

Se gli Stati membri tornano Stati nazione: frontiere e immigrazione al vaglio della Corte di giustizia

di *Claudia Sartoretti*

Title: If member States return to be nation-States: borders and immigration under scrutiny by the European Court of Justice

Keywords: Internal/external borders; Immigration; Schengen area.

1. – Lungi dall'apparire un concetto anacronistico, una sorta di reminiscenza arcaica, la frontiera, nell'odierno mondo globalizzato, si è contraddistinta per la sua straordinaria resilienza e capacità, al tempo stesso, di rimodularsi, sfumarsi, rigenerarsi.

Non una semplice traccia astratta, ma una vera e propria istituzione iscritta nel diritto e dotata di forza strutturante, causa di conflitti e allo stesso fonte inesauribile di innumerevoli negoziazioni, trattati e decisioni. (Cfr., sull'argomento, *ex multis*, M. Foucher, *Frontières: rejet, attachement, obsession*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 5 ss.).

Dal punto di vista giuridico le frontiere assumono rilievo nell'ambito internazionale, ma non va certo trascurata la funzione che il concetto di *limes* svolge anche a livello costituzionale là ove esso, per definizione, rimanda ad una porzione di territorio sulla quale uno Stato esercita il suo potere. Non è infatti un caso che numerose Costituzioni, secondo una prospettiva comparata, si occupino espressamente della questione "frontiere" evidenziando come la loro conservazione continui a rappresentare un fattore determinante per lo Stato e per la sua sovranità. Così, ad esempio, la Costituzione dell'Honduras che consacra un intero capitolo - capitolo II, artt. 9-14 - al territorio precisando i confini rispetto agli altri Stati e richiamando gli accordi su cui essi si fondano, e altrettanto dicasi anche per le Costituzioni serba, ucraina, peruviana e russa che hanno codificato al loro interno la nozione di frontiere, precisandone i tratti distintivi - esse sono considerate inviolabili - e precisandone la loro allocazione.

Come è noto, il concetto di ordinamento statale che ereditiamo dalla storia moderna si fonda sull'esercizio di un potere originario e indipendente sopra un territorio definito da frontiere a beneficio della vita di una comunità costituita dai cittadini, chiamati a esercitare i propri diritti e adempiere i propri doveri. (Cfr., fra gli altri, S. Cassese, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016). Questi aspetti sono però apparsi per certi versi in fluida evoluzione, grazie innanzitutto alla presenza di istituzioni internazionali come, ad esempio, l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) o l'Unione Europea, che disciplinano materie tradizionalmente rientranti nella sfera della sovranità statale, con la conseguente limitazione di quest'ultima. La nascita di organismi internazionali come l'ONU o l'UE può essere interpretata come un primo segnale di una sottesa volontà di creare, ad un certo punto,

un mondo in cui la sovranità e i confini degli Stati avrebbero dovuto contare sempre meno, nella prospettiva di arrivare ad una pace comune e alla tutela universale dei diritti umani. In quest'ottica gli ordinamenti nazionali hanno progressivamente individuato (come nel caso italiano dell'art. 11 Cost. o in quello francese del punto 15 del Preambolo alla Costituzione del 1946 o, ancora, in quello tedesco dell'art. 24 della *Grundgesetz*) o introdotto *ex novo* (come è accaduto in Belgio, la cui Costituzione, caratterizzata da una impostazione ottocentesca, affermava all'art. 25 (oggi art. 33, dopo la nuova numerazione realizzata nel 1993) che «tutti i poteri emanano dalla Nazione»; soltanto nel 1970 è stato inserito un nuovo art. 25-bis (oggi art. 34) secondo il quale «L'esercizio di determinati poteri può essere attribuito da un trattato o da una legge ad istituzioni di diritto internazionale pubblico») a livello costituzionale dei meccanismi volti a legittimare limitazioni della sovranità dello Stato a vantaggio di enti sovranazionali.

Ad influire notevolmente sulla riconfigurazione dei confini statali non è stato però soltanto lo sviluppo di forme di potere disgiunte dal territorio ma anche la proliferazione del commercio internazionale, delle comunicazioni di massa, di internet oltre all'espansione del settore dei trasporti che ha certamente facilitato i continui spostamenti di persone, da un paese all'altro, da un continente all'altro. Secondo il geografo indiano Parag Khanna (P. Khanna, *Connectography. Le mappe del futuro ordine mondiale*, trad. it., Roma, 2016, 43) staremmo addirittura assistendo ad una rivoluzione in cui «il mondo fondato sul mosaico interstatale sta cedendo terreno» e sta entrando in una nuova era, quella della «connettività globale».

Se però da una parte si rivendica la fluidità, la porosità delle frontiere, quando non si arriva addirittura anche a decretarne la fine, dall'altra la sovranità territoriale sembra ancora esprimere tutta la sua forza nelle frontiere allorché si trova a dover regolare o talvolta fermare i flussi migratori. Come un Giano bifronte, il mondo odierno pare così mostrare un duplice volto, da un lato quello “globale” caratterizzato dall'apertura e dall'indebolimento dei confini di fronte alle esigenze dettate dal commercio internazionale e dalle nuove comunicazioni, dall'altro quello più propriamente westphaliano che in nome della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico invoca la chiusura ed il rafforzamento delle frontiere statali. (Si rammenti il caso francese che a seguito degli attentati terroristici del 13 novembre 2015 ha visto introdurre lo stato d'eccezione accompagnato dalla sospensione di Schengen e dal ripristino di serrati e ininterrotti controlli alle frontiere del paese). Negli ultimi anni l'aumento massiccio di migrazioni provenienti da contesti extraeuropei ha contribuito ulteriormente e in modo notevole ad irrigidire i controlli alle frontiere spingendo numerosi paesi quasi a riappropriarsi della gestione completa dei propri confini addirittura mediante la costruzione fisica di muri in cemento o l'introduzione di imponenti reti sorvegliate. (Si tratta di atti essenzialmente unilaterali che – come osserva A. Novosselef, *Les murs de séparation, une somme de contradictions*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 113 ss. – vanno distinti anche dal concetto di frontiera, il quale rimanda piuttosto ad una linea di demarcazione territoriale riconosciuta da ambedue i versanti). La barriera tra il Messico e gli Stati Uniti, ad esempio, costruita in alcune parti del confine tra Messico e Stati Uniti all'inizio degli anni '90, è stata eretta con lo scopo esplicito di fermare i *migrantes* irregolari, anche se, paradossalmente, questa barriera, una delle più controllate e sorvegliate al mondo, non ha impedito che il confine tra i due Stati venisse attraversato, anche in modo irregolare. (Per Z. Bauman, *Nascono sui confini le nuove identità*, in *Corriere della Sera*, 24 maggio 2009, 24-25, «i muri sono, per principio, valicabili - anche se le guardie da entrambi i lati hanno scopi opposti e cercano di rendere l'osmosi (la permeabilità e penetrabilità dei confini) asimmetrica»). Nel continente europeo è sufficiente segnalare il caso ungherese che ha visto la costruzione di una barriera di filo spinato al confine con la Serbia, un'iniziativa, questa, intrapresa anche dal Governo macedone per bloccare i migranti in viaggio sulla c.d. rotta balcanica al confine con la Grecia; analoga soluzione è stata

adottata al confine tra la Turchia e la Grecia, mentre sin dal 1990 va segnalata l'introduzione in Spagna di una barriera per proteggere le *enclaves* spagnole di Ceuta e Melilla. (S. Mezzadra, *Confini, migrazioni, cittadinanza*, in *Scienza & Politica*, 2004, 82 ss., riporta quanto osservato già nel 2004 dagli organizzatori del Festival della filosofia svoltosi a Modena il 17 settembre di quel medesimo anno, e cioè che il sogno di uno spazio totalmente fluido e attraversabile sia invero l'ultima utopia del Ventesimo secolo e che «uno dei risultati più immediati dei movimenti e delle interconnessioni globali pare consistere piuttosto in una proliferazione di confini, sistemi di sicurezza, *checkpoints*, frontiere fisiche e virtuali»).

Con particolare riferimento all'Europa, sappiamo che l'avvio del percorso di integrazione europea e lo sviluppo del diritto dell'Unione hanno certamente contribuito a mettere in discussione la nozione di frontiera come elemento essenziale della sovranità dello Stato e rispetto delle sue competenze, inaugurando un cammino destinato a concludersi con l'affermazione di una nuova concezione di "frontiera unica europea", quale luogo di sovranità condivisa in cui i confini non sono più funzionali alla (mera) tutela della sicurezza nazionale, ma si configurano come strumenti di difesa del territorio unico europeo e dello spazio comune di libera circolazione. (Cfr., M. Benlolo Carabot, *La transformation de la notion de frontière dans l'Union européenne*, in *Pouvoirs*, n.2, 2018, 65 ss., osserva come la frontiera nel quadro dell'UE costituisca principalmente un luogo di scambio, piuttosto che di cesura). Non a caso la disciplina dell'immigrazione – regolare e irregolare – si rinviene per gran parte nel diritto dell'Unione Europea piuttosto che nei singoli ordinamenti nazionali, a conferma dell'intento originario di abolire i controlli alle frontiere interne allo scopo di dare origine ad una nuova politica comune in materia di controllo delle frontiere esterne. Ciò nondimeno, come è stato osservato (E. Balibar, *Crisi e fine dell'Europa*, Torino, 2016, 84) le frontiere europee, al di là dei "buoni propositi" iniziali, si sono prevalentemente limitate a sovrapporsi senza riuscire invero a fondersi completamente, come dimostra il fatto che ancora oggi si assiste allo scontro fra il diritto "degli spazi" e quello dei diritti dell'uomo (cfr., sul punto, *ex multis*, L. Callejon-Sereni, *La redefinition des frontières par les droits de l'Homme*, in M. Fatin-Rouge Stéfanini, E. Mehdi, *La frontière revisitée*, Varenne, 2016, 125 ss.), ovvero fra libertà di migrare e universalismo dei diritti umani, da una parte, e sicurezza e ordine pubblico dei singoli Stati dall'altra. (M. Paz, *The Law of Walls*, in *Eur. J. Int'l L.*, n. 2, 2017, 601 ss., ma spec., 604, osserva che «A notion of basic human rights demands a porous border, at least with respect to process rights, and constructing a wall interferes with this demand»).

Si sta sostanzialmente assistendo ad una rinascita dei confini in seno all'Europa, come emerge da una rapida analisi comparativa che vede, oltre ai muri fisici a cui si è sopra accennato, Austria, Danimarca, Francia, Germania e Svezia (oltre alla Norvegia, che non fa parte dell'UE ma rientra nell'area Schengen) erigere barriere virtuali, attraverso la sospensione dal 2015 della libera circolazione e l'introduzione di controlli straordinari alle frontiere interne all'Unione.

L'Unione, come è noto, ha mirato ad evitare il più possibile i controlli alle frontiere interne, sostituendoli con un'azione di controllo e di sorveglianza all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne, ma pur promuovendo una unione sempre più solida e stretta ponendo al centro della propria azione la persona con l'istituzione della cittadinanza dell'Unione e di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, non ha tuttavia mai posto in discussione «la competenza degli Stati membri riguardo alla delimitazione geografica delle rispettive frontiere, conformemente al diritto internazionale» (art. 77, par. 4, TFUE) Gli Stati membri, nelle pieghe dei testi dei trattati internazionali, hanno così finito per trovare una sorta di legittimazione per eventuali politiche di regolamentazione del fenomeno migratorio restrittive e finalizzate ad inquadrare i flussi migratori entro gli schemi dell'emergenza securitaria. (C. Favilli, *La politica dell'Unione in materia d'immigrazione e asilo: Carenze strutturali e*

antagonismo tra gli Stati membri, in *Quad. cost.*, n. 2, 2018, 361 ss., osserva criticamente come in materia di immigrazione e, nella fattispecie, in materia di controlli alle frontiere e diritto d'asilo, l'Europa tenda a riprodurre invero dinamiche analoghe a quelle dell'epoca in cui l'immigrazione e l'asilo erano ancora politiche di cooperazione internazionale tra gli Stati europei, con il risultato essa appare spesso agire come strumento per la realizzazione di politiche e di obiettivi nazionali, anziché come un'organizzazione sovranazionale che persegue finalità ed obiettivi propri, nell'interesse dei popoli europei).

Frontiere esterne e frontiere interne tornano così a confrontarsi: le prime modellate sull'ideale unico di garantire la libera circolazione di merci, capitali, servizi e persone all'interno di uno spazio "inclusivo" – quello appunto europeo – in cui si privilegiano scambio e mobilità interstatale (in tal senso, come risulta dagli stessi accordi di Schengen, la frontiera esterna dell'Unione viene a configurarsi come una linea di demarcazione rafforzata e spostata ai confini europei allo scopo precipuo di compensare l'eliminazione delle frontiere tra gli Stati membri); le seconde (le frontiere degli Stati membri e *tra* gli Stati membri) caratterizzate piuttosto da una propensione esclusiva e fondate invece su un concetto di ambito spaziale che coincide con quello di territorio dello Stato, chiuso e sovrano. I due concetti non paiono assimilabili, l'abolizione dei controlli alle frontiere interne presuppone infatti in linea di principio un rafforzamento degli stessi alle frontiere esterne e viceversa. Nello specifico, la creazione del confine/frontiera d'Europa richiede necessariamente che la costruzione della frontiera esterna e la trasformazione di quella interna si intreccino e interagiscano fra loro, facilitando da una parte l'attraversamento dei confini nazionali che dividono fra loro i paesi membri dell'UE e dall'altro delegando a quelli esterni il compito di stabilire una demarcazione tra un "dentro" e un "fuori".

Le frontiere interne, come limite politico interstatale, continuano dunque ad esistere, ma vengono affiancate dalla costruzione, esclusivamente normativa, della frontiera "esterna", la quale, svincolata dal legame con la territorialità, si sovrappone alle frontiere statali, risultando funzionale alla creazione di uno spazio che, al tempo stesso, circonda l'ambito di azione di un ordinamento sovranazionale non sovrano e priva i confini nazionali della loro principale funzione di controllo.

Le frontiere europee – è stato sottolineato (così, G. Lepesant, *La gestion des frontières dans le projet d'élargissement oriental de l'Union européenne*, in V. Rey, T. Saint-Julien (dir.), *Territoires d'Europe. La différence en partage*, Lyon, 2005, 245 ss.) – devono inoltre "fare sistema" affinché i limiti interni e quelli esterni siano interdipendenti e i confini esterni dell'Unione europea vengano gestiti secondo gli stessi standard – a est come a ovest (J. Nelles, Olivier Walther, *Changing European borders: from separation to interface? An introduction*, in *Journal of Urban Research* (Online), 6, 2011): non sempre la stessa gestione delle frontiere esterne risulta invece omogenea, finendo talvolta per essere affidata ai singoli Stati membri nei cui territori i tratti di confine esterni trovano collocazione geografica. (Per gli Stati la cui frontiera è anche frontiera esterna dell'Unione, lo spazio frontaliero viene, infatti, a svolgere una funzione ambivalente e risponde a due ordinamenti distinti – quello nazionale e quello europeo – in base ai rispettivi ambiti di competenza. Sul punto, cfr., D. Rrushi, *La questione delle frontiere dell'Unione europea tra sovranità statale e universalismo dei diritti fondamentali. Lo spazio dell'Europa unita e i suoi riflessi sul principio di cittadinanza*, Granada, 2014, *passim*).

Non a caso si è parlato criticamente di "ambiguità" delle frontiere esterne che seppur elette a luoghi di sovranità condivisa, e – come tali – soggette alla regolamentazione di competenza dell'Unione, sovente sono apparse piuttosto come aree subordinate al pieno esercizio della sovranità statale in cui gli Stati frontalieri esercitano i poteri di controllo loro riconosciuti nel proprio interesse nazionale, allo scopo cioè di mantenere l'ordine pubblico e la sicurezza domestica. Un aspetto, questo che – come la chiusura delle frontiere interne dell'Unione per mano dei singoli

ordinamenti nazionali, preoccupati per i sempre maggiori flussi immigratori che si riversano nel Vecchio Continente – pone numerosi interrogativi sull'efficacia ed efficienza degli strumenti messi in atto a livello europeo (a cominciare dalla stessa Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne dell'Unione (FRONTEX)) per istituire concretamente un valido ed effettivo sistema di gestione integrato e condiviso delle frontiere esterne in cui sicurezza e libertà di circolazione riescano a trovare un punto di equilibrio stabile e non soggetto alle contingenze fattuali e politiche del momento. (Cfr., C. Siccardi, Tesi di dottorato in Diritto costituzionale, *Migrazioni e confine le sfide del costituzionalismo moderno*, discussa il 31.01.2019 presso l'Università degli Studi di Milano e pubblicata nell'archivio nazionale della ricerca (AIR)).

L'irruzione dell'interesse nazionale nello spazio unico europeo è palpabile; la circostanza che vede la responsabilità nel controllo delle frontiere comuni ricadere sovente in modo pressoché esclusivo sui paesi frontalieri (non sempre capaci di assolvere l'arduo compito richiesto loro di coniugare l'azione nazionale con la volontà europea) e l'ampio margine di discrezionalità di cui sembrano godere sempre più le autorità domestiche nel dominio dei propri confini interni hanno inevitabilmente messo a dura prova lo spirito unitario e solidale dell'UE, giustificando, nel concreto, il ricorso a strumenti securitari nazionali e l'adozione di politiche statali sempre più repressive che rischiano di compromettere la protezione dei diritti fondamentali. (F. Duque, *La membrana europea*, in M. Ponzi, D. Gentili (cur.), *Soglie. Per una nuova teoria dello spazio*, Sesto San Giovanni, 2012, 107 ss., ma spec., 124, osserva che per «centrare la sorte dell'Europa» è necessario che gli Stati membri dell'UE cedano buona parte della loro sovranità, ma questa solidale concessione deve essere resa possibile grazie a una coesione avvolgente, che impedisca tanto l'irrigidimento e il restringimento interni quanto il salasso esterno»).

2. – A cogliere tutta la criticità del quadro appena tratteggiato e a mettere in evidenza la conflittualità odierna fra l'ideale europeo dell'assorbimento della territorialità nazionale nel più largo spazio europeo di diritto ed il richiamo sempre più forte al localismo (*rectius*, allo Stato nazionale), è la sentenza del 21 marzo 2019 (Corte giust., grande Sezione, sent. 21-3-2019, C-444/17, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib*) in commento, con la quale la Corte di giustizia è intervenuta in materia di frontiere, cercando innanzitutto di chiarire il significato dei termini "frontiera interna" e "frontiera esterna" e di spiegare perché essi non siano fra loro comparabili.

A chiedere l'intervento del giudice europeo è la *Cour de cassation* francese che in data 12 luglio 2017 ha rivolto alla Corte di giustizia domanda di pronuncia pregiudiziale sul caso di un cittadino marocchino, precedentemente destinatario di un provvedimento di allontanamento dal territorio francese notificatogli il 10 agosto 2013, che, trovandosi a bordo di un pullman proveniente dal Marocco, veniva sottoposto a controllo nel territorio francese, in prossimità della frontiera che separa Francia e Spagna. Il controllo avveniva in virtù del ripristino temporaneo, in Francia, del controllo di frontiera alle frontiere interne comuni a quest'ultima e ad altri Stati membri facenti parte dello spazio Schengen.

Sospettato di essere entrato illegalmente nel territorio francese (reato previsto all'articolo L. 621-2 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, (CESEDA)), il sig. Arib veniva sottoposto a fermo di polizia e, il giorno successivo, il *Préfet des Pyrénées-Orientales* adottava nei suoi confronti un decreto recante l'obbligo di lasciare il territorio francese, ordinandone il trattenimento amministrativo. Successivamente, con ordinanza del 21 giugno 2016, il *Juge des libertés et de la détention* del *Tribunal de grande instance de Perpignan* annullava il fermo di polizia cui era stato sottoposto il sig. Arib e il successivo procedimento, compreso il trattenimento

amministrativo del medesimo, con la motivazione che la misura adottata non poteva essere eseguita poiché il diretto interessato è un cittadino di un Paese terzo in situazione irregolare che ha attraversato una frontiera interna (quella tra la Francia e la Spagna) e come tale deve essergli applicata la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, ai sensi della quale, in circostanze come quelle del caso di specie, non può essere applicata alcuna pena detentiva. La *Cour d'appel de Montpellier* confermava la decisione di primo grado ed il *Préfet des Pyrénées-Orientales* proponeva allora ricorso per Cassazione facendo valere, in particolare, che in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna, uno Stato membro può, in via eccezionale (e ai sensi della disciplina del codice frontiere Schengen), ripristinare il controllo alle sue frontiere interne, con la conseguente parziale disapplicazione della direttiva 2008/115/CE e l'adozione di procedure di rimpatrio nazionali semplificate ai sensi dell'art.2, paragrafo 2, lettera a) della medesima. Secondo il Prefetto, inoltre, poiché le misure di tutela previste da tale direttiva non sono in tal caso applicabili, una persona entrata irregolarmente in Francia può essere controllata, conformemente alle disposizioni di cui all'articolo 78-2, nono comma, del codice di procedura penale e, qualora si trovi in una situazione irregolare, può incorrere in una pena detentiva ed essere quindi sottoposta a fermo di polizia.

Il giudice del rinvio, chiamato a pronunciarsi sulla questione, rammenta innanzitutto che la direttiva 2008/115/CE impone agli Stati membri di adottare una decisione di allontanamento nei confronti di qualunque cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio sia irregolare, e prevede che il medesimo possa essere trattenuto soltanto al fine di preparare il suo rimpatrio o effettuare il suo allontanamento e a condizione che non possa essere efficacemente applicata alcuna misura sufficiente, ma meno coercitiva. Visto il ripristino di frontiere interne, la *Cour de cassation* si interroga però sulla effettiva possibilità di estendere l'applicazione della normativa europea (comprese le sue eccezioni di cui all'art.2, paragrafo 2, lettera a)) anche al caso di specie e segnatamente anche ai controlli effettuati al confine franco-spagnolo. Il giudice di ultima istanza francese si domanda cioè se sia possibile equiparare i controlli ripristinati ad una frontiera interna di uno Stato membro con quelli svolti ad una frontiera esterna: la questione è piuttosto complessa e verte sulla corretta interpretazione da dare a testi europei; l'organo giurisdizionale francese opta pertanto per sospendere il procedimento e rimettere la soluzione del problema alla Corte di giustizia europea.

3. – Nell'area Schengen, gli Stati firmatari hanno – come è noto – abolito i controlli sui movimenti transfrontalieri alle loro frontiere interne e li hanno trasferiti su una frontiera esterna comune, in cui i controlli d'ingresso sono effettuati secondo procedure identiche. Si applicano norme comuni relative alle condizioni di ingresso, nel settore dei visti per soggiorni di breve durata, per le domande di asilo nonché per le procedure di controllo dei valichi di frontiera. Dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, l'*acquis* di Schengen è stato incorporato nel corpus legislativo dell'Unione: le regole non sono più stabilite convenzionalmente tra i membri, ma sono adottate attraverso la procedura legislativa ordinaria.

Come emerge dalla descrizione del contesto normativo di riferimento fatta dalla Corte di giustizia, l'attraversamento delle frontiere e il controllo delle medesime sono dunque disciplinati dal regolamento UE del 9 marzo 2016, n.399 (il quale istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen)), che all'art.22 prevede espressamente: «Le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità». La normativa offre, tuttavia, agli Stati membri la possibilità, in circostanze

eccezionali, di ripristinare temporaneamente il controllo alle loro frontiere interne, stabilendo all'art. 32 che in tal caso devono applicarsi «*mutatis mutandis* le pertinenti disposizioni sulle frontiere esterne». Il campo di applicazione di questa frase non era mai stato specificato, in particolare per quanto riguarda la qualificazione della frontiera interessata. Infatti, sebbene i due concetti di frontiere esterne e interne siano definiti con precisione dal codice stesso, le conseguenze giuridiche risultanti dalla reintroduzione temporanea dei controlli sono rimaste parzialmente non chiare, per quanto riguarda la natura delle frontiere stesse. La Corte, nella sentenza in commento, ha così il merito di aver chiarito la portata dell'art. 32 precisando innanzitutto che esso «non intende in alcun modo derogare alle norme e procedure comuni stabilite dalla direttiva rimpatri» (punto 64). A tale scopo il giudice europeo richiama la sua precedente giurisprudenza, da cui emerge che le fattispecie che giustificano deroghe alla disciplina comune dettata dalla direttiva "rimpatri" sono esclusivamente quelle di cui all'articolo 2 par. 2 lett. a) della stessa, le quali «si riferiscono esclusivamente all'attraversamento di una frontiera *esterna* di uno Stato membro» non consentendo pertanto «agli Stati membri di sottrarre cittadini di paesi terzi che versino in situazione di irregolare soggiorno all'ambito di applicazione di detta direttiva a motivo del loro irregolare ingresso attraverso una frontiera interna» (punto 47).

Più specificatamente, in base al paragrafo 2, lettera a) dell'art. 2 della direttiva 2008/115/CE, gli Stati membri possono decidere di non applicare la medesima normativa ai cittadini di paesi terzi «sottoposti a respingimento alla frontiera conformemente all'articolo 13 del codice frontiere Schengen ovvero fermati o scoperti dalle competenti autorità in occasione dell'attraversamento irregolare via terra, mare o aria della frontiera esterna di uno Stato membro e che non hanno successivamente ottenuto un'autorizzazione o un diritto di soggiorno in tale Stato membro».

Il signor Arib potrebbe allora rientrare nella eccezione di cui sopra? Sulla scia di una precedente pronuncia (Corte giust., grande Sezione, sent. 7-6-2016, C-47/15, *Sélina Affum c. Préfet du Pas de Calais e Procureur général de la Cour d'appel de Douai*), la Corte di giustizia ribadisce che anche per il caso qui in esame l'art.2 della direttiva rimpatri vada riferito «esclusivamente all'attraversamento di una frontiera esterna (...) e quindi non riguardi l'attraversamento di una frontiera comune agli Stati membri che fanno parte dell'area Schengen» (punto 45). Il caso del signor Arib, pertanto, non appare riconducibile alla fattispecie prevista dall'art. 2, paragrafo 2, lett a) summenzionato, poiché l'interessato, pur trovandosi in una situazione di soggiorno irregolare, è stato intercettato allorché tentava di oltrepassare un confine interno (quello appunto che divide la Francia dalla Spagna) e non una frontiera esterna.

Quale deroga all'ambito di applicazione della direttiva 2008/115/CE, l'eccezione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della medesima, deve d'altra parte essere interpretata in modo restrittivo. Così come formulata, tale disposizione non lascerebbe infatti margini per un'interpretazione diversa da quella che si ricava dal senso fatto palese dalle parole: essa si riferisce solo ed esclusivamente ai cittadini di paesi terzi che si trovano presso una "frontiera esterna" di uno Stato membro. Non si fa alcuna menzione in merito alla possibilità di equiparare tale situazione a quella di un cittadino di paesi terzi che si trovi ad una frontiera interna sulla quale sono stati ripristinati i controlli di frontiera in forza dell'articolo 25 del codice frontiere Schengen, o nelle immediate vicinanze di tale frontiera interna, e ciò anche se, alla data di adozione della presente direttiva, gli articoli 23 e 28 del regolamento n. 562/2006 (regolamento CE n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006 che istituisce il codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) successivamente modificato dal regolamento n.399/2016) prevedevano già, da un lato, che gli Stati membri potessero ripristinare, a titolo eccezionale, il controllo di frontiera alle loro frontiere interne in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna e, dall'altro, che, in un caso del genere,

le disposizioni pertinenti di tale regolamento relative alle frontiere esterne fossero applicabili *mutatis mutandis*. Come ricorda l'avvocato generale nelle sue conclusioni, non bisogna infatti ipotizzare che in forza di tale disposizione, necessariamente «l'espressione frontiera esterna sostituisca integralmente l'espressione frontiera interna ai fini del codice frontiere Schengen o di altri strumenti giuridici come la direttiva 2008/15» (Conclusioni, punto 50). Il titolo III del codice frontiere Schengen – osserva ancora l'avvocato generale – disciplina le frontiere interne; la regola generale, che costituisce la ragion d'essere e la disposizione chiave di tale codice, è formulata, nel titolo III, all'articolo 22: le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone. Oltre all'assenza del controllo di frontiera alle frontiere interne, il titolo III del codice frontiere Schengen (capo I – articoli da 22 a 24) tratta del ripristino temporaneo del controllo di frontiera alle frontiere interne (capo II – articoli da 25 a 35). È in tale contesto che l'articolo 32 del codice frontiere Schengen prevede che in caso di ripristino del controllo di frontiera alle frontiere interne, si applicano *mutatis mutandis* le pertinenti disposizioni del titolo II. La disposizione in parola, quindi, si riferisce chiaramente alle altre disposizioni del codice frontiere Schengen. La direttiva 2008/115/CE non vi è affatto menzionata! Allo stesso tempo il testo dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115/CE è chiaro: tale disposizione parla effettivamente di una frontiera *esterna*. E se gli Stati membri si avvalgono di tale facoltà – spiega esaurientemente l'avvocato generale (Conclusioni punto 55) – prevista all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115, optando per non applicare questo provvedimento ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sul territorio di uno Stato membro è irregolare, è perché è molto più facile rimpatriare un cittadino di un Paese terzo da una frontiera esterna. Tuttavia, «la situazione di un cittadino di un paese terzo che si trova già all'interno dello spazio Schengen si distingue nettamente dalla fattispecie di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115». (Conclusioni punto 57)

1004

La Corte accoglie le osservazioni dell'avvocato generale e conferma così nella sua decisione finale la necessità di un'interpretazione letterale (e restrittiva) dell'ambito di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2008/115/CE che appare, d'altra parte, suffragata anche dall'analisi del contesto di tale disposizione e, in particolare, da una lettura sistematica del codice frontiere Schengen. Di per sé, la direttiva non contiene, infatti, alcuna definizione delle espressioni “frontiera interna” o “frontiera esterna”, tuttavia, essa menziona più volte il codice frontiere Schengen in cui viene ampiamente precisato il contenuto dei due concetti, lasciando – secondo il giudice europeo – trasparire in modo inequivocabile l'inequiparabilità dei medesimi.

Non solo. In virtù dell'art. 2 del codice frontiere Schengen – fa notare ancora la Corte – le nozioni di “frontiere interne” e di “frontiere esterne” appaiono escludersi a vicenda (Sentenza punto 62).

Ne consegue pertanto che le misure adottate dagli Stati membri al fine di garantire un'efficace sorveglianza delle frontiere, «non possano avere l'effetto di modificare gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla direttiva rimpatri» (Sentenza punto 65).

4. – La decisione ivi annotata, benché essenzialmente strutturata attorno alle possibili esenzioni dall'applicazione della direttiva rimpatri, permette di far luce sull'ambito di applicazione delle disposizioni del codice frontiere Schengen in caso di reintroduzione temporanea dei controlli alle frontiere interne, chiarendo in modo netto la distinzione tra frontiere interne e frontiere esterne e ribadendo di fatto il carattere essenziale della libera circolazione delle persone nelle aree delimitate da confini interni.

La presente sentenza rammenta che, conformemente a quanto previsto dal codice Schengen che istituisce norme comuni per il ripristino temporaneo del controllo di

frontiera alle frontiere interne in circostanze eccezionali, la libera circolazione delle persone resta un principio fondamentale dell'Unione, la *raison d'être* del processo di integrazione europea, dal quale ogni deroga in nome del valore della sicurezza deve essere interpretata in modo restrittivo. Come ci ricorda l'avvocato generale Szpunar, «non vi è alcuna differenza tra un'intercettazione vicino al confine franco-spagnolo e un'intercettazione su *avenue des Champs-Élysées*» (Conclusioni punto 4) e la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne non possono pertanto rimettere in discussione tale assunto. (Si veda, anche una precedente decisione (Corte giust., sent., 21.6.2017, C-9/16, *A.*) in cui la Corte di giustizia europea è stata interpellata da un giudice tedesco in merito alla compatibilità di una misura nazionale con la regola di diritto primario e derivato UE che vieta i controlli alle frontiere interne. In questa occasione, il giudice europeo ha sottolineato che al fine di garantire che le misure di polizia non coincidano con le verifiche alle frontiere che il diritto UE proibisce non si richiede tanto che l'obiettivo da raggiungere sia per forza diverso dal prevenire o impedire l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato membro interessato (o di prevenire determinati reati), quanto, piuttosto, che la normativa nazionale circoscriva dettagliatamente i poteri degli agenti di polizia incaricati di effettuare i controlli).

Il progressivo sviluppo dell'integrazione europea, sia in termini di incremento delle sue competenze rispetto ai settori funzionali di governo del territorio, che in termini di numero dei suoi Stati membri, è stato storicamente accompagnato dallo svolgimento di due processi tra loro sincronici e inversamente proporzionali: la destrutturazione delle frontiere interne all'UE – le frontiere degli Stati membri – e la strutturazione delle frontiere esterne dell'Unione – le frontiere tra l'UE e i paesi terzi. Dalla decisione in esame emerge invece come – anche in conseguenza del dibattito pubblico degli ultimi anni sulla necessità di garantire la sicurezza delle frontiere esterne – si sia finito per trascurare l'ideale della realizzazione di un regime pieno ed effettivo di libera circolazione nei territori dei paesi membri. Certamente la fragilità degli strumenti adottati per garantire la solidarietà agli Stati di confine nella gestione della frontiera esterna ha finito per giocare un ruolo importante nel “risvegliare” il potere del singolo ordinamento sulle frontiere, anche e *a fortiori* in aperta polemica contro la gestione europea delle frontiere e dei flussi migratori. (F. Zorzi Giustiniani, *Da Frontex alla guardia di frontiera e costiera europea: novità in tema di gestione delle frontiere esterne*, in cit., 527. Sulla proposta, cfr., J. Rijpma, *The proposal for a European Border and Coast Guard: evolution or revolution in external border management?*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2016). Gli Stati non di confine hanno infatti riattivato i controlli alle frontiere al cospetto della debolezza del controllo alle frontiere esterne, il quale è percepito come una minaccia alla loro sicurezza nazionale; allo stesso tempo, gli Stati sulla frontiera esterna, a causa dell'insufficienza di uno sforzo comune nella gestione delle frontiere esterne intervengono al di fuori o in violazione delle norme europee, talvolta con azioni “dimostrative”, al fine di spingere l'Unione e gli altri Stati membri ad assumersi effettivamente la gestione condivisa delle frontiere, come richiesto dai Trattati. Tutto ciò ha finito per generare una sorta di circolo vizioso che è arrivato a sviluppare in seno a numerosi Stati europei istanze nazionaliste e sovraniste intente a propagandare l'inutilità, o addirittura la pericolosità, di una cessione di sovranità agli organismi europei, rivendicando il ruolo delle frontiere come strumento non solo di demarcazione territoriale, ma anche di *markers of identity*, e cioè di elemento di differenziazione identitaria di una nazione oltre che mezzo di promozione e protezione degli interessi della comunità nazionale, la sicurezza *in primis*.

La sentenza della Corte appare in questo contesto come un tentativo di riaffermare, al contrario, l'esistenza di uno spazio comune europeo, quale spazio funzionale e non geografico, svincolato da identità storiche escludenti ma permeabile, aperto al pluralismo e all'interculturalità, fondato sull'intreccio e l'interdipendenza di molteplici sovranità statuali insistenti sul medesimo ambito geografico. La conclusione

a cui addivene la Corte (allorché stabilisce di fatto che uno Stato non possa fare appello ad una situazione di minaccia grave per l'ordine pubblico o per la sicurezza interna per giustificare la deroga ad una normativa europea comune e che, in ogni caso, qualunque limitazione alla libertà in parola debba essere interpretata in maniera restrittiva) sembra voler rilanciare l'idea di un modello di spazialità politica fondato su una più estesa integrazione economica e culturale, imperniato sulle quattro libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali) e sulla conseguente eliminazione delle barriere e delle frontiere interne (art. 28 TUE).

Ma perché ciò sia possibile occorre che l'intento europeista si accompagni ad una concreta politica comune in materia di asilo, visti e rifugiati oltre ad un'efficace condivisione di doveri di accoglienza e di solidarietà da parte di tutti gli Stati membri, una sorta di "comunitarizzazione" – come è stato osservato (cfr., G. Scaccia, *Il territorio tra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *AIC*, n.3, 2017, 1 ss., ma spec., 37) – delle politiche di immigrazione e nella fattispecie di accoglienza fondata in modo reale «su una visione comune di Europa, e non riflesso di tatticismi e di egoismi nazionali». Osserva l'avvocato generale nelle sue conclusioni (punti 58 e 59), che gli Stati membri non devono tutelare in linea di principio gli stessi interessi giuridici alle frontiere esterne e a quelle interne. Uno Stato membro che, in forza del codice frontiere Schengen, è incaricato di controllare le frontiere esterne di tale spazio agisce nell'interesse di tutti gli Stati membri dello spazio Schengen, mentre, uno Stato membro che decide di ripristinare i controlli alle frontiere interne agisce, al contrario, nel proprio interesse.

Tutto questo sembra invero oggi mancare: non vi è uno sforzo condiviso nella gestione e nella sorveglianza dei movimenti dei cittadini provenienti da Stati terzi in corrispondenza delle frontiere esterne (e il dramma che si sta consumando in questi giorni al confine greco ne è un esempio). I paesi frontalieri sono tenuti a garantire un livello «efficace, elevato, uniforme» dei suddetti controlli e, in particolare, ad assicurare la sicurezza delle frontiere nell'interesse di tutti gli Stati partecipanti allo spazio Schengen (v., F. Pirola, *Frontiere "interne" e frontiere "esterne" pari non sono: i nuovi muri europei all'esame della Corte di giustizia* in *Dirittifondamentali.it*, n.1, 2019) ed i controlli ai confini interni dovrebbero costituire un'eccezione temporanea alle norme di Schengen, mentre gli Stati paiono averne sovente abusato, prorogando il mantenimento delle frontiere oltre i limiti consentiti di due anni. Comportamenti, questi, che destano una certa preoccupazione sulla tenuta complessiva del sistema Schengen, anche recentemente peraltro messo a dura prova per la scelta di numerosi paesi di chiudere i confini nazionali a causa dell'emergenza sanitaria Coronavirus che l'Europa sta vivendo. Le serrate attuate in ordine sparso tra gli ordinamenti dell'area Schengen cui si è assistito per contenere le migrazioni (e a cui si sta nuovamente assistendo, questa volta per ragioni sanitarie) nascondono, ad avviso di chi scrive, un'incrinatura molto profonda, frutto di uno scetticismo diffuso dettato – come è stato evidenziato in un recente articolo del quotidiano *La Repubblica* (S. Folli, *C'era una volta l'Europa*, in *La Repubblica*, 16 marzo 2020) – dalla presa di coscienza dell'incapacità della politica di «mostrarsi all'altezza della sua missione (...) arrendendosi alla burocrazia».

D'altra parte anche la recente tragedia dei profughi che si sta consumando al confine greco-turco dimostra l'insufficienza di una politica immigratoria europea e conferma l'impressione che per l'Europa (intesa sia come UE che come continente) l'immigrazione rappresenti di fatto un qualcosa che coinvolge soltanto i paesi di approdo. La scelta delle istituzioni europee tende ormai ad andare nella direzione di chiedere agli Stati estranei all'UE ubicati lungo le rotte dei migranti di operare per impedire il loro attraversamento verso il Vecchio continente. In altre parole, quelle stesse funzioni su cui, a partire dal trattato di Amsterdam, l'Unione ha voluto affermare la propria competenza, vengono "esternalizzate" a paesi terzi come la Turchia, al fine di fermare i flussi migratori, ciò che ha contribuito inevitabilmente

a mettere a rischio il sistema Schengen. Ciò che a tutt'oggi manca è una risposta da parte dei 27 Stati membri in merito ad una maggiore apertura dei canali regolari di ingresso o ad una maggiore gestione a livello europeo del diritto d'asilo. E la frontiera esterna da *common border* torna piuttosto ad identificarsi con la somma dei confini degli Stati.

In questi giorni, anche con l'emergenza sanitaria (e conseguentemente economica e sociale) che si sta vivendo, si avverte un "collasso" della solidarietà intraeuropea che inevitabilmente porta a domandarci se, allora, quell'ambizioso progetto che la convenzione di Schengen auspicava perseguire di abolire i confini sia ancora credibile, se sia cioè ancora possibile parlare di un destino comune che abbracci tanta parte del continente (quella che ha aderito all'UE) e sia realistico confidare ancora in uno spirito di solidarietà tra popoli diversi come era nel progetto originario di creare una unione di Stati europea. Si avverte, infatti, in modo sempre più evidente una sorta di «incongruenza» (L'espressione è di D. Rrushi, *La questione delle frontiere dell'Unione europea tra sovranità statale e universalismo dei diritti fondamentali*, cit., 112) nella gestione della frontiera dovute alla permanente contraddizione vissuta dagli Stati membri, divisi tra la difesa del proprio territorio e la garanzia della sicurezza alla propria cittadinanza da una parte e il riconoscimento e l'accettazione concreta di uno spazio europeo in costruzione che appare pressoché privo di coesione identitaria e di certezza di durata.

Nelle recenti settimane, nel tentativo di contenere la pandemia da Covid-19, la Commissione UE ha dettato alcune linee guida sulla reintroduzione di controlli alle frontiere interne alla zona Schengen, raccomandando però i paesi membri di applicare le nuove regole sui controlli alle frontiere in modo "proporzionato e coordinato". Quello a cui invece si è assistito è un ripristino unilaterale e disordinato delle frontiere che rischia di minare le quattro libertà fondamentali dell'UE – la circolazione di merci, servizi, capitali e persone – cancellando con un colpo di spugna la zona Schengen. Il tentativo delle istituzioni europee di 'governare' gli istinti isolazionisti dei singoli Stati, salvaguardando perlomeno la libertà di movimento delle merci nel mercato unico, non sembra purtroppo aver avuto esito soddisfacente. Come è stato scritto (A. Villafranca, *Europa blindata*, 17 marzo 2020, consultabile all'indirizzo web www.ispionline.it): in un'Europa già spaventata e divisa, è bastato di fatto un virus «per ripristinare muri e confini che riportano ad altri tempi storici!».

Tornando alla decisione in oggetto, ci si domanda quali potranno allora essere le ricadute della pronuncia in commento sui singoli ordinamenti? Negli accordi di Schengen si riconosce formalmente la frontiera esterna dell'Unione, la frontiera rafforzata e spostata ai confini europei per compensare l'eliminazione delle frontiere tra gli Stati. Chiarendo le relazioni tra il Codice Schengen e la direttiva "rimpatrio", il giudice europeo ha così chiarito che gli effetti della reintroduzione dei controlli alle frontiere interne «dovrebbero rimanere eccezionali» aggiungendo che, come ogni deroga alla libera circolazione delle persone, anche l'art. 2, paragrafo 2, lett.a) della direttiva rimpatri debba essere interpretato in modo restrittivo.

Sicuramente la decisione della Corte contribuisce a fugare i dubbi interpretativi sorti in merito all'applicazione della direttiva rimpatri, chiarendo la portata delle sue norme in combinato disposto con il codice frontiere Schengen. Alcune perplessità, ad avviso di chi scrive, tuttavia restano e non in merito al contenuto chiaro e lucido della decisione in cui il giudice europeo una volta per tutte, in modo perentorio e inequivocabile, dichiara la non equiparabilità delle frontiere interne ed esterne, quanto piuttosto sulla effettiva capacità che il più ampio messaggio che la Corte lancia possa avere effettivo seguito all'interno di ciascun ordinamento nazionale. Il timore, in buona sostanza, è che lo sforzo della Corte di preservare lo spazio di libertà sicurezza e giustizia (espressamente richiamato nel sommario della decisione) risulti vanificato dalla ricerca affannata messa in atto dai

singoli Stati di una nuova formulazione della propria sovranità da rinvenirsi proprio nella frontiera nazionale, e ciò a dispetto e in aperta contraddizione con i faticosi tentativi messi finora in atto per realizzare l'unità territoriale dell'Europa, un'unità che si realizza però solo dando una certa consistenza normativa e prima ancora politica a uno spazio pubblico comune.

Claudia Sartoretti,
Dip.to di Management
Università degli Studi di Torino
claudia.sartoretti@unito.it