



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2016

CRISI E CONFLITTI NELL'UNIONE EUROPEA: UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

# L'Unione europea e le deroghe alla libertà di circolazione in funzione di governo dei flussi migratori

di ELEONORA RINALDI

L'UNIONE EUROPEA  
E LE DEROGHE ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE  
IN FUNZIONE DI GOVERNO DEI FLUSSI MIGRATORI

di *Eleonora Rinaldi*

*Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico  
«Sapienza» – Università di Roma*

ABSTRACT

ITA

Questo saggio evidenzia le contraddizioni emergenti in fase di applicazione delle norme del «Codice Frontiere Schengen» che, in caso di «minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna» nello spazio europeo senza frontiere, consentono il ripristino generalizzato dei controlli in fase di attraversamento dei confini interni. In assenza di una politica europea comune in materia di condizioni sostanziali di ingresso e soggiorno dello straniero extra-comunitario, tali norme, concepite come deroghe eccezionali alla libertà di circolazione, sono infatti “piegate” da alcuni Stati all'assolvimento di compiti “ordinari” di contenimento della pressione migratoria. L'impiego di misure restrittive della libertà di circolazione a fini di governo dei flussi migratori mette così a rischio la tenuta dei principi costitutivi dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia ed evidenzia l'irrinunciabilità di una disciplina comune della condizione dello straniero extra-comunitario quale corollario della libertà di circolazione dei cittadini europei.

EN

This article focuses on the inconsistencies arising from the implementation of the revised rules of the “Schengen Borders Code” providing for the reinstatement of internal border controls in case of serious threat to public order or internal security of a Member State. These rules were

originally conceived as an exception to freedom of movement for individuals and goods in the EU area. Nevertheless, due to the absence of a common European policy regarding non-EU nationals, they are currently used by some Member States as if they were “ordinary” rules aimed at contrasting migration processes.

Restrictions on freedom of movement aiming at restraining migratory flows threaten the strength of the constitutional principles of the Schengen Area. Moreover, they reveal the necessity to agree upon common rules and regulations on the condition of non-EU nationals, which are fundamental to the freedom of movement of EU citizens.

**L'UNIONE EUROPEA**  
**E LE DEROGHE ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE**  
**IN FUNZIONE DI GOVERNO DEI FLUSSI MIGRATORI**

di *Eleonora Rinaldi*

**SOMMARIO:** *1. Premessa; 2. Segue. Alle origini dello “Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”: l’Accordo del 1985 e la progressiva integrazione dell’acquis di Schengen nei Trattati; 3. L’abolizione dei controlli intra-frontalieri e le “clausole di eccezione” previste dal Codice Frontiere Schengen; 4. L’applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi come elemento costitutivo della fiducia reciproca tra gli Stati membri e fattore di integrazione politica.*

## **1. Premessa**

L’analisi dell’ambito applicativo delle norme del Codice Frontiere Schengen che consentono il ripristino generalizzato dei controlli intra-frontalieri in caso di minaccia all’ordine pubblico e alla sicurezza interna dei singoli Stati fornisce un angolo visuale privilegiato della crisi dell’Unione Europea<sup>1</sup>: dallo stesso emergono infatti significative incoerenze in fase di attuazione della normativa di riferimento che, diretto portato di una profonda diversità di vedute tra gli Stati membri in ordine alle finalità del processo di integrazione europea<sup>2</sup>, di quest’ultimo rischiano di compromettere la realizzazione<sup>3</sup>.

La recente applicazione delle norme in discorso sarà pertanto presa in considerazione da due punti di vista.

---

<sup>1</sup>Sulla crisi del processo di integrazione europea la bibliografia è, come intuibile, ingente; mi limito pertanto a rinviare al recente contributo di J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp Verlag, Berlin, 2011, (english edition), *The Crisis on The European Union*, Polity Press, Cambridge (UK), 2012, 12 ss.

<sup>2</sup> Mi sembra emblematico quanto può leggersi in <http://www.dw.com/en/austria-begins-erecting-fence-on-border-with-slovenia/a-18900764> relativamente alla costruzione da parte dell’Austria, sulla linea di confine con la Slovenia, di una barriera lunga 3,2 km.

<sup>3</sup> In questa prospettiva e per quanto specificamente interessa in questa sede, si sofferma sull’incidenza dei flussi migratori, già D. HELD, *Democracy and The Global Order*, Polity Press, London, 1995, 99 ss.

Anzitutto, si prenderà in considerazione l'ineliminabile tensione tra abolizione dei controlli alle frontiere *interne* e volontà degli Stati di conservare il controllo del proprio territorio, in particolare attraverso l'esercizio di alcune competenze in materia di gestione dei flussi migratori.

La circostanza che il movente concreto addotto a sostegno del ripristino dei controlli intra-frontalieri sia stato più volte espressamente indicato nell'esigenza di fronteggiare la minaccia *continua* recata alla sicurezza interna dal massiccio afflusso di richiedenti protezione internazionale solleva, infatti, la questione del legittimo impiego del medesimo<sup>4</sup>, se non altro perché il 26esimo Considerando del Preambolo del "Codice Frontiere" precisa che «la migrazione e l'attraversamento delle frontiere esterne di un gran numero di cittadini di paesi terzi non dovrebbero essere in sé considerati una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza interna»<sup>5</sup> e che il diritto europeo prevede una diversa (eccezionale) procedura per organizzare una tutela immediata e temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati provenienti da Paesi terzi<sup>6</sup>.

Né il fatto che la Commissione europea abbia sostanzialmente avalato il ricorso al ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri da parte delle Amministrazioni di alcuni Paesi<sup>7</sup> dirime ogni dubbio circa la legittimità dello stesso<sup>8</sup>, ché la funzionalizzazione ad obiettivi di

---

<sup>4</sup> Tali eccezioni sono tuttavia invocabili in caso di *minaccia grave all'ordine pubblico ed alla sicurezza interna* o laddove «*circostanze eccezionali* in cui il funzionamento dello spazio senza controllo alle frontiere interne è messo a rischio a seguito di carenze gravi e persistenti nel controllo di frontiera alle frontiere esterne». L'articolo 29, par. 1 del *Codice unionale frontiere Schengen* precisa peraltro che tale ipotesi rileva nella misura in cui «tali circostanze costituiscano una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello spazio senza controllo alle frontiere interne o parti di esso».

<sup>5</sup> Per il virgolettato riportato nel testo cfr. il Preambolo del già citato *Codice unionale frontiere Schengen*.

<sup>6</sup> La procedura in discorso, disciplinata dalla direttiva n. 2001/55/CE (approvata in seguito alla guerra svoltasi nella ex-Yugoslavia negli anni Novanta e tuttora mai applicata) è stata pensata proprio per fronteggiare in casi in cui, in ragione della consistenza numerica, i flussi non possano essere affrontati con il comune sistema d'asilo (di cui anzi pregiudicherebbero il corretto funzionamento).

<sup>7</sup> Cfr. C(2015)7100, *Commission Opinion of 23.10.2015 on the necessity and proportionality of the controls at internal borders reintroduced by Germany and Austria*, consultabile in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), (specie p. 9).

<sup>8</sup> La circostanza che il movente concreto delle modifiche apportate sia talora indicato nella volontà di sospendere (o forse escludere) alcuni Paesi (per esempio la Grecia) dall'area Schengen - come indicato da E. GUILD, E. BROUWER, K. GROENDIJK, S. CARRERA, *What*

contenimento della pressione migratoria ne compromette inevitabilmente il carattere eccezionale, che pure andrebbe salvaguardato trattandosi di misura restrittiva della libertà di circolazione.

Dalla sostanziale conflittualità tra assenza di controlli in fase di attraversamento delle frontiere interne ed esigenza di governo dei flussi migratori emerge inoltre che la ragione ultima della tensione esistente tra piena attuazione della libertà di circolazione nello spazio europeo e volontà di ciascuno Stato di continuare a “decidere” se, e a quali condizioni, i cittadini dei Paesi terzi possano fare ingresso nel proprio territorio e soggiornarvi, risiede nel fatto che i singoli Stati interpretano in modo diverso le finalità dell'integrazione europea e che, in questo specifico settore, istituti e principi fondanti la medesima sono spesso impiegati per rafforzare prerogative nazionali.

È impossibile ovviamente prevedere le conseguenze ultime di tale fenomeno<sup>9</sup>; in questa sede si tenterà unicamente di riflettere su alcune “debolezze” dello Spazio europeo in cui dovrebbe esplicarsi la libertà di circolazione, provando ad ipotizzare possibili soluzioni.

## **2. *Segue.* Alle origini dello “Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia”: l'Accordo del 1985 e la progressiva integrazione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati**

L'analisi dell'ambito applicativo delle “clausole di eccezione” al Sistema Schengen quale profilo specifico della crisi dell'Unione Europea impone di soffermarsi sul legame peculiare esistente tra creazione di uno Spazio europeo in cui la libertà di circolazione possa esplicarsi in assenza di controlli intra-frontalieri e modalità di attraversamento delle frontiere esterne divenute “comuni”.

---

*is happening to The Schengen Borders?*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, cit., specie 8 ss. – aggrava peraltro gli interrogativi di fondo indicati nel testo.

<sup>9</sup>Con particolare riguardo all'applicazione delle “clausole di eccezione” al Codice Frontiere Schengen fa riflettere l'adozione da parte della Commissione di una nuova decisione di esecuzione che (ai sensi dell'articolo 29 del Codice unionale Schengen) stabilisce una raccomandazione di prolungare temporaneamente i controlli alle frontiere interne in circostanze eccezionali che mettano a rischio il funzionamento complessivo dello Spazio Schengen per Austria, Germania, Danimarca, Norvegia e Svezia, cfr. COM (2016), 7111 del 25 ottobre 2016.

Di quest'ultimo si dà atto del resto sin dalle prime fasi del cammino che apre il processo di realizzazione dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, ch  il Libro Bianco della Commissione europea sul *completamento del mercato interno* del 1984, bench  ispirato dalla funzionalizzazione della libert  di circolazione alla realizzazione del mercato unico, subito associa l'abolizione dei controlli intra-frontalieri all'esigenza di garantire il coordinamento delle norme nazionali in materia di attraversamento delle frontiere esterne<sup>10</sup>.

L'oggettiva difficolt  di delineare l'ampiezza di tale legame spiega, tuttavia, il perseguimento graduale di tale obiettivo, tanto pi  evidente se si ricorda che il primo Accordo finalizzato a creare uno *spazio unico* in cui la libert  di circolazione e soggiorno possa essere esercitata in assenza di controlli sulle persone in fase di attraversamento delle confini nazionali   sottoscritto (nella cittadina di Schengen, nel 1985) soltanto da una parte degli Stati all'epoca aderenti alla Comunit  economica europea ed interamente ricondotto all'orbita del diritto internazionale<sup>11</sup>.

In questa logica, esso anzi distingue espressamente tra misure applicabili *a breve termine*, perch  finalizzate a perfezionare «i processi gi  realizzati in seno alle Comunit  europee, allo scopo di garantire «la libera circolazione delle persone, delle merci, e dei servizi»<sup>12</sup>, e misure applicabili *a lungo termine*<sup>13</sup>: rispetto a queste, gli Stati aderenti prevedono infatti di “trasferire” solo in un momento successivo all'eliminazione dei controlli alle frontiere comuni il controllo delle

---

<sup>10</sup> Nell'ambito delle norme comuni rilevanti ai fini dell'attraversamento delle frontiere esterne sono incluse anche quelle disciplinanti le condizioni di ingresso, soggiorno ed accesso al lavoro dei cittadini di Stati terzi, unitamente all'adozione di misure *comuni* in materia di asilo e protezione dei rifugiati, cfr. COM (85), 310 *final*, pagg. 17-18, in *www.ec.europa.eu*.

<sup>11</sup>La dottrina sugli accordi di Schengen  , come intuibile, copiosa ed esprime, oltre tutto, approcci diversi ai problemi rilevanti mano a mano che il c.d. *acquis* di Schengen diviene parte “integrante” dell'ordinamento europeo. Mi limito, pertanto, a rinviare ad alcuni (ormai risalenti) contributi relativi all'entrata dell'Italia nel *sistema Schengen*, ed anzitutto ad AA. VV., *L'Italia e Schengen*, Atti del Convegno organizzato dal Comitato di controllo sull'attuazione e il funzionamento della Convenzione di Schengen, Camera dei Deputati, Segreteria generale – Ufficio pubblicazioni e informazione parlamentare, Roma 1998, 23 ss. cui *adde* almeno B. NASCIBENE (a cura di, con la collaborazione di M. PASTORE), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Giuffr , Milano 1995.

<sup>12</sup> Cos  gli articoli 1-16 del Titolo I.

<sup>13</sup>Cfr. il Preambolo degli Accordi ed il Primo considerando.

frontiere esterne<sup>14</sup> e si orientano a perseguire tale obiettivo attraverso un'armonizzazione progressiva delle disposizioni su divieti e restrizioni, l'adozione di misure specificamente finalizzate a salvaguardare la *sicurezza* delle popolazioni degli Stati membri (anche in settori quali la repressione dell'*immigrazione clandestina*), l'armonizzazione delle politiche sui *visti* ed «alcuni» aspetti del diritto degli stranieri<sup>15</sup>.

L'Accordo del 1985 non detta pertanto una disciplina completa dell'*ingresso* e del *soggiorno* dei cittadini provenienti da Paesi terzi: occupandosi unicamente delle norme immediatamente funzionali all'eliminazione dei controlli "intra-comunitari" esso prevede semplicemente che l'attraversamento delle frontiere esterne possa essere effettuato presso valichi appositi (dove le persone subiranno controlli secondo modalità dettagliatamente disciplinate)<sup>16</sup> e che, laddove in possesso di un *visto uniforme* (valido cioè per l'intera Area), il cittadino di un *Paese terzo* possa esercitare il diritto di circolare liberamente in tutti i Paesi che hanno sottoscritto gli Accordi.

Solo per i soggiorni non superiori a tre mesi (i soggiorni "di breve durata") si prevede il rilascio di un *visto* valido anche in Stati diversi da quello "di frontiera"<sup>17</sup>, fermo restando che tale visto, oltre ad avere validità temporalmente limitata, consente unicamente l'*ingresso* nello Stato in discorso, non consentendo l'accesso al lavoro, che richiede invece la verifica dei documenti di viaggio e delle altre condizioni di ingresso disciplinati a livello nazionale, nonché (ai sensi dell'articolo 96 della Convenzione di applicazione, di cui a breve dirò) la non segnalazione nel Sistema Schengen<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup>Vedi gli artt. 17-30 dell'Accordo di Schengen.

<sup>15</sup>Così testualmente l'articolo 20 dell'Accordo (relativamente al quale mi sembra peraltro da sottolineare il timido impiego dell'aggettivo «alcuni» con riguardo all'armonizzazione delle regole riguardanti la condizione dello straniero extra-comunitario). Secondo G. CORNELISSE, *What's wrong with Schengen? Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders*, in *Common Market Law Review*, 2014 (51), Issue 3, 741-770, le c.d. "misure di accompagnamento" all'abolizione dei controlli alle frontiere interne non sono inizialmente valorizzate al fine di elaborare una politica migratoria comune agli Stati membri proprio in ragione del loro carattere strumentale alla realizzazione del mercato unico e solo dal 1989 (con la caduta del Muro di Berlino) acquisiscono un'autonoma ragione d'essere.

<sup>16</sup>La disciplina sarà dettata dall'articolo 6 della Convenzione di applicazione.

<sup>17</sup>Le condizioni per il rilascio del visto relativo al soggiorno di breve durata sono definite dall'articolo 5 della Convenzione di applicazione.

<sup>18</sup>Cfr. ancora l'articolo 7 dell'Accordo di Schengen. La dissociazione tra abolizione dei controlli interni alle frontiere e politica comune in materia di asilo ed immigrazione (cui è



I visti per un soggiorno di oltre tre mesi rimangono invece *visti nazionali* (rilasciati da ciascuno Stato nel rispetto della propria legislazione): essi consentono solo di transitare nel territorio delle altre Parti contraenti fino allo Stato di destinazione, mentre il permesso di soggiorno rilasciato dal singolo Stato permette anch'esso allo straniero extra-comunitario di circolare in altri Stati per un periodo non superiore a tre mesi<sup>19</sup>.

Alla sottoscrizione dell'Accordo segue, nel 1990, quella della Convenzione di applicazione che, con il dichiarato obbiettivo di far progredire la realizzazione dello «spazio senza frontiere interne»<sup>20</sup>, detta, per un verso, una serie di norme relative all'introduzione di una disciplina uniforme dei controlli alle frontiere, per altro aspetto consentendo deroghe eccezionali alla libertà di circolazione se giustificate da *esigenze nazionali*<sup>21</sup> (fermo restando che le misure adottate per motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale devono essere comunicate alle altre Parti contraenti ed al *Comitato esecutivo* appositamente istituito per vigilare sulla corretta applicazione della Convenzione)<sup>22</sup>.

Struttura portante degli Accordi di Schengen (*rectius*: della Convenzione di applicazione) è il Sistema di informazione Schengen (SIS) che, vero «sistema nervoso» dello Spazio unico europeo (tuttora può essere considerato in questi termini)<sup>23</sup>, consente di sostituire ai controlli ai posti di frontiera una rete di banche dati nazionali (collegate ad una banca dati centrale) idonea ad assicurare la circolazione delle

da ricondurre l'adozione di una disciplina comune dei visti di lunga durata) è dunque pressoché immediata e limitate eccezioni sono previste solo in favore dei *rifugiati* cui, in seguito alla sottoscrizione della Convenzione sullo stato dei rifugiati del 28 luglio 1951 (la c.d. Convenzione di Ginevra), i singoli Stati sono tenuti a "facilitare" l'accesso al lavoro, rimanendo escluso (almeno in questa fase) l'esercizio della libertà di circolazione a livello comunitario. L'estensione della libertà di circolazione e soggiorno in territorio europeo ai beneficiari di protezione internazionale avverrà a distanza di anni, grazie alla direttiva 2011/95/UE, che estenderà a questi ultimi i diritti dei migranti regolari lungo-soggiornanti.

<sup>19</sup> Cfr. C. CORSI, *Il trattamento dello straniero*, Cedam, Padova, 2001, 382 ss.

<sup>20</sup> Così l'articolo 7A del Trattato CE all'epoca vigente.

<sup>21</sup> L'articolo 2 della Convenzione di applicazione già parla di «esigenze di ordine pubblico o di sicurezza nazionale».

<sup>22</sup> Cfr. l'articolo 131 della Convenzione di applicazione.

<sup>23</sup> Per il virgolettato nel testo, cfr. E. DE CAPITANI – F. FERRARO, *Schengen tra riforma e rinazionalizzazione*, in G. AMATO – R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Passigli Editori, Firenze, 2013, 202.

informazioni ritenute idonee a preservare «l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, compresa la sicurezza dello Stato»<sup>24</sup>.

Anche il SIS è orientato a compensare l'abolizione dei controlli alle frontiere interne con l'esistenza di prerogative in capo agli Stati membri: destinato a preservare, conformemente alle disposizioni della Convenzione di applicazione, «l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato» e ad «assicurare l'applicazione nel territorio delle Parti contraenti delle disposizioni sulla circolazione delle persone stabilite ... nella Convenzione», esso opera infatti in una logica squisitamente procedurale e, pur incidendo sia sulla circolazione dei cittadini degli Stati membri che sulla concessione dei visti uniformi agli stranieri (ma anche dei permessi di soggiorno)<sup>25</sup>, rimane imperniato su *valutazioni nazionali* circa la concreta esistenza di un pericolo per *la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico interno*<sup>26</sup>.

La sottoscrizione (nel 1990) della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (da cui il SIS nasce) segna ciononostante un'evoluzione significativa nel processo di integrazione europea, in quanto non solo risolve fondamentali questioni definitorie (precisando in particolare le nozioni di *frontiera interna ed esterna*, di straniero, di Paese terzo, di valico e controllo di frontiera, di titolo di soggiorno e di domanda di asilo)<sup>27</sup> ma – nell'intento di addivenire all'abolizione dei controlli alle frontiere interne – inizia ad occuparsi delle *regole uniformi* in materia di ingresso e soggiorno dello straniero: “laboratorio sperimentale” per la creazione di uno spazio europeo in cui la libertà di circolazione risulti effettiva, la CAAS esemplifica pertanto la

---

<sup>24</sup>In base a quanto testualmente previsto dall'articolo 93 della Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen.

<sup>25</sup> Resta fermo tuttavia che il SIS non può essere utilizzato per negare l'ingresso in uno Stato membro ad un cittadino comunitario.

<sup>26</sup>Laddove uno straniero extra-comunitario sia segnalato nella banca dati in discorso grazie alla decisione di un'autorità amministrativa o giurisdizionale di uno Stato membro «fondat(a) sulla circostanza che la presenza dello straniero costituisce una minaccia per l'ordine o la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale», la segnalazione può ostare infatti alla concessione del visto e, laddove quest'ultimo sia egualmente accordato (in relazione alla sussistenza di interessi meritevoli di tutela) è comunque esclusa la possibilità di circolare nell'Area Schengen. Sul rilascio del visto di breve durata allo straniero può incidere tuttavia solo la categoria di segnalazioni prevista dall'articolo 96 della Convenzione di applicazione dell'Accordo.

<sup>27</sup> Vedi l'articolo 1 della Convenzione di applicazione.

prima, embrionale estensione delle competenze comunitarie alla disciplina degli ambiti materiali rilevanti a tal fine<sup>28</sup>.

Né può tacersi l'effetto di stimolo ascrivibile agli Accordi in discorso rispetto ad altre forme di cooperazione inter-governativa, puntualmente comprovato, già nell'ottobre del 1986, dalla costituzione del Gruppo *ad hoc* immigrazione, che giungerà a redigere la Convenzione per la determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri della Comunità (l'ormai celebre Convenzione di Dublino)<sup>29</sup>.

Il Gruppo immigrazione perviene invero anche alla predisposizione di una bozza di Convenzione per l'attraversamento delle frontiere esterne che tuttavia, a causa della controversia che da tempo contrappone la Spagna ed il Regno Unito relativamente a Gibilterra, non sarà mai firmata<sup>30</sup>.

La stessa elaborazione di una disciplina relativa ai lavoratori extra-comunitari legalmente soggiornanti nei diversi Stati membri progredisce del resto con difficoltà (e con essa la garanzia di pari trattamento tra questi ultimi ed i lavoratori comunitari), tanto che la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (approvata dal Consiglio europeo di Strasburgo il 9 dicembre 1989) che pure avrebbe dovuto riguardare indistintamente lavoratori comunitari ed extra-comunitari – malgrado “le buone intenzioni” dichiarate nel Preambolo, secondo cui «spetta agli Stati membri garantire che i lavoratori dei paesi terzi e i loro familiari che soggiornano legalmente possano beneficiare, per le condizioni di vita e di lavoro, di un trattamento comparabile a quello

---

<sup>28</sup>Gli Stati sottoscrittori (cui in seguito si aggiungeranno quasi tutti gli altri Stati aderenti ai Trattati comunitari) sono infatti subito consapevoli delle «conseguenze negative» che «da un alleggerimento dei controlli alle frontiere comuni» derivano riguardo alla sicurezza dei Paesi aderenti (cfr. l'articolo 7 dell'Accordo Schengen). Quanto al rapporto tra gli Accordi di Schengen ed il diritto comunitario, l'articolo 134 della CAAS ne subordina espressamente l'applicabilità alla compatibilità con quest'ultimo.

<sup>29</sup>La Convenzione, firmata a Dublino il 15 giugno 1990 e pubblicata in GUCE, C 254 del 19 agosto 1997, entrerà in vigore dal 1° settembre 1997.

<sup>30</sup>Su questa vicenda cfr. M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006, specie 258. Sulla resistenza in particolare del Regno Unito, a cedere le proprie prerogative in materia di controllo dei confini nazionali, cfr., inoltre, E. GUILD, *Immigration law in The European Community*, Kluwer Law International, 2001 e D. WEBBER, *The Politics of Differentiated Integration in The EU: Origins, Decision Making and Outcomes*, in *The Monash European an EU Centre (MEEUC), Working Paper*, 1/2012, 4 ss.

concesso ai lavoratori dello Stato membro interessato» – riferisce le proprie disposizioni ai soli lavoratori comunitari<sup>31</sup>.

Anche all'indomani della costituzionalizzazione della cittadinanza europea, una visione comune in ordine al trattamento dei cittadini di Stati terzi stenta insomma ad affermarsi<sup>32</sup>; l'incorporazione nei Trattati istitutivi *dell'acquis* di Schengen<sup>33</sup> avviene anzi solo qualche anno dopo (con il Trattato di Amsterdam del 1997) e – pur costituendo un'innovazione assai rilevante<sup>34</sup> – prevede un compromesso destinato ad incidere in modo significativo sulla realizzazione dello Spazio europeo di *libertà* giacché, mentre le politiche relative all'attraversamento delle frontiere, all'asilo ed all'immigrazione sono ricondotte al metodo comunitario, la materia della «sicurezza pubbli-

---

<sup>31</sup> La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori approvata a 11 (senza il Regno Unito) risulta pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, 1000 ss. Le disposizioni dalla stessa dettate sono ora “riprese” dal Trattato di Lisbona (articolo 151 TFUE) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>32</sup> L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen non avviene, del resto, di pari passo all'evoluzione del diritto dell'Unione ed anzi, a dimostrazione del carattere altalenante, oltre che graduale, dell'integrazione tra gli Stati membri, è preceduta dalla costituzionalizzazione della cittadinanza europea (pure incentrata sul riconoscimento generalizzato della libertà di circolazione) che, dovuta al Trattato di Maastricht (1992), prescinde dall'inserimento in quest'ultimo del “Sistema Schengen”. Un approccio ancora timido all'esigenza di adottare decisioni comuni in settori nevralgici per l'efficiente funzionamento del mercato interno preclude pertanto l'adozione di regole comuni riguardo al trattamento da destinare ai cittadini di Stati terzi (anche se, rilevano M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, II ed., cit., 261, l'articolo K1 «già menziona distintamente i settori della disciplina del diritto di asilo, dell'attraversamento delle frontiere e dell'immigrazione»).

<sup>33</sup> Il Protocollo (n.2) di integrazione dell'*acquis* di Schengen nel quadro del diritto comunitario definisce come parte dell'*acquis* di Schengen: l'Accordo del 1985 e la Convenzione di applicazione, i Protocolli addizionali e gli Accordi, le Decisioni e le Dichiarazioni adottati dal Comitato esecutivo e dal Gruppo centrale previsti dall'Accordo (cfr. la Decisione 1999/435/CE (del Consiglio) del 20 maggio 1999, in GUCE del 22 settembre 2000, n. 43, che include peraltro più di 500 pagine di legislazione rilevante).

<sup>34</sup> L'integrazione del c.d. Sistema Schengen nel quadro normativo previsto dal Trattato di Amsterdam (1997) è ritenuta una sorta di «rivoluzione copernicana» da B. NASCIMBENE, *Lo spazio Schengen: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in AA.VV., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra problemi applicativi e prospettive*, Atti del Convegno organizzato dal Comitato di controllo sull'attuazione e il funzionamento della Convenzione di Schengen, cit., 26, ché, da questo momento, il Consiglio risulta legittimato a tradurre gli accordi in discorso e le misure attuative successivamente adottate, in atti di diritto derivato dell'Unione (riconducendoli - a seconda che si tratti di materia penale o no – al primo o al terzo pilastro) di cui si prevede il controllo di legittimità da parte della Corte di Giustizia.

ca» e la cooperazione giudiziaria in campo penale rimangono nell'orbita della cooperazione inter-governativa<sup>35</sup>.

Né può tacersi che le difficoltà correlate all'elaborazione di criteri condivisi relativamente al rilascio dei visti d'ingresso e dei permessi di soggiorno (oltre che relativamente alle condizioni di accesso al lavoro) con riguardo ai cittadini di Stati terzi sono destinate a tradursi in un ostacolo per la libertà di circolazione dei cittadini comunitari: è la stessa Corte di Giustizia – massima promotrice, ad avviso di molti, del processo di integrazione europea – a riconoscerlo nella celebre sentenza *Wijzenbeek* in cui, chiamata ad accertare se l'instaurazione del mercato interno e l'abolizione dei controlli alle frontiere rendano illegittimo il controllo dei documenti di identità all'atto dell'ingresso in uno Stato membro<sup>36</sup>, nega l'illegittimità di quest'ultimo in quanto l'esame dei documenti sia funzionale ad accertare la cittadinanza della persona; né potrebbe essere diversamente, dal momento che solo l'esistenza di una visione comune in ordine ai «controlli alle frontiere esterne, (alla) politica d'immigrazione, ... (ai) visti (ed all') asilo» renderebbe inammissibile la prova della *cittadinanza* richiesta all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>Ulteriore compromesso è rappresentato dalla definizione del *sistema Schengen* come “cooperazione rafforzata” al fine di consentire a due, degli allora Stati membri della Comunità europea (Regno Unito ed Irlanda) di non accettare gli Accordi. Sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'Unione Europea grazie al Trattato di Amsterdam, avuto particolare riguardo alla non adesione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca, cfr. ancora M. CONDINANZI – A. LANG – B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, cit., 249 ss., specie 267 ss. Sulle materie rientranti nel II e III Pilastro del Trattato di Amsterdam, rinvio inoltre a A. TIZZANO, *Brevi considerazioni introduttive sul Trattato di Amsterdam*, in *La Comunità internazionale*, (52) 1997, 673 ss., specie 689 ss.

<sup>36</sup>Il fatto concreto rilevante nella causa principale consiste nel rifiuto opposto dal signor *Wijzenbeek* – in violazione della normativa olandese applicabile – di presentare il passaporto e di comprovare la nazionalità olandese al momento dell'entrata nei Paesi Bassi, cfr. CGCE, sentenza 21 settembre 1999, C-378/97, *Wijzenbeek*.

<sup>37</sup>CGCE, sentenza *Wijzenbeek*, cit. (le cui acquisizioni sul punto possono ritenersi recepite dalla dir. 2004/38/UE), specie il passaggio argomentativo contenuto nel paragrafo 43 della motivazione secondo cui: «al momento dei fatti di cui alla causa principale, non esistevano norme comuni né norme di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, in particolare in materia di controlli alle frontiere esterne, di politica d'immigrazione, di visti e di asilo. Di conseguenza, anche nel caso in cui, in forza dell'art. 7 A o dell'art. 8 A del Trattato, i cittadini degli Stati membri avessero un diritto incondizionato di circolare liberamente sul territorio degli Stati membri, questi ultimi conserverebbero il diritto di effettuare controlli d'identità alle frontiere interne della Comunità, obbligando ogni interessato a presentare una carta d'identità o un passaporto validi, come previsto dalle direttive 68/360, 73/148, 90/364, 90/365 e 93/96, al fine di poter accertare se la persona interessata sia

Con il Trattato di Lisbona, tuttavia, superata l'originaria ripartizione "per pilastri", la realizzazione dello Spazio europeo di libertà risulta espressamente affidata sia all'abolizione dei controlli alle frontiere interne che all'elaborazione di una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne<sup>38</sup>; a questo riguardo, anzi, il TFUE prevede basi giuridiche distinte con riguardo a ciascun settore, riconducendo all'alveo del diritto dell'Unione sia gli oggetti già rientranti nelle competenze "comunitarie" che quelli finora non inclusi in tale area.

Le riflessioni sull'esigenza di adeguare le regole istituzionali dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia al nuovo contesto di diritto primario muovono da tali premesse e, nella misura in cui si orientano a sottrarre agli Stati prerogative finora gelosamente custodite – così da migliorare il grado di integrazione in un settore intimamente correlato alla creazione di un'Unione in senso politico – si "scontrano" con non poche questioni problematiche.

### **3. L'abolizione dei controlli intra-frontalieri e le "clausole di eccezione" previste dal Codice Frontiere Schengen**

Incorporato nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, l'*acquis* di Schengen trova oggi le proprie basi giuridiche negli articoli 77-79.

---

*un cittadino di uno Stato membro, avente quindi il diritto di circolare liberamente sul territorio degli Stati membri, o un cittadino di un paese terzo, non avente tale diritto».*

<sup>38</sup> Cfr. l'articolo 67 TFUE e l'intero Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea intitolato allo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. L'incorporazione si deve in particolare al Protocollo n. 19 allegato al Trattato, specificamente intitolato «Sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione Europea». Neppure può tacersi l'avvenuto accoglimento della libertà di circolazione nell'orbita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, sempre in seguito al Trattato di Lisbona, acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'articolo 45 (par. 1) della Carta attribuisce, infatti, ad «ogni cittadino dell'Unione... il diritto di soggiornare e circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro», ferma restando l'applicabilità (ai sensi dell'articolo 52, par. 2) ai diritti ivi riconosciuti delle condizioni e dei limiti definiti dai Trattati. L'estensione della libertà di circolazione ai cittadini di Paesi terzi costituisce invece una facoltà di cui il legislatore europeo può avvalersi in base all'articolo 45, par. 2, della Carta dei diritti.

Esso consta al momento di un *corpus* normativo ben più consistente di quello “originario” ed include sia gli atti che hanno progressivamente accresciuto l’*acquis* che alcune regole adottate all’inizio del processo di integrazione tra gli Stati membri<sup>39</sup>.

È l’articolo 77 TFUE a prevedere lo sviluppo, da parte dell’Unione europea di una politica volta a garantire l’assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne, associando a quest’ultima il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell’attraversamento delle frontiere esterne, nonché l’instaurazione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne.

A tal fine esso fornisce di base giuridica tutti gli atti necessari a concretizzare le scelte rilevanti, giacché riguardanti a) la *politica comune dei visti* e di altri titoli di soggiorno di breve durata; b) i *controlli* ai quali sono sottoposte le persone che attraversano le frontiere esterne; c) le *condizioni* alle quali i cittadini dei paesi terzi possono circolare liberamente nell’Unione per un breve periodo; d) *qualsiasi misura necessaria per l’istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne*; e) l’*assenza di qualsiasi controllo sulle persone*, a prescindere dalla nazionalità, all’atto dell’attraversamento delle frontiere interne.

Su queste premesse, il “Codice Frontiere” attualmente vigente disciplina sia l’attraversamento dei confini nazionali in assenza di controlli – vietando le misure di effetto «equivalente» ed i controlli sistematici in luoghi posti nei pressi della frontiera – che l’attraversamento delle frontiere esterne, in quanto indissolubilmente connesso all’eliminazione dei controlli intra-frontalieri<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Per una ricognizione completa dei principali atti normativi riconducibili all’*acquis* di Schengen, cfr. S. PEERS, *The future of Schengen System*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, Report no. 6, November 2013, 17 ss. L’adozione dell’*acquis* di Schengen è indicata inoltre come condizione di adesione all’Unione europea da parte di nuovi Stati. Tale principio non vale invece per gli Stati membri che (a suo tempo) non hanno aderito agli Accordi di Schengen (Irlanda e Regno Unito) i quali regolano con apposite intese bilaterali l’attraversamento dei rispettivi confini, mentre i rapporti con gli altri Stati membri (con cui tali Stati non hanno frontiere terrestri comuni) sono oggetto del Protocollo n. 20 allegato al Trattato di Lisbona. La soppressione dei controlli non vale inoltre per gli Stati membri che, per varie ragioni, non hanno potuto accettare subito l’*acquis* di Schengen (Bulgaria, Cipro e Romania), mentre vale per Stati *terzi* all’Unione europea (quali l’Islanda, il Liechtenstein, la Norvegia e la Svizzera).

<sup>40</sup> Nel Regolamento n. 399/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio sono state trasfuse tutte le modifiche apportate nel tempo al Regolamento n. 562/2006 (il “vecchio” Co-

La disciplina delle condizioni procedurali di attraversamento delle frontiere esterne è inoltre integrata da misure finalizzate a garantire la *cooperazione operativa* tra le Amministrazioni nazionali: si tratta di soluzioni destinate a garantire l'operatività del c.d. *sistema integrato di gestione delle frontiere esterne* essenzialmente attraverso il consolidamento di pratiche uniformi da parte delle Amministrazioni competenti, coordinate da un'Agenzia europea appositamente istituita (*Frontex*)<sup>41</sup> e tutte chiamate a partecipare al Sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (EUROSUR), destinato a rafforzare lo scambio di informazioni tra queste ultime<sup>42</sup>.

La politica comune dei visti è, ovviamente, anch'essa un elemento fondamentale della politica comune relativa all'attraversamento delle frontiere esterne e, incentrata sulla definizione di criteri uniformi per il rilascio dei visti di breve durata<sup>43</sup>, risulta integrata dal Regolamento che definisce la lista dei Paesi terzi i cui cittadini possono accedere al territorio europeo in assenza di visto<sup>44</sup> e dall'istituzione del Sistema di informazione visti (c.d. VIS), l'archivio elettronico nell'ambito del quale sono conservati i dati relativi ai visti ed al quale possono acce-

---

dice Frontiere Schengen). Il Regolamento del 2016 costituisce oltre tutto la prima, fra le diverse misure relative al controllo alle frontiere, adottate all'esito della procedura legislativa ordinaria, caratterizzata come noto dalla procedura di co-decisione (che coinvolge il Parlamento europeo ed il Consiglio e trova base legislativa nell'articolo 77, par. 2 del TFUE).

<sup>41</sup>Tali misure sono volte ad assicurare il coordinamento delle azioni intraprese dagli Stati membri ai fini dell'applicazione delle misure comuni per la gestione delle frontiere esterne (Reg. 2007/2004).

<sup>42</sup>Fondamentale il ruolo ascrivito dal Regolamento n. 1987/2006 al c.d. SIS II che, "pensato" per inserire e condividere nel Sistema di informazione Schengen i dati relativi a persone coinvolte in reati gravi o non aventi comunque il diritto di entrare nel territorio dell'Unione europea, è finalizzato a garantire la cooperazione tra le amministrazioni nazionali. Ai sensi del Regolamento citato tutte le persone condannate per reati gravi *devono* infatti essere registrate nel Sistema di informazione Schengen II dagli Stati membri, mentre i cittadini di Stati terzi che abbiano violato le regole in materia di immigrazione *possono* essere registrati, ferma restando l'osservanza, in fase di adozione di tale decisione, del principio di proporzionalità, cfr. E. BROWNER, *The Other Side of the Moon: The Schengen Information System and Human Rights*, CEPS Working Document, No. 288, April 2008, 3 ss.

<sup>43</sup> Cfr. il Regolamento n. 810/2009 (c.d. Codice Visti).

<sup>44</sup> Cfr. il Regolamento n. 539/2001 del 15 marzo 2001.



dere le autorità nazionali competenti per il rilascio degli stessi nonché (ove occorra) le autorità nazionali di polizia ed EUROPOL<sup>45</sup>.

La cooperazione operativa (in particolare lo scambio informativo tra le autorità dei diversi Stati) costituisce dunque uno dei principi cardine ai fini della realizzazione di una politica comune nel settore ed anzi l'esigenza di garantirne la funzionalizzazione all'efficiente funzionamento dello Spazio europeo senza frontiere interne è stata ritenuta talmente rilevante da indurre la Corte di Giustizia ad escludere dall'accesso al VIS le forze di polizia di alcuni Stati che ne avevano fatto richiesta, in ragione della mancata "rinuncia" da parte di questi ultimi al controllo dei confini nazionali<sup>46</sup>.

Tuttora, peraltro, rispetto ai cittadini di Stati terzi solo il rilascio dei *visti* c.d. di breve durata ricade nell'ambito di applicazione di criteri uniformi a livello europeo, mentre la concessione dei visti di lunga durata idonei a consentire l'ingresso ed il soggiorno in uno Stato membro per più di tre mesi rientra (in linea di principio) nell'orbita delle politiche in materia di immigrazione regolare adottate dai legislatori nazionali e consente di entrare nell'Unione europea (al momento almeno) solo per transitare verso il Paese di destinazione<sup>47</sup>.

Sulla "sorveglianza uniforme" delle frontiere esterne incidono infine le norme europee attualmente vigenti in materia di prevenzione e repressione dell'immigrazione clandestina<sup>48</sup> giacché, pur essendo il controllo dell'attraversamento delle frontiere formalmente distinto dalla materia *immigrazione*, le norme applicabili ai cittadini dei Paesi terzi che si trovano *illegalmente* negli Stati membri perché non soddisfano o non soddisfano più le condizioni di ingresso indicate dal Codice frontiere, incidono anch'esse sulla politica comune volta a garantire l'assenza di controlli sulle persone all'interno dello Spazio europeo.

---

<sup>45</sup> Il Sistema di informazione visti è stato istituito dalla Decisione del Consiglio n. 512/2004 dell'8 aprile 2004 ed il funzionamento dello stesso è disciplinato dal Regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 767/2008 del 9 luglio 2008.

<sup>46</sup> In questa prospettiva, esclusa la riconducibilità della decisione istitutiva all'orbita della cooperazione di polizia, la Corte di Giustizia ha infatti respinto il ricorso presentato dal Regno Unito e dall'Irlanda del Nord avverso la decisione n. 2008/633 con la quale il Consiglio aveva escluso dall'accesso al VIS i due Stati ricorrenti, in quanto non partecipanti alle altre misure concretanti l'*acquis* di Schengen, cfr. Corte di Giustizia, C-482/08, 26 ottobre 2010, *Regno Unito e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*.

<sup>47</sup> V. *Supra* il paragrafo 2.

<sup>48</sup> In particolare la direttiva n. 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Incardinato sulla cooperazione operativa tra le amministrazioni nazionali, il controllo sull'attraversamento delle frontiere esterne rimane dunque demandato alla competenza pressoché esclusiva degli Stati membri e, solo recentemente integrato dal Regolamento istitutivo di una Guardia costiera e di frontiera europea (peraltro abilitata ad agire solo con il consenso degli Stati interessati)<sup>49</sup>, rientra nell'orbita delle responsabilità incombenti su questi ultimi.

In questa logica, il "Sistema Schengen" "ripete" del resto i principi cardine dell'intera costruzione europea che, come noto, demanda l'uniforme attuazione delle *regole comuni* alle istituzioni nazionali, a queste affidando la maturazione del senso di appartenenza ad una medesima comunità politica (grazie alla parità di trattamento dei singoli individui)<sup>50</sup>.

La circostanza che l'attuale pressione migratoria abbia innescato una significativa tendenza all'inosservanza delle norme di diritto europeo rilevanti per il contenimento dei *flussi migratori* induce pertanto a riflettere sulle cause di tale fenomeno, giacché questo potrebbe disvelare non semplicemente la contingente incapacità di alcuni Stati di garantire l'uniforme attuazione delle norme sovranazionali ma l'inadeguatezza sostanziale del meccanismo cui finora è stata affidata l'evoluzione del processo di integrazione europea.

Di tale inadeguatezza, la discutibile applicazione delle norme del codice Frontiere relative al ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri costituisce invero un caso emblematico, in quanto queste, nate come deroghe eccezionali alla libertà di circolazione, sono da tempo impiegate essenzialmente a fini di contenimento della pressione migratoria<sup>51</sup>: è noto del resto che, già nel 2011, la decisione dello Sta-

---

<sup>49</sup>Cfr. il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2016 (entrato in vigore il 6 ottobre), n. 2016/1624 (su cui ritornerò più avanti, *Infra*).

<sup>50</sup> Con riguardo a tale profilo, infatti, sembra tuttora prevalente l'operatività dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella risalente sentenza resa il 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Raccolta giurisprudenziale della Corte di Giustizia della Comunità europea*, 1963, 7 ss., specie par. B della motivazione.

<sup>51</sup> Nella versione originaria del «Codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone» ("Codice Frontiere Schengen"), la possibilità di ripristinare *temporaneamente* i controlli alle frontiere interne era infatti *eccezionalmente* riconosciuta a ciascuno Stato «in caso di *minaccia grave* per l'ordine pubblico e la sicurezza interna» - sia in relazione ad eventi prevedibili che non prevedibili - per un periodo di tempo limitato (30 giorni prorogabili) e con riguardo a posti di frontiera determinati. Sull'applicazione inizialmente circoscritta delle clausole di eccezione del Codice Frontiere, via via estesa ad ipotesi ulteriori, rinvio a K. GRENDIJK, *Reinstatement of Controls at the*

to italiano di far fronte ad un massiccio sbarco di immigrati tunisini, accordando ai medesimi lo *status* di beneficiari di protezione internazionale (e con esso un permesso di soggiorno idoneo a consentire la libera circolazione nell'Area Schengen per sei mesi), suscitava la risposta degli Stati confinanti (della Francia in particolare) che, al fine di evitare ingressi indesiderati, immediatamente ripristinava i controlli intra-frontalieri (sulla base degli articoli 23-25 del “vecchio” Codice Frontiere)<sup>52</sup>.

Il dibattito sull'opportunità di definire a livello centrale le ipotesi in cui il ripristino dei controlli può essere disposto risale anzi a tale vicenda e, “ripreso” nei contenuti essenziali in seguito ai flussi migratori del biennio 2013-15<sup>53</sup>, ha direttamente ispirato l'approvazione delle norme attualmente vigenti che, oltre a consentire in modo più ampio il ripristino dei controlli intra-frontalieri, introducono un meccanismo nuovo, specificamente finalizzato a fronteggiare le «circostanze eccezionali che mettono a rischio il *funzionamento globale* dello spazio senza controllo delle frontiere interne» ed utilizzabile sotto la *leadership* del Consiglio e della Commissione europea<sup>54</sup>.

---

*Internal Borders of Europe: Why the Against Whom?*, in *European Law Journal*, 2010, 150-170.

<sup>52</sup>La decisione dell'allora Ministro degli Interni italiano Roberto Maroni di rilasciare permessi temporanei di circolazione a migliaia di migranti irregolari provenienti dalla Tunisia – permettendo a costoro la libera circolazione nell'area Schengen – provocò infatti la reazione del Governo francese che ripristinò i controlli ad alcuni posti di frontiera esistenti tra i due Stati. Sulla vicenda franco-italiana e sulle iniziative cui la stessa diede origine, cfr. M. BENVENUTI, *La protezione internazionale degli stranieri tra polarità vecchie e nuove*, in (a cura di) F. ANGELINI, M. BENVENUTI, A. SCHILLACI, *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza. Atti del Convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011*, Jovene, Napoli, 2011, 59 ss., specie 80-84.

<sup>53</sup>In seguito a tali “forzature”, le norme del “Codice Frontiere” sono state infatti modificate dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1051/2013. Attualmente le “clausole di eccezione” sono previste dagli artt. 25-29 del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 399/2016 (giacché il Codice frontiere Schengen, più volte modificato, è stato ripubblicato in versione consolidata come ribattezzato *Codice unionale frontiere Schengen*) e disciplinano sia il ripristino dei controlli su iniziativa dei singoli Stati (che possono giovare della possibilità di prolungarne la durata fino a due anni) che la procedura “gestita” dal Consiglio e dalla Commissione europea.

<sup>54</sup>Cfr. l'articolo 29, comma 4 del nuovo *Codice unionale frontiere Schengen*, alla luce del quale - come «*extrema ratio* e laddove tutte le altre misure precedentemente adottate (e perfino l'intervento alle frontiere esterne del corpo di guardia di frontiera appositamente creato a livello europeo) non abbiano consentito di ridurre efficacemente la grave minaccia individuata» - il Consiglio può *raccomandare* ad uno Stato membro la reintroduzione dei

Frutto di numerosi compromessi, queste ultime (anche di recente applicate)<sup>55</sup> non hanno tuttavia introdotto una procedura in cui il ripristino temporaneo dei controlli è deciso unicamente dalle istituzioni europee ma consentono tuttora di procedere anche su iniziativa dei singoli Stati<sup>56</sup>, sì che, posto che il ripristino temporaneo dei controlli è consentito – in via di *extrema ratio* – solo laddove la minaccia sia *grave* e previo bilanciamento tra il *probabile* impatto della stessa «per l'ordine pubblico o la sicurezza interna nello Stato membro interessato»<sup>57</sup> e «l'impatto *probabile* di una tale misura sulla libera circolazione delle persone all'interno dello spazio senza controllo alle frontiere interne»<sup>58</sup>, non è chiaro come tale bilanciamento possa tradursi in una delimitazione effettiva della discrezionalità esercitabile a livello nazionale, in particolare quando le diverse Amministrazioni statuali si avvalgono del potere di determinare la consistenza concreta delle ragioni di ordine pubblico legittimanti restrizioni alla libertà di circolazione.

In presenza di una procedura solo parzialmente centralizzata (prevista dall'articolo 29 del Codice), la decisione in ordine all'esistenza di «una minaccia grave per l'ordine pubblico e la sicurezza interna di

---

controlli alle frontiere interne quando sia a rischio il *funzionamento globale dello Spazio Schengen* (per un periodo massimo di due anni).

<sup>55</sup> Austria, Germania e Norvegia si sono avvalsi recentemente della procedura “centralizzata”, la cui durata, inizialmente prevista fino al 12 novembre 2016, è stata, in data 25 ottobre 2016, prorogata di ulteriori tre mesi con Decisione di esecuzione del Consiglio recante una raccomandazione relativa alla proroga dei controlli temporanei alle frontiere interne in circostanze eccezionali in cui è a rischio il funzionamento globale dello spazio Schengen (decisione adottata su proposta della Commissione, COM 2016, 711 *final*, *Council implementing decision: setting out a Recommendation for prolonging temporary internal border control in exceptional circumstances putting the overall functioning of the Schengen area at risk*). Il *Report* relativo a tutte le ipotesi in cui (a partire dal 2006) gli Stati membri hanno notificato alla Commissione europea la reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne («*Member's States notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code*») è consultabile in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu). Per riflessioni sulla portata recente del fenomeno rinvio invece a S. CARRERA, M. MERLINO, J. PARKIN, *A Race against Solidarity: the Schengen Regime and the Franco-Italian Affair*, in *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2011.

<sup>56</sup> Come previsto dall'articolo 25, u.c. del Codice Frontiere.

<sup>57</sup> Si contempla espressamente l'ipotesi di «attentati o minacce terroristiche, comprese quelle connesse alla criminalità organizzata».

<sup>58</sup> Così testualmente l'articolo 25, comma 4, del “Codice Frontiere Schengen”.

uno Stato» continua insomma a sollevare non poche questioni problematiche giacché il concetto di ordine pubblico è, non solo naturalmente elastico, ma *storicamente variabile* a seconda delle esperienze giuridico-organizzative cui partecipa e «del modo di atteggiarsi in esse del rapporto tra libertà individuale e necessità sociale»<sup>59</sup>; esso pertanto, laddove riferito agli Stati membri, solleva la non irrilevante questione del *come* la consistenza da questo assunta possa essere armonizzata con i principi costitutivi dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia fino a consentire l'emersione di un'accezione condivisa a livello europeo<sup>60</sup>.

In questa direzione invero, gli sforzi (della Corte di Giustizia in particolare) non sono mancati e, alla luce di un'interpretazione consolidata, l'invocazione dell'ordine pubblico quale limite della fondamentale libertà di circolazione, benché riferita alla tutela di interessi nazionali variabili «(nel tempo) da un Paese all'altro e da un'epoca all'altra»<sup>61</sup> risulta da tempo subordinata all'osservanza del principio di proporzionalità<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Così già G. ZANOBINI, *Ordine pubblico*, in *Enciclopedia italiana*, XXV, Roma 1953, 465, e G. PANZA, *Ordine pubblico. I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1991, 1, cui rinvio per le indicazioni bibliografiche relative al diverso significato del concetto come limite all'autonomia dei privati. Sullo specifico concetto di ordine pubblico rilevante nel diritto amministrativo, cfr. invece, almeno L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *N.mo Digesto italiano*, XII, Utet, Torino, 1965, 130 e G. CORSO, *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Giuffrè, Milano 1980, 1057.

<sup>60</sup> Sulla problematica *autonomia* della nozione di ordine pubblico comunitario (non costituente il denominatore comune delle diversissime nozioni operanti negli Stati membri), rinvio a A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1990, 1 ss. nonché, ampiamente, F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Cedam, Padova, 2007; da ultimo cfr. anche P. RUBECHINI, *La costruzione dell'ordine pubblico europeo*, Tangram, Trento, 2014.

<sup>61</sup> Si tratta di una giurisprudenza che rimonta addirittura alle misure restrittive della libertà di circolazione dei lavoratori comunitari. Già nella nota sentenza sul caso di *Yvonne Van Duyn* - cfr. Corte di Giustizia, causa 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home office*, in Raccolta delle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità europea, 1974, 1337 ss., ma anche in *www.eur-lex.europa.eu* - il rifiuto di ingresso opposto per motivi di ordine pubblico (individuati nell'appartenenza ad un certo gruppo od organizzazione) ad una cittadina olandese intenzionata trasferirsi in Gran Bretagna per accettare un posto da segretaria in una comunità scienziata è in questa logica ritenuto conforme al diritto comunitario (sul punto vedi anche le riflessioni di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, cit., 174-175).

<sup>62</sup> L'idea retrostante è che la tutela della libertà di circolazione e quella dell'ordine pubblico costituiscano due imperativi completamente eterogenei cui, malgrado le migliori intenzioni, risulta impossibile attribuire un contenuto predefinito. Il carattere per molti

L'adozione di misure restrittive della libertà di circolazione adottate nella forma di *misure generali* di polizia che colpiscano intere categorie di persone o collettività e di provvedimenti di *prevenzione generale* (aventi il fine di procurare un effetto dissuasivo in merito a comportamenti criminosi) è stata dunque vietata<sup>63</sup>, dal momento che l'imposizione del limite deve conseguire ad un *pericolo specifico* per il Paese ospite e dipendere da circostanze di fatto idonee a comprovare la concreta pericolosità del singolo individuo<sup>64</sup>.

Né mi sembra superfluo ricordare che la legittimità delle restrizioni della libertà di circolazione è stata esclusa per il solo fatto che si manifesti «una perturbazione dell'ordine sociale» e che quest'ultima, insita

---

aspetti contingente della nozione impone pertanto di demandare il giudizio sulla *gravità* della minaccia recata ad interessi ritenuti fondamentali per la collettività di riferimento alla competenza dell'autorità nazionale, cfr. Corte di Giustizia, sentenza *Van Duyn*, cit. Tale impostazione risulta confermata anche con riguardo alla riserva di ordine pubblico prevista nel "Sistema Schengen" di cui tuttavia il giudice comunitario ha da tempo chiarito l'esigenza di interpretazione conforme al diritto comunitario: incorporato nel diritto dei Trattati, il c.d. Sistema Schengen "subisce" infatti un'interpretazione della clausola diversa (e più restrittiva) rispetto a quella scaturente dall'articolo 96 della Convenzione di applicazione, in ragione del rango di diritto fondamentale dell'ordinamento europeo ascritto alla libertà di circolazione, cfr. Corte di Giustizia, causa C-503/03, 31 gennaio 2006, *Commissione c. Spagna*, ed in particolare il punto 48 della motivazione (in [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)).

<sup>63</sup>In questo senso già Corte di Giustizia, causa 67/74, 26 febbraio 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stat Köln*, in *Raccolta* 1975, 297, in cui espressamente si chiarisce che «a termini dell'art. 3, n. 1 e 2 della direttiva n. 64/221, i provvedimenti di ordine pubblico o di sicurezza pubblica devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati (e) la sola esistenza di condanne penali non può automaticamente giustificare l'adozione di tali provvedimenti». Sempre in questa pronuncia si chiarisce inoltre che l'ordinamento comunitario non giudica ammissibile un provvedimento «adottato nell'intento di dissuadere altri stranieri, cioè qualora esso sia fondato, secondo i termini usati dal giudice *a quo* su considerazioni di prevenzione generale».

<sup>64</sup>Cfr. Corte di Giustizia, causa 36/75, 28 ottobre 1975, *Roland Rutli c. Ministre de l'Intérieur*, in *Raccolta* 1975, 1219 ss. Il rapporto peculiare con il territorio dello Stato ospite espresso dalla residenza effettiva nel medesimo ed il grado di «integrazione sociale e culturale» ivi raggiunto comporta inoltre limiti stringenti in fase di valutazione sulla *legittimità/proporzionalità* delle misure restrittive della libertà di circolazione e concorre a delineare uno *statuto del cittadino europeo* la cui definizione diventa solido parametro di riferimento per la disciplina della condizione dello straniero extra-comunitario legalmente presente nel territorio europeo, cfr. già B. NASCIBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984, specie 329 ss. Non può pertanto tacersi il rilievo ascrivibile all'avvenuta estensione (dovuta alla dir. 2011/109/CE) del permesso di soggiorno previsto per i migranti regolari lungo-soggiornanti ai beneficiari di protezione internazionale.

in qualunque violazione di legge, dev'essere accompagnata ad «una minaccia effettiva ed *abbastanza grave* per uno degli interessi fondamentali della collettività»<sup>65</sup>.

Diversamente, un'interpretazione che identifichi una minaccia grave all'ordine pubblico interno nell'afflusso massiccio di migranti deve ritenersi dissociata dalla considerazione di circostanze di fatto idonee a comprovare la concreta pericolosità del fenomeno e, in quanto non necessariamente conseguente alla riscontrata esistenza di *concreti* turbamenti dell'ordine pubblico (dovuti, per esempio, alla concentrazione di un numero eccessivo di migranti nella stessa area così da ingenerare tensioni sociali) appare sproporzionata<sup>66</sup>, andando a tutelare semmai la sicurezza interna delle popolazioni intesa come generica esigenza di prevenzione dei reati<sup>67</sup>, sulla premessa che l'ingresso di stranieri comporti *ex se* il rischio di attacchi terroristici.

Il ripristino dei controlli intra-frontalieri deciso in queste ipotesi veicola, pertanto, un'applicazione delle norme europee in materia di attraversamento delle frontiere che, finalizzata a tutelare uno speciale ordine pubblico rilevante in materia di immigrazione, non solo esprime una dialettica irrisolta fra gestione comune delle minacce provenienti dall'esterno e tutela della sicurezza interna (demandata ai singoli Stati) ma, giacché conseguente all'assenza di una nozione condivisa di ordine pubblico, appare suscettibile di condizionare il processo di integrazione europea ben oltre la vicenda della crisi dei rifugiati.

Già in una sentenza del 2010, del resto, il giudice europeo, non interpellato sulla legittimità dell'applicazione diretta degli articoli 25-29 del Codice Frontiere, ma sulla conformità al diritto dell'Unione di norme di polizia francesi disciplinanti lo svolgimento di controlli *si-*

<sup>65</sup> Cfr. Corte di Giustizia, causa 30/77, 27 ottobre 1977, *Regina (la Regina) c. Pierre Bouchereau*, in *Raccolta* 1977, 1999.

<sup>66</sup> Su questo profilo si sofferma anche F. IPPOLITO, *La tragedia delle frontiere esterne*, in *European Papers*, 1/2016, 653 ss.

<sup>67</sup> Sul concetto di *ordine pubblico* come «semplice osservanza delle leggi» cfr. A. CERRI, *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale*, cit., 3. A conferma di quanto sostenuto del testo, cfr. la comunicazione della Commissione europea COM (2015), del 23 maggio 2015, 7100 *final*, specie le motivazioni esposte dalla Germania, a sostegno del ripristino dei controlli intra-frontalieri, nei paragrafi 13 e 14. Rileva inoltre, in questa prospettiva, anche la diversa questione definitoria relativa al concetto di *ordine costituzionale*, tendenzialmente sovrapposto ad un'accezione *ideale* di ordine pubblico, su cui cfr. ancora A. CERRI, *Ordine pubblico*, cit., e, con specifico riguardo alla nozione di *ordine pubblico europeo*, ancora ID., *Ordine pubblico. II) Diritto costituzionale. Postilla di aggiornamento (2007)*, in *Enc. giur.*, cit., 1.



*stematici* sull'identità delle persone in uno spazio compreso tra la frontiera (con il Belgio) ed una linea di confine tracciata entro 20 km da quest'ultima, aveva *escluso*, in linea di principio l'incompatibilità, con l'articolo 67 TFUE, dei controlli sull'osservanza dell'obbligo di custodire portare con sé ed esibire documenti di identità (benché svolgentisi all'interno di una zona di confine ed in modo indipendente da circostanze specifiche), sancendone la non conformità al diritto dell'Unione solo in quanto i poteri dell'autorità competente non risultavano sufficientemente delimitati ad evitare che gli stessi avessero un *effetto equivalente ai controlli di frontiera*<sup>68</sup>.

Non stupisce pertanto che, più recentemente, in una nuova pronuncia riguardante l'applicazione di norme (tedesche) in materia di polizia dell'immigrazione palesemente preordinate ad evitare *ingressi irregolari*, lo svolgimento di tali controlli in prossimità di zone di frontiera sia stato ritenuto conforme all'articolo 20 del Codice Frontiere, giacché il controllo «sull'identità, nazionalità o residenza» si svolge in questo caso al fine di combattere la situazione di *soggiorno irregolare* (malgrado l'applicazione avvenga nelle sole zone di frontiera), risultando *adeguatamente limitato* quanto ad intensità e frequenza<sup>69</sup>.

La recente “crisi dei rifugiati” drammatizza, insomma, i limiti di una riforma che, innestata in un quadro giuridico lacunoso sul versante della definizione delle condizioni sostanziali di ingresso e soggiorno nel territorio dell'Unione dei cittadini extra-comunitari<sup>70</sup>, si presta

---

<sup>68</sup>Lo svolgimento dei controlli aveva peraltro consentito di “individuare” due migranti irregolari di nazionalità algerina, cfr. Corte di Giustizia, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, par. 68.

<sup>69</sup>Cfr. Corte di Giustizia, C-278/12, sentenza 19 luglio 2010, *Adil*, par. 40. Peraltro, come osserva G. CORNELISSE, *Border Disputes on The Nature*, cit., nota 121, non è chiaro come il controllo in prossimità della zona di frontiera possa, nel contesto specifico della “crisi dei rifugiati”, assolvere al fine di evitare ingressi irregolari, dal momento che i richiedenti asilo non possono “tecnicamente” essere considerati migranti irregolari (ai fini della direttiva *Rimpatri*), almeno finché la procedura incardinata presso uno Stato membro non si concluda in senso negativo (come stabilito dalla Corte di Giustizia, C-534/11, 30 maggio 2013, *Arslan*).

<sup>70</sup>Il ripristino dei controlli intra-frontalieri si deve infatti all'insufficienza della regola dello “Stato di primo ingresso” quale criterio di individuazione dello Stato competente ad esaminare le domande dei richiedenti asilo che, da tempo evidenziata, non è stata adeguatamente valutata dal punto di vista dell'incidenza esplicata sull'esercizio della libertà di circolazione (il ripristino dei controlli è infatti funzionale a re-inviare i migranti sottoposti a controllo nello Stato in cui è avvenuto il primo ingresso irregolare). L'obbiettivo perseguito dalla normazione europea attualmente vigente in materia è infatti costituito dalla garanzia di «un trattamento di *livello equivalente* quanto alle condizioni di accoglienza e di



ad essere funzionalizzata al raggiungimento di obiettivi diversi rispetto a quelli che ne hanno ispirato l'adozione.

Il conflitto irrisolto tra Europa “senza frontiere” interne e prerogative nazionali si assesta così lungo la distinzione, operata caso per caso dal giudice europeo, tra controlli di polizia svolti all’*interno* del territorio nazionale (consentiti) e controlli “*sul* confine territoriale” comune con altri Stati membri (in linea di principio vietati)<sup>71</sup>: è un profilo peculiare della crisi attuale dell’ordinamento europeo che, “costruito” sull’abolizione dei controlli intra-frontalieri quale elemento essen-

---

pari livello quanto alle garanzie procedurali e alla determinazione dello status» (così già G. MORGESE, *Gli sviluppi della politica dell’Unione europea in materia di asilo in base al Programma di Stoccolma*, in *Gli stranieri*, 1/ 2011, 155 ss., 161). Peraltro – anche a voler omettere una serie di rilievi in ordine agli oneri che tale principio finisce per imporre agli Stati i cui confini sono limite esterno dello spazio europeo - tale presunzione non solo non ha valore normativo ma «appare ispirata da esigenze apertamente apologetiche», cfr. E. CANNIZZARO, *Interessi statali e diritti individuali nella politica dell’Unione relativa a visti, asilo e immigrazione*, Relazione al Convegno “Il processo bi-direzionale di integrazione”, 3-4 ottobre 2013, Università di Roma Tre, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l’integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell’Unione e ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2014, 236. La presunzione che i diritti fondamentali siano rispettati in ciascuno Stato membro (così che ogni Stato possa essere considerato “paese sicuro” ai fini dell’esercizio della competenza ad esaminare la domanda di asilo) è stata da tempo smentita dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha ritenuto inapplicabile la c.d. *presunzione di protezione equivalente del diritto dell’Unione europea* (e più in generale dei diritti umani) in diversi Stati membri, cfr., per tutte, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo, *M.S.S. contro Belgio e Grecia*, del 21 gennaio 2011 (il cui orientamento risulta ampiamente recepito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea). Le acquisizioni della giurisprudenza europea sono state di recente ribadite anche dal “nostro” Consiglio di Stato, nella sentenza del 27 settembre 2016, n. 4004 di accoglimento del ricorso presentato in Italia contro il provvedimento della Direzione centrale dei servizi civili per l’immigrazione e l’asilo che aveva stabilito il trasferimento di un migrante richiedente asilo in Italia in ragione del fatto che la richiesta era già stata avanzata in Ungheria.

<sup>71</sup>Cfr., da ultimo, in materia di restrizioni alla libertà di circolazione dell’immigrato beneficiario di protezione internazionale, Corte di Giustizia, sentenza del 1° marzo 2016, cause riunite C-443/14 e C-444/14, *Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo e Amira Osso c. Region of Hannover*, che ritiene legittimo l’obbligo di residenza imposto ai due ricorrenti in ragione di *seri* motivi di politica migratoria, quali l’esigenza di garantire l’integrazione dei beneficiari di protezione sussidiaria nel luogo in cui si trovano anche attraverso un’adeguata distribuzione sul territorio degli oneri sociali derivanti da tale *status* e purché misure analoghe possano essere disposte anche nei confronti degli immigrati legalmente residenti (sempre per ragioni umanitarie). In senso critico sulla possibilità di demandare interamente al giudice europeo il compito di mediazione degli interessi confliggenti, cfr. da ultimo, E. OLIVITO, in E. OLIVITO – G. REPETTO, nell’*Editoriale* di questo fascicolo, 19.

ziale per la realizzazione di uno *Spazio* in cui sia garantita la libertà di circolazione delle persone, reclama, a questo punto, la definizione uniforme delle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini extracomunitari<sup>72</sup>.

#### **4. L'applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi come elemento costitutivo della fiducia reciproca tra gli Stati membri e fattore di integrazione politica**

L'esigenza di garantire l'applicazione di criteri uniformi in fase di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi sorge – lo si è visto – già durante la crisi franco-italiana del 2011 che pone, insieme a molte altre, la questione dell'armonizzazione della discrezionalità (tuttora) esercitabile dalle istituzioni nazionali.

Non può infatti ritenersi casuale che, proprio durante tale crisi, venga affrontata la riforma del meccanismo di valutazione del funzionamento del “Sistema Schengen” fino a quel momento interamente affidato agli Stati membri (ed oggi invece demandato alla Commissione ed agli Stati congiuntamente)<sup>73</sup>: l'abolizione dei controlli intrafrontalieri presuppone infatti la piena fiducia di tutti gli Stati in ordine al funzionamento del sistema integrato di gestione della frontiere esterne ed in particolare in ordine alle modalità di controllo della frontiera *comune* da parte degli Stati membri volta a volta competenti.

L'idea retrostante alla riforma in discorso è che le autorità cui il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea assegna il potere legislativo (Parlamento europeo e Consiglio) possano controllare l'applicazione a livello nazionale delle norme precedentemente approvate<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Così già B. NASCIBENE, *Flussi migratori tra sovranità statale e cooperazione internazionale. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, IX Convegno della Società di diritto internazionale, Roma, 17-18 giugno 2004, ESI, Napoli, 2005, 71 ss., specie 82.

<sup>73</sup> La riforma del sistema di valutazione delle modalità di attuazione dell'*acquis* di Schengen è ora disciplinata dal Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1053/2013.

<sup>74</sup> Cfr. l'articolo 20 del Regolamento n. 1053/2013, ai sensi del quale la Commissione presenta al Parlamento europeo ed al Consiglio la relazione contenente gli esiti della procedura di valutazione.

Già in seguito alla crisi del 2011, la Commissione europea predispone pertanto due proposte destinate ad essere “trattate” attraverso la procedura di co-decisione, la prima delle quali riguardante l’introduzione di una procedura centralizzata di ripristino dei controlli intra-frontalieri<sup>75</sup>, la seconda concernente la riforma del «sistema di valutazione Schengen»<sup>76</sup>.

Intorno alla riforma del meccanismo di valutazione sulle modalità di attuazione del “Sistema Schengen” sorge così un conflitto costituzionale tra Parlamento europeo e Consiglio che, riguardante la base giuridica prescelta (dal Consiglio) per l’approvazione del Regolamento contenente le linee della riforma in discorso, lascia emergere il carattere irrinunciabile di soluzioni procedurali adeguate a garantire una mediazione effettiva degli interessi confliggenti in questo settore.

La scelta di modificare la base giuridica di adozione dell’atto (privilegiando l’articolo 70 TFUE anziché l’articolo 77) comporta infatti, in prima battuta, l’esclusione del Parlamento europeo dal procedimento di approvazione e, quale reazione, la decisione di quest’ultimo di bloccare l’adozione di una serie di altre misure in materia di Giustizia e affari interni.

Il conflitto in discorso ha poi trovato una soluzione “politica” giacché, pur confermata la scelta dell’articolo 70 TFUE, il Parlamento è stato coinvolto nell’approvazione delle nuove regole che demandano, sia alla Commissione che agli Stati membri, la responsabilità relativa al corretto funzionamento del meccanismo di valutazione e monitoraggio sull’attuazione dell’*acquis* di Schengen<sup>77</sup>.

In seguito, la questione della base giuridica utilizzabile per l’approvazione delle misure finalizzate a garantire un’applicazione uniforme del diritto europeo in fase di controllo delle frontiere esterne si è riproposta con riguardo all’istituzione della Guardia costiera e di frontiera europea quale agenzia chiamata a coordinare le amministrazioni nazionali preposte al controllo della frontiera esterna.

In una prima occasione è stata infatti adottata, da parte della Commissione europea, una decisione di esecuzione, sulla premessa che le misure relative avessero carattere esecutivo di atti precedentemente

<sup>75</sup> V. la proposta della Commissione 2011/242.

<sup>76</sup> Cfr. la proposta della Commissione 2010/312.

<sup>77</sup> Sulla vicenda, anche Y. PASCOUAT, *Schengen and Solidarity: the fragile balance between mutual trust and mistrust*, in *European Policy Centre Discussion Paper*, 4 July 2012, in [www.epc.eu/documents/uploads/pub\\_2784\\_schengen\\_solidarity\\_pdf](http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_2784_schengen_solidarity_pdf).

adottati in materia; su ricorso del Parlamento europeo (che ne evidenzia l'innovatività), tale decisione è stata tuttavia annullata<sup>78</sup> ed ha "promosso" l'approvazione, con procedura legislativa ordinaria, del Regolamento istitutivo della Guardia di frontiera e di costiera europea oggi vigente<sup>79</sup>.

La creazione di un'Agenzia con funzioni di coordinamento delle operazioni di controllo delle frontiere esterne e di un meccanismo di valutazione del Sistema Schengen costituiscono progressi estremamente significativi, giacché, al momento, una parte consistente delle norme europee incidenti sull'attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini di Stati terzi consente agli Stati membri di esercitare un'ampia discrezionalità in fase attuativa.

L'origine dei movimenti "secondari" e della sfiducia degli Stati che decidono il ripristino dei controlli intra-frontalieri risiede del resto negli ampi margini di manovra riconosciuti dalle norme europee in materia di ingresso e soggiorno dello straniero che, all'origine di significative disparità di trattamento tra migranti, nei diversi Stati membri, non soltanto veicolano ampie violazioni dei diritti fondamentali<sup>80</sup>, ma incrementano l'impiego in chiave "difensiva" del ripristino temporaneo dei controlli intra-frontalieri.

Si tratta di divergenze imputabili a lacune di vario tipo, che vanno dal carattere facoltativo delle disposizioni contenute nella direttiva *procedure*<sup>81</sup> e nella direttiva *accoglienza*<sup>82</sup> (entrambe rilevanti in ma-

---

<sup>78</sup> Cfr. Corte di Giustizia, C-355/10, sentenza del 5 settembre 2012, *Parlamento europeo c. Consiglio*.

<sup>79</sup> Cfr. Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2016/1624, del 16 settembre 2016, entrato in vigore il 6 ottobre. Questa ovviamente non implica che gli Stati membri perdano (non per ora almeno) i propri poteri in materia di controllo delle frontiere (e di repressione dell'immigrazione clandestina a tutela della sicurezza delle popolazioni), ma concorre a veicolare un'armonizzazione dei criteri impiegati dalle diverse Amministrazioni in fase di sorveglianza della frontiera esterna e di verifica dei requisiti di ingresso nell'Area rispetto ai cittadini extra-comunitari.

<sup>80</sup> Con specifico riguardo al caso italiano, l'incompleto recepimento della direttiva 2008/115/CE (c.d. "Rimpatri") - giacché la legge italiana non garantisce in modo adeguato i diritti fondamentali (in particolare il diritto al contraddittorio ed il diritto ad un ricorso effettivo) dei migranti identificati e registrati - ha per esempio determinato svariate condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. 16483/12, sentenza del 1° settembre 2015, *Khlaifia e a. c. Italia*, nonché Corte europea dei diritti dell'uomo, ric. 27765/09, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Janaa e a. c. Italia*.

<sup>81</sup> Direttiva 2013/32/UE.

<sup>82</sup> Direttiva 2013/33/UE.

teria asilo) alla circostanza che, benché la direttiva *qualifiche*<sup>83</sup> stabilisca norme relative al riconoscimento ed alla protezione da accordare a livello di Unione europea, nella pratica il tasso di riconoscimento dello *status* di rifugiato varia in modo significativo tra gli Stati membri<sup>84</sup>.

Né può tacersi l'incidenza ascrivibile alla mancata previsione, da parte della direttiva "Rimpatri"<sup>85</sup>, dei mezzi utilizzabili in caso di fallimento dei tentativi di rimpatrio volontario dei migranti irregolari<sup>86</sup>.

Senonché, pur potendosi convenire sul rilievo che una parte significativa delle disparità di trattamento operate tra i migranti dipenda dall'inadeguatezza del c.d. "sistema Dublino"<sup>87</sup> – che, in presenza di

<sup>83</sup> Direttiva 2011/95/UE.

<sup>84</sup> Secondo la comunicazione della Commissione del 6 aprile 2016, per esempio, le richieste dei richiedenti asilo provenienti dall'Afghanistan sono accolte nel 100% dei casi in Italia e nel 5,88% dei casi in Bulgaria (cfr. COM 2016, 197 *final*, «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio: Riformare il Sistema Europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all'Europa», pag. 5). Né risulta esservi convergenza riguardo alla decisione di accordare lo *status* di rifugiato (spettante a chi sfugge da persecuzioni) o quello di beneficiario di protezione internazionale (spettante invece a chi fugge dal rischio di subire danni gravi anche in caso di conflitti armati) ai richiedenti provenienti da un certo Paese, anche in questo caso sollecitando importanti movimenti secondari. Sulle ragioni sottese agli innumerevoli tentativi di elusione, da parte dei migranti, delle regole contenute nel Regolamento Dublino III, alimentando i c.d. movimenti secondari, cfr. C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 701-747.

<sup>85</sup> Direttiva 2008/115/CE.

<sup>86</sup> Sull'esigenza di colmare tali carenze si è soffermato di recente anche B. NASCIMBENE, *Refugees, The European Union and the "Dublin System"*. *The reasons for a Crisis*, in *European Papers*, 1/2016, 101-113 (specie 113).

<sup>87</sup> Non è dubbio che, in questa logica, la soluzione auspicabile sia l'istituzione di una procedura unica e centralizzata in materia di asilo, tuttavia l'Europa è ancora lontana dal raggiungimento di tale obiettivo, cfr. la Proposta di adozione di un regolamento sostitutivo del c.d. Regolamento Dublino III (citata nella nota precedente) - cfr. COM (2016) 270, *Proposal for a Regulation of The European Parliament and Council establishing the Criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining and application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national on a stateless person* (in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)) che, confermando la regola dello Stato di primo ingresso ai fini dell'individuazione del foro competente ad esaminare la domanda di asilo, prevede che in caso afflusso eccezionale di migranti "scatti" un meccanismo di *ricollocazione obbligatoria* verso gli altri Stati membri (cui questi possono sottrarsi versando allo Stato di ingresso la somma corrispondente all'onere finanziario sostenuto per ciascun rifugiato). Anche nell'ultimo "pacchetto" di misure presentato dalla Commissione europea ai fini dell'adozione di nuove regole in materia di Sistema europeo comune, l'introduzione di uno *status* uniforme valido in tutta l'Unione per i soggetti beneficiari di asilo o protezione internazionale è pertanto considerata oggetto di una "seconda tappa" del percorso legislati-

flussi migratori massicci e concentrati lungo specifiche rotte, “assegna” la competenza giuridica sulla grande maggioranza delle istanze presentate dai richiedenti asilo ad un numero limitato di Stati membri<sup>88</sup> – la sola considerazione di questo profilo “tradirebbe” un approccio parziale al problema, giacché l’esplosione dei movimenti migratori è divenuta “cassa di risonanza” di contraddizioni ulteriori dell’ordinamento europeo.

Al di là dell’impiego avvenuto durante la c.d. crisi dei rifugiati, motivi di ordine pubblico sono invocabili del resto anche in fase di ingresso degli stranieri che richiedano un visto di breve durata, ché pur non potendosi negare la concessione dello stesso laddove il richiedente soddisfi tutte le condizioni richieste dal Codice Frontiere, lo Stato competente conserva, anche in queste ipotesi, un ampio margine in fase di valutazione della sussistenza dei motivi che consentono il rifiuto (dovendo anzi svolgere in tal senso una valutazione scrupolosa, in quanto la concessione del visto ha effetti nell’intera area Schengen)<sup>89</sup>.

L’armonizzazione dei criteri di esercizio della discrezionalità di cui le istituzioni nazionali si avvalgono in fase di valutazione della sussistenza di motivi di ordine pubblico ostativi all’ingresso nello Spazio europeo costituisce pertanto una questione estremamente rilevante (tanto più quando correlata all’adempimento di un obbligo), dal momento che l’ordinamento europeo non prevede, per ora, criteri uniformi che garantiscano il raggiungimento di tale obiettivo e la man-

---

vo di riforma. Su quest’ultimo profilo cfr. inoltre le riflessioni di G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell’Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Scritti di diritto europeo dell’immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2016, 73 ss.

<sup>88</sup> Ciò risulta da ultimo puntualmente riconosciuto nella Comunicazione della Commissione europea intitolata “Riformare il Sistema europeo comune di asilo e potenziare le vie legali di accesso all’Europa”, COM (2016), 197 final, 6 aprile 2016, in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu). Sulle inadeguatezze imputabili al sistema europeo comune di asilo, cfr. almeno G. CAGGIANO, *L’insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di “Paese di primo ingresso” per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in *Gli Stranieri*, 2/2011, 585-586, e lo scritto già citato di B. NASCIBENE, *Refugees, The European Union and the “Dublin System”*. *The reasons for a Crisis*, cit., 101 ss. Per un esame delle proposte finalizzate a riformare il “sistema Dublino” eliminando le criticità più significative, rinvio invece a E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, S. CARRERA, *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin Study for the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, 2015, in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>89</sup> Cfr. Corte di Giustizia, C-84/12, sentenza del 19 dicembre 2013, *Koushkaki v. Germany*, specie par. 55.

canza di una normazione sufficientemente precisa e vincolante ingenera sfiducia tra gli Stati membri, condizionando negativamente il funzionamento dello Spazio Schengen.

La locuzione comunemente utilizzata per descrivere lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia quale Spazio senza frontiere non indica insomma, al momento, il dissolvimento dei confini territoriali quale connotato irrinunciabile del dispiegarsi di poteri sovrani; l'Unione Europea continua anzi a costituire un'istituzione sovranazionale che sovrappone le proprie frontiere al confine territoriale degli Stati posti "al limite" dell'Unione e, grazie all'individuazione di un'ideale frontiera esterna, semplicemente consente di "alleggerire" i controlli sui confini interni tenendo in vita i limiti territoriali di esercizio delle competenze (legislative, amministrative e giurisdizionali) nazionali<sup>90</sup>.

Al di là del valore simbolico certamente ascrivibile alla creazione di uno *Spazio* senza frontiere, la preservazione delle aspirazioni costituzionali dell'Unione europea reclama pertanto il superamento della logica del *quadro minimo* di riferimento ai legislatori nazionali, in particolare andando a sopperire alle carenze della legislazione europea in materia di attraversamento delle frontiere esterne<sup>91</sup>, così da sovranazionalizzare le scelte relative alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, creando i presupposti per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati dagli Stati membri in materia<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup>Cfr., da ultimo, K. F. GÄRDITZ, *Territoriality, Democracy, and Borders: A Retrospective on The Refugee Crisis*, in (17) *German Law Journal*, no. 6 (2016), 912.

<sup>91</sup> Va letta in questa logica la norma di apertura del Titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dedicato allo «spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia» laddove precisa l'esigenza di realizzazione di quest'ultimo «nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» associando, ancora una volta, alla libertà di circolazione delle persone in assenza di controlli alle frontiere interne lo sviluppo di *politiche comuni* in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne «fondat(e) sulla solidarietà tra Stati membri (ed) equ(e) nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi». A tale disposizione occorre aggiungere quanto previsto dall'articolo 68 TFUE secondo cui il Consiglio europeo «definisce gli orientamenti strategici della programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia», fermo restando che gli atti diretti a concretizzare tale programmazione sono adottati secondo le regole comuni del Trattato (e dunque facendo ricorso, per ciò che riguarda il settore asilo ed immigrazione alla procedura legislativa ordinaria, cfr. artt. 78 e 79 TFUE). In attuazione di tale principio è stata presentata dalla Commissione europea una proposta di Regolamento COM (2015) 450 *final* tesa a modificare il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 604/2013 (c.d. Dublino III).

<sup>92</sup> La strada del mutuo riconoscimento dei provvedimenti adottati in materia di asilo è indicata dalla stessa Commissione europea nell'Agenda europea sulla migrazione, COM



La circostanza che, alla luce del Trattato, le competenze dell'Unione europea in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo ed immigrazione siano *concorrenti* con quelle degli Stati indica del resto, semplicemente, che questi ultimi conservano competenza normativa fintanto che l'Unione non abbia esercitato la propria e che le perduranti competenze nazionali sono dovute al fatto che l'Unione ha esercitato le proprie solo in minima parte<sup>93</sup>.

La predisposizione, da parte del legislatore europeo, di criteri idonei a delimitare maggiormente la discrezionalità esercitabile dalle istituzioni nazionali negli ambiti materiali rilevanti per la creazione di uno Spazio europeo in cui possa esplicarsi la libertà di circolazione delle persone costituisce dunque un passaggio irrinunciabile: difficile prevedere il futuro, ma dal raggiungimento di tale obiettivo, giacché direttamente correlato alla configurazione di una precisa identità politica<sup>94</sup>, dipende gran parte delle concrete possibilità di realizzazione di un'unione dei popoli europei<sup>95</sup>.

---

(2015) 240 *final*, 13 maggio 2015, specie pag. 19, ed include ovviamente l'esigenza di una riflessione *a lungo termine* sull'istituzione di un unico processo decisionale in materia di asilo al fine di garantire la parità di trattamento dei richiedenti asilo in tutta Europa.

<sup>93</sup> Sul rapporto tra garanzia dei diritti fondamentali (all'epoca "comunitari") e "governo della legge", cfr. già F. SORRENTINO, *Intervento al Convegno "Le Comunità europee e i diritti dell'uomo"* (Venezia, 9-11 novembre 1979), in AA. VV., *Europa e diritti umani*, Edizioni EDA, Torino, 1981, 231-232 e, da ultimo, B. NASCIBENE, *Refugees, The European Union and the "Dublin System"*, cit., specie 113, nonché M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in (17) *German Law Journal*, cit., 988 ss. (con specifico riguardo all'insufficiente disciplina legislativa delle misure amministrative adottate nei confronti dei rifugiati approdati in Italia, v. 1001 ss.).

<sup>94</sup> Si ritiene da molti che il diritto incondizionato di entrare (e soggiornare) liberamente nel territorio di uno Stato (ma anche di espatriare e rientrare) costituisca un diritto politico, riservato come tale ai soli cittadini di uno Stato. Si tratta di una concezione riecheggiata anche dal nostro articolo 16 Cost. che, menzionando espressamente i cittadini, riserva a costoro il diritto costituzionalmente garantito di circolare e soggiornare liberamente nel territorio nazionale, salvo uscirne e rientrarvi, cfr. per tutti M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in ENC. GIUR., Treccani, Roma 1995, 5 e, sulle origini storiche del c.d. diritto di *incolato*, B. NASCIBENE, *Lo straniero nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1980, 12 ss. Non si tratta invero della sola, possibile ricostruzione di tale libertà che anzi, sempre in prospettiva storica, è da molti autori associata all'esercizio della libertà personale ed in questa prospettiva riconosciuta in modo incondizionato anche agli stranieri giacché rispondente al bisogno fondamentale dell'individuo di spostarsi e stabilirsi in un certo luogo, cfr., per tutti, L. FERRAJOLI, *La libertà di circolazione e soggiorno. Per chi?*, in M. BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, 179. Mi sembra peraltro che, anche senza prendere posizione in merito al peso ascrivibile al dato lette-



---

rale delle norme che riferiscono tale libertà ai soli cittadini, l'impossibilità di riconoscere una *generalizzata* libertà di circolare e soggiornare nel territorio nazionale agli stranieri sia implicitamente riconosciuta anche da quanti - dopo averne sostenuto la riconduzione all'orbita delle *libertà civili* - ritengono ammissibili gli interventi legislativi atti a disciplinare il regime d'ingresso, soggiorno, espulsione e rimpatrio dello straniero, purché in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Per questa seconda ricostruzione, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, v. già M. MAZZIOTTI, *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, 14 ss.

<sup>95</sup>Questo aspetto emerge in particolare dalla riluttanza di svariati Stati membri ad accettare (in modo complementare al ripristino dei controlli) meccanismi di trasferimento obbligatorio dei migranti, in applicazione del principio di solidarietà (emblematici i ricorsi per annullamento contro la decisione adottata dalla Commissione europea, 2015/1601 del 22 settembre 2015, depositati dalla Slovacchia, C-643/15, *Slovakia v. Council*, e dall'Ungheria, C-647/15, *Hungary v. Council*). Per un'impostazione in termini generali del rapporto tra vincolo di cittadinanza e godimento dei diritti fondamentali (impostazione che mi sembra valida malgrado gli importanti mutamenti politico-istituzionali nel frattempo intervenuti nell'Unione europea), cfr. già M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 2/1992, 203 ss. che, anche di recente, ritorna sull'impossibilità di teorizzare «un illimitato diritto umano all'immigrazione e all'accoglienza», cfr. ID., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 2.



# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

*Vicedirettore* Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**,

Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano

**PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Sara

**SPUNTARELLI**, Chiara

**TRIPODINA**

## Redazione

Andrea

**DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)