituzioni europee, come si evince dai siti *web* istituzionali.

¹⁸ Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624 (“regolamento Frontex 2019”).

¹⁹ Il termine verticalizzazione, in relazione all’amministrazione delle frontiere esterne dell’Unione, viene utilizzato per indicare l’espansione della dimensione ese-

nito la “europeizzazione” della politica di gestione delle frontiere²⁰. Le sue ricadute sulle altre politiche dello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia (SLSG), sui rapporti tra l’Unione e gli Stati membri in materia di attuazione del diritto dell’Unione, e sulla tutela degli individui, sono oggetto dell’indagine svolta in questo volume. L’analisi si snoda lungo tre direttrici: la prima contestualizza la verticalizzazione delle frontiere esterne all’interno della cornice dello SLSG; la seconda prende in considerazione l’ultima riforma di Frontex da una prospettiva istituzionale e della cooperazione inter-amministrativa; la terza investiga l’impatto della cooperazione nello “spazio frontaliere” (e oltre) sull’effettività dei diritti fondamentali e umani²¹.

Nell’ambito della prima direttrice, si ricostruisce, anzitutto, l’evoluzione della cornice giuridica entro la quale si sviluppa la politica di gestione integrata del confine. L’obiettivo è identificare i tratti teleologico-funzionali del passaggio dalla “messa in comune” alla completa verticalizzazione delle frontiere, nonché la loro incidenza sulla coerenza interna dello SLSG e sulla *rule of law* europea. L’analisi riconduce l’evoluzione della politica di gestione integrata delle frontiere a due dimensioni di sviluppo: efficienza e sicurezza. La dialettica tra queste dimensioni è il filo rosso che lega le diverse fasi del sistema di gestione integrata²². Essa influenza la disciplina contenuta

cutiva della politica di gestione integrata delle frontiere europee, con il trasferimento al livello sovranazionale di compiti tipici del sovrano territoriale. Da questo punto di vista, il processo di verticalizzazione delle frontiere esterne si inserisce in una più ampia dinamica di attrazione al livello sovranazionale della funzione di attuazione del diritto dell’Unione, che vede protagoniste le agenzie europee. Su questi temi si rinvia a M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (eds.), *Law Enforcement by EU Authorities. Implications for Political and Judicial Accountability*, Cheltenham, 2017.

²⁰ L’espressione “europeizzazione” delle frontiere esterne è stata utilizzata, tra l’altro, dal Parlamento europeo e dal Comitato delle regioni. Cfr. la nota tematica 06/2017 del Parlamento europeo sulla gestione integrata delle frontiere esterne, ove si afferma che “[l]e sfide connesse all’aumento dei flussi migratori misti nell’UE e le aumentate preoccupazioni in materia di sicurezza hanno dato il via a una nuova fase di attività, con uno spostamento verso un maggiore supporto operativo diretto e l’europeizzazione della politica di gestione delle frontiere”. V. altresì il parere del Comitato delle regioni 2014/C 114/15, *Pacchetto frontiere intelligenti*.

²¹ L’espressione “diritti fondamentali e umani” è utilizzata per sottolineare che l’analisi non si limita ai profili di diritto dell’Unione, ma tiene conto della dimensione internazionale della tutela dei diritti, in particolare in ambito CEDU.

²² Cfr. in tal senso le conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001, doc. SN 300/1/01 REV 1, che rinviano alla risoluzione 1373 del Consiglio di sicurezza ONU del 28 settembre 2001, UN doc. S/RES/1373(2001), par. 1, lett. g), sulla prevenzione del terrorismo internazionale. V. altresì il documento di lavoro della Commissione, del 5 dicembre 2001, La relazione tra la salvaguardia della sicurezza interna ed il rispetto degli obblighi e strumenti internazionali in materia di protezione, COM(2001)743 def., p. 6. Sulla “persistenza” di tale dialettica cfr., ad es., la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2010, Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei. Piano d’azione per l’attuazione del

nel codice frontiere Schengen²³ e incide altresì sulle componenti finanziaria²⁴ e operativa²⁵ della cooperazione, riflettendo le tensioni di fondo che attraversano lo SLSCG.

La seconda direttrice d'analisi approfondisce il ruolo dell'agenzia Frontex nella gestione delle frontiere esterne, offrendo una chiave interpretativa del suo rafforzamento come strumento di governo di tali tensioni. L'indagine mira a individuare gli elementi di specificità di Frontex quale figura organizzativa complessa e stratificata, la cui azione è in grado di produrre conseguenze giuridiche nei rapporti tra le istituzioni europee e gli Stati membri, ma anche di incidere sull'azione esterna dell'Unione²⁶. In quest'ottica, l'istituzione di Frontex è frutto di una mediazione tra l'interesse statale alla preservazione del controllo sui confini nazionali e quello dell'Unione a una gestione efficiente delle frontiere europee. La sua espansione funzionale, invece, sfugge (almeno in parte) a tale dinamica, essendo legata allo sviluppo di prassi cooperative basate sull'informalità e su strumenti atipici di *standard setting*, che sfidano i limiti "costituzionali" del processo di "agenzificazione" in atto nello spazio amministrativo europeo²⁷.

Il potenziamento di Frontex viene esaminato alla luce di queste premesse, guardando, in particolare, al suo contributo allo sviluppo di forme di "enforcement condiviso"²⁸ nel settore dell'immigrazione e dell'asilo. A tal fine, l'analisi s'incentra sulle novità introdotte dal regolamento 2019/1896, con specifico riguardo a due aspetti. Da un lato, la capacità delle tecniche di coor-

programma di Stoccolma, COM(2010)171 def./2. In argomento, C. COSTELLO, *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, 2016, p. 20 ss.

²³ V. *infra*, Capitolo I, par. 2.5.

²⁴ Ivi, par. 5.5.

²⁵ Ivi, paragrafi 3.4, 4.3, 5.4.

²⁶ Sul tema v. A. OTT, E. VOS, F. COMAN-KUND, *European Agencies on the Global Scene: EU and International Law Perspectives*, in M. EVERSON, C. MONDA, E. VOS (eds.), *European Agencies in Between Institutions and Member States*, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 87 ss.

²⁷ In tal senso, l'analisi s'inserisce nella letteratura sulla c.d. "agenzificazione", per una ricognizione della quale si rinvia a M. EGEBERG, J. TRONDAL, *Researching European Union Agencies: What Have We Learnt (and Where Do We Go from Here)?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2017, p. 675 ss. Sui limiti costituzionali di tale processo, si veda *ex multis* H.C.H. HOFMANN, A. MORINI, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through "Agencification"*, in *European Law Review*, 2012, p. 419 ss.; M. CHAMON, *EU Agencies. Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford, 2016; M. EVERSON, E. VOS, *European Agencies: What about the Institutional Balance?*, in S. BLOCKMANS, A. LAZOWSKI (eds.), *Research Handbook EU Institutional Law*, Cheltenham, 2016, p. 139 ss.

²⁸ Su tale nozione e sui suoi effetti si rinvia agli articoli contenuti nella *special issue* diretta da E. THOMANN, F. SAGER, *Moving Beyond Legal Compliance: Innovative Approaches to EU Multilevel Implementation*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1253 ss.

dinamento informale di esplicitare un'influenza decisiva sulla fase implementativa gestita dalle autorità nazionali. Dall'altro, quella dei poteri esecutivi attribuiti al corpo permanente di guardie di frontiera di contribuire all'attuazione diretta del diritto dell'Unione. L'indagine su questi aspetti consente di collocare la nuova *governance* delle frontiere esterne nella cornice delle forme di "amministrazione europea integrata"²⁹ caratterizzate dall'espandersi della funzione esecutiva del livello sovranazionale³⁰.

La funzione di attuazione del diritto dell'Unione, pertanto, viene affrancata dell'impostazione stato-centrica alla base del "federalismo esecutivo europeo"³¹ ed esaminata a partire dallo studio delle tecniche di cooperazione inter-amministrativa multilivello su cui si fonda³². L'obiettivo è valutare se, e in che misura, l'espansione funzionale del mandato dell'agenzia Frontex, e il contestuale ripensamento dei rapporti tra i livelli di governo delle frontiere, possano condurre a un'amministrazione europea di tipo nuovo. Un'amministrazione in grado di colmare (almeno in parte) lo iato tra un'integrazione sempre più avanzata e uno strumentario dei controlli politici, amministrativi e giurisdizionali ancora frammentato e carente³³.

²⁹ Sul concetto di amministrazione europea integrata v. per tutti H.C.H. HOFFMANN, A.H. TÜRK, *Conclusions: Europe's Integrated Administration*, in H.C.H. HOFFMANN, A.H. TÜRK (eds.), *EU Administrative Governance*, Cheltenham, 2006, p. 573 ss.; J. TRONDAL, *An Emergent European Executive Order*, Oxford, 2010.

³⁰ Cfr. *ex multis* R. JOOSEN, G.J. BRANDSMA, *Transnational Executive Bodies: EU Policy Implementation between the EU and Member State Level*, in *Public Administration*, 2017, p. 423 ss.; M. SCHOLTEN, *Mind the Trend! Enforcement of EU Law Has Been Moving to "Brussels"*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1348 ss.

³¹ Cfr. per tutti, R. SCHÜTZE, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1385 ss.

³² Su tale impostazione metodologica, che è largamente condivisa tra gli studiosi del sistema esecutivo dell'Unione, cfr. E.G. HEIDBREDER, *Strategies in Multilevel Policy Implementation: Moving Beyond the Limited Focus on Compliance*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1367 ss. Per alcune applicazioni settoriali della stessa cfr. M. SCHOLTEN, A. OTTOW, *Institutional Design of Enforcement in the EU: The Case of Financial Markets*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 80 ss.; T. JEVNAKER, *Pushing Administrative EU Integration: The Path towards European Network Codes For Electricity*, in *Journal of European Public Policy*, 2015, p. 927 ss.; F. CACCIATORE, M. ELIANTONIO, *Enforcement condiviso in contesti multilivello. Italia e Unione Europea nella Politica comune della pesca*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 125 ss.

³³ Sul bilanciamento tra autonomia e controllo cfr. *ex multis* M. GROENLEER, *The Autonomy of European Union Agencies. A Comparative Study of Institutional Development*, Delft, 2009; E.M. BUSUIOC, *European Agencies: Law and Practices of Accountability*, Oxford, 2013; M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Leiden, 2014; M. BUSS, *Accountable and Under Control? Explaining Governments' Selection of Management Board Representatives*, in *Journal of Common Market Studies*, 2015, p. 493 ss.; E. VOS, *EU Agencies and Independence*, in D. RITLENG (ed.), *Independence and Legitimacy in the Institutional System of the European Union*, Oxford, 2016, p. 206 ss.

L'inquadramento del ruolo di Frontex nel sistema esecutivo dell'Unione e nei rapporti con gli altri soggetti istituzionali coinvolti nelle sue attività è prodromico allo studio delle ricadute della cooperazione alle frontiere europee sulla tutela dell'individuo. Tale studio è l'oggetto della terza direttrice d'analisi, in cui il processo di verticalizzazione delle frontiere viene letto attraverso il prisma dell'effettività della tutela individuale. Tre tipologie di ostacoli alla tutela effettiva dei diritti vengono considerate: quelli riconducibili all'ambito spaziale della cooperazione, quelli ascrivibili al carattere pluriordinamentale della stessa e, infine, quelli che dipendono dal *modus operandi* di Frontex.

Per quel che riguarda i primi, vengono in rilievo le pratiche di esternalizzazione delle frontiere esterne, che si fondano sulla disgiunzione dell'ambito fisico di esercizio della potestà d'imperio da quello giuridico di applicazione del diritto. La natura dell'Unione quale ordinamento autonomo, che però non gode di una propria giurisdizione territoriale ma opera nei limiti delle competenze attribuite, è uno degli ostacoli a un'efficace azione di contrasto di tali pratiche³⁴. Infatti, la tutela dei diritti fondamentali, che l'Unione garantisce mediante un sistema giurisdizionale integrato che ha il proprio fulcro nella Corte di giustizia, è accessibile extraterritorialmente solo per quelle attività che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Inoltre, l'affievolimento degli obblighi statali di *due process* viene in evidenza nelle attività amministrative territoriali che presentano un nesso giuridico con la gestione delle frontiere. L'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dal diritto dell'Unione alle autorità nazionali, nel governo delle frontiere³⁵, consente di attrarre gli individui che le attraversano in un regime giuridico speciale, caratterizzato da una tutela "attenuata"³⁶. Naturalmente, tale discrezionalità non pone l'azione degli Stati membri al di fuori del "cono d'ombra" del diritto dell'Unione, né affievolisce l'obbligo in capo ad essi di garantirne l'effetti-

³⁴ La "riscoperta" del metodo intergovernativo come modalità tipica di avanzamento del processo di integrazione europea, unita all'approccio formalistico della Corte di giustizia alle fattispecie che presentano una dimensione extra-europea, rappresentano altrettanti ostacoli. Su tali profili, cfr. rispettivamente E. PISTOIA, *La scelta di Meseberg. Brevi note sulla rinuncia ad assorbire il MES nel quadro giuridico-istituzionale dell'Unione*, in *I post di AISDUE*, 2020, p. 101 ss.; conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU, X. e X. c. *Belgio*, EU:C:2017:93, punto 63.

³⁵ Come noto, infatti, il margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri nel disciplinare la condizione giuridica dei cittadini dei Paesi terzi alle frontiere non è predeterminato dai Trattati o dal diritto derivato applicabile, alla stregua delle limitazioni alle libertà fondamentali di cui godono i cittadini europei. Si pensi alle procedure accelerate di accertamento degli *status* di protezione internazionale, rispetto alle quali gli Stati membri godono di un ampio margine di discrezionalità, sia in relazione alla possibilità di prevederle, sia in ordine alla loro disciplina, mentre la normativa sovranazionale si limita a imporre uno *standard* minimo di tutela non derogabile *in peius*. Si rinvia al Capitolo III, par. 3.3.

³⁶ Ivi, paragrafi 1 e 3.

vità³⁷, ogni qual volta applicano le norme sovranazionali³⁸. Tuttavia, consente al sovrano territoriale di introdurre (a monte) deroghe all'esercizio dei diritti di cui l'individuo gode formalmente nella fase di accesso e allontanamento dal territorio statale, ovvero di riconoscere (a valle) alle pubbliche amministrazioni il potere di depotenziare le garanzie di giusto procedimento, sulla base della precarietà della condizione giuridica dello straniero "alle frontiere". La tutela, pertanto, tende a variare in misura inversamente proporzionale all'attacco dello straniero al territorio statale, secondo un approccio che rischia di confliggere con la costruzione dello SLSSG come area di inclusione³⁹.

A questi ostacoli, che incidono sui rimedi accessibili e sull'estensione della protezione, si aggiungono quelli legati al carattere pluriordinamentale della cooperazione. Le forme di *enforcement* condiviso, infatti, sono caratterizzate dalla segmentazione delle attività operative tra una moltitudine di enti, appartenenti a ordinamenti giuridici diversi e autonomi, ancorché integrati. Garantire la tutela giurisdizionale effettiva ai destinatari dell'azione amministrativa multilivello è un esercizio complicato, in generale, dai limiti intrinseci del sindacato giurisdizionale sulle c.d. "procedure composte"⁴⁰ e, in particolare, dall'opacità del riparto delle responsabilità nella gestione delle frontiere esterne.

Al fine di considerare il potenziale impatto della riforma di Frontex su tali aspetti, l'analisi muove da un inquadramento della "cooperazione operativa"⁴¹ alle frontiere esterne dal punto di vista della responsabilità internazionale de-

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj* (GS), EU:C:2012:233, punti 78-80.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e M.E.* (GS), EU:C:2011:865, punti 64 ss.

³⁹ Sul *telos* dello SLSSG come area di inclusione v. Capitolo I, par. 3.1.

⁴⁰ Si tratta, come noto, di procedure amministrative volte a dare attuazione al diritto dell'Unione mediante lo svolgimento di funzioni distinte ma interdipendenti da parte delle autorità di diversi Stati membri (c.d. procedure orizzontali) o delle autorità degli Stati membri e dell'Unione (c.d. procedure verticali). Su tale definizione, cfr. il codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea, art. I-4, paragrafi 4 e 5, e le relative spiegazioni. Sul codice cfr. E. TRIGGIANI, *La codificazione nell'Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 557 ss.

⁴¹ Con l'espressione "cooperazione operativa" s'intende l'attività volta a "conferire funzionalità a sistemi amministrativi caratterizzati da un'elevata complessità" (in tal senso, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 279). Si tratta di un concetto a connotazione militare-economica, come dimostrato dal suo utilizzo nel diritto primario. L'espressione "cooperazione operativa" viene richiamata tre volte nel Trattato di Lisbona: la prima in relazione all'istituzione del Comitato permanente per la sicurezza interna (COSI), ai sensi dell'art. 71 TFUE, la seconda in rapporto alla cooperazione di polizia ex art. 87 TFUE, la terza nell'ambito della cooperazione tra i servizi di protezione civile nazionali, di cui all'art. 196, par. 1, lett. b), TFUE. Negli altri casi in cui il Trattato utilizza l'aggettivo "operativo",

gli Stati e delle organizzazioni internazionali, per poi valutare l'adeguatezza e l'effettività dei rimedi giurisdizionali previsti in ambito CEDU e nell'Unione europea. Per quanto riguarda Frontex, l'analisi si concentra sugli ostacoli di natura procedimentale e sostanziale a un sindacato pieno ed effettivo sulle condotte esecutive del personale statuario e, in generale, a una chiara definizione delle responsabilità dell'Agenzia.

Infine, si evidenziano gli ostacoli riconducibili al *modus operandi* di Frontex. Questi ostacoli sono di natura "funzionale", nel senso che attengono al modo in cui l'Agenzia interpreta la propria funzione di ente gestore delle frontiere esterne. Ancorché la tutela dei diritti fondamentali debba essere garantita in tutte le attività di Frontex, l'Agenzia ha sinora inteso il proprio mandato come preordinato ad assicurare l'efficienza dei controlli e la sicurezza delle frontiere piuttosto che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli individui sottoposti ai controlli. Questo dato emerge dalla prassi applicativa del primo quindicennio di attività, che mostra (tra l'altro) l'incapacità di Frontex di ricorrere agli strumenti messi a disposizione dallo statuto per reagire alle violazioni gravi e sistematiche dei diritti fondamentali alle frontiere esterne.

Il regolamento 2019/1896 estende in maniera determinante il mandato dell'Agenzia in materia di promozione e protezione dei diritti fondamentali, rendendo ancor più urgente l'adozione di modalità operative che consentano di ricomporre la dicotomia tra controlli e garanzie. In questa prospettiva, le potenzialità della riforma non riguardano (sol)tanto la cooperazione Schengen e il contenimento delle forze centrifughe e securitarie dominanti a livello nazionale, ma anche la ricerca di un più adeguato bilanciamento tra le istanze di protezione dei diritti fondamentali e quelle di controllo dei confini. L'alternativa – ben illustrata dall'ennesima crisi innescata dalla decisione turca di sospendere l'accordo del 2016 sulla gestione dei profughi siriani⁴² – è continuare a sperimentare forme di esternalizzazione sempre più "avanzate". Oltre a essere molto onerose, esse pongono l'Unione alla mercé di volubili *partner* stranieri e, al contempo, la costringono ad accettare la lenta ma inesorabile dissoluzione del sistema Schengen e della cooperazione in materia di asilo.

esso si riferisce precipuamente a due ambiti: quello della politica di sicurezza e difesa comune (PSDC) e quello della cooperazione monetaria.

⁴² Le prese di posizione dell'Unione e della Turchia sulla questione sono contenute in due comunicati stampa. Per quanto riguarda l'UE, cfr. la dichiarazione 128/20 del Consiglio Affari esteri, del 6 marzo 2020; per quanto concerne la Turchia, v. il comunicato stampa n. 68 del Ministero degli Esteri della Repubblica di Turchia, del 3 marzo 2020, entrambi reperibili *online*. Sull'impatto di tale crisi sulla frontiera europea cfr. B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in *Eurojus.it*, 9 luglio 2020, reperibile *online*.