I *Post* di AISDUE, V (2023), *aisdue.eu*
Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 10, 8 febbraio 2023
Quaderni AISDUE

Poteri operativi, *accountability* e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*

Daniela Vitiello**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La dimensione operativa della *governance* europea delle migrazioni: uno sguardo d'insieme. – 3. Il canone dell'*efficienza* e l'autonomia operativa di Frontex: un *vulnus* insuperabile all'*accountability* dell'Agenzia? – 4. L'antitesi tra *efficienza* delle attività operative ed *effettività* della tutela giurisdizionale: una lettura "costituzionalmente" orientata. – 5. L'epistemologia dei poteri operativi e il "mantra" della sicurezza predittiva: quale possibile bilanciamento con le esigenze di trasparenza e tutela dei dati? – 6. Dall'*accountability* classica all'*accountability* "by design": spunti di riflessione in vista della prossima analisi d'impatto dell'Agenzia Frontex.

1. La gestione integrata delle frontiere esterne è uno degli ambiti di competenza dell'Unione in cui più incisiva è stata la sperimentazione

---

* Versione rielaborata e ampliata della relazione al seminario del Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo dal titolo "*La politica di immigrazione dell'UE verso il 2030: tendenze evolutive ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*", tenutosi il 2 novembre 2022 a Bari in occasione del Convegno annuale AISDUE del 3-4 novembre 2022.

** Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi della Tuscia.

di modelli di "administration des choses"[1] in cui l'*expertise* tecnico-operativa è in grado di spiazzare il principio democratico[2]. Al contempo, l'orientamento operativo della cooperazione su cui il governo delle frontiere esterne europee poggia conduce a uno scollamento della funzione di attuazione del diritto dell'Unione da due elementi cardine dell'ordinamento sovranazionale: lo stato di diritto e l'effettività della tutela giurisdizionale[3]. Tanto il *design* quanto l'implementazione del sistema integrato di gestione delle frontiere esterne[4] rimettono, invero, in discussione talune caratteristiche intrinseche allo stato di diritto europeo[5] e, in particolare, l'efficacia del sindacato di validità degli atti sotto il profilo dei diritti fondamentali[6] e

---

[1] Sullo sviluppo filosofico di questa celebre espressione, cfr. J. W. LAPIERRE, *Administration des choses et gouvernement des hommes*, in *Esprit*, 1965, p. 715 ss. Sull'applicazione di tale concetto all'integrazione europea, v. *ex multis*, C. GOBIN, *L'Union européenne et la nouvelle gouvernance économique : un système politique contre l'Etat démocratique*, in *Pyramides*, 2013, p. 155 ss. Sulle conseguenze sistemiche del decentramento amministrativo dell'Unione attraverso le agenzie, si rinvia all'analisi di E. CHITI, *An Important Part of The EU's Institutional Machinery: Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1395 ss.

[2] Cfr. da ultimo D. FERNÁNDEZ-ROJO, *EU Migration Agencies: The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and EUROPOL*, Cheltenham, 2021.

[3] Sulla centralità di tali elementi nell'edificio costituzionale dell'Unione europea, cfr. da ultimo le sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Per una rapida rassegna dell'impatto della gestione integrata delle frontiere europee su tali parametri costituzionali, si veda L. MARIN, M. GKLIATI, S. TAS, *An 'Impossible Trinity'? Frontex, EU External Borders and the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 5 settembre 2022, accessibile *online*.

[4] Art. 77, par. 1, lett. c), TFUE.

[5] Sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, su cui v., per tutti, U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 225 ss., spec. pp. 229-231. Sul rilievo di tali caratteristiche per l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, cfr., ad es., la sentenza della Corte del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat IF c. Consiglio e Commissione*, punto 316; nonché, il parere della Corte del 30 aprile 2019, n. 1/17, punto 109.

[6] G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

l'adeguatezza dei meccanismi di controllo e *accountability* sull'operato delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione[7].

Questi aspetti sono stati diffusamente esplorati dalla scienza giuridica, che è giunta a conclusioni largamente condivisibili sulle ricadute della gestione integrata delle frontiere esterne sulla condizione giuridica del migrante[8]. Un aspetto che invece è stato sinora considerato solo incidentalmente riguarda la collocazione di questi sviluppi nel solco della più generale tendenza all'amministrativizzazione della *governance* europea delle migrazioni. Tale tendenza si inscrive nel processo di ampliamento delle sfere di "autonomia operativa" dell'Unione[9], che prelude a una crescente centralizzazione delle funzioni esecutive al livello sovranazionale[10]. Siffatto aspetto, di natura sistemica, getta nuova luce sulle sfide relative alla tutela dei diritti fondamentali nelle attività di gestione delle frontiere esterne, offrendo spunti di riflessione in vista del prossimo *fitness check* del regolamento di Frontex[11].

Muovendo da tali considerazioni, l'analisi che segue offre una ricostruzione sistemica della dimensione operativa della *governance* europea delle migrazioni (par. 2). Tale ricostruzione consente di mettere

---

[7] Sull'accezione di *accountability* che qui si adotta, si rinvia, *ex multis*, a D. OLIVER, *Government in the United Kingdom: The Search for Accountability, Effectiveness and Citizenship*, Maidenhead, 1991, p. 28, che la definisce come una modalità di esercizio del potere pubblico tipica delle liberaldemocrazie, in cui "public bodies are forced to seek to promote the public interest and compelled to justify their actions in those terms or in other constitutionally acceptable terms (justice, unanimity, equity); to modify policies if they should turn out to have been ill conceived; and to make amends if mistakes and errors of judgement have been made".

[8] V. *infra*, parr. 2 e 3.

[9] Cfr., ancorché in un diverso ambito materiale, le riflessioni di A. PETTI, *EU Covid-19 Purchase and Export Mechanism: A Framework for EU Operational Autonomy*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 1333 ss.

[10] J. TRONDAL, An Emergent European Executive Order, Oxford, 2010; M. SCHOLTEN, *Mind the Trend! Enforcement of EU Law Has Been Moving to "Brussels"*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 1348 ss.

[11] Ai sensi degli artt. 59 e 121 del regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea, la Commissione è tenuta a presentare ai co-legislatori, entro dicembre 2023, una revisione del numero complessivo del personale e della composizione del corpo permanente della guardia di frontiera e costiera europea, nonché un'analisi d'impatto dello statuto, comprensiva di "un'analisi specifica del modo in cui sono stati osservati la Carta dei diritti fondamentali e il pertinente diritto dell'Unione".

in relazione l'autonomia operativa che l'Unione ambisce a ottenere con le riforme previste dal Nuovo Patto[12] con l'autonomia che il regolamento istitutivo dell'Agenzia le conferisce (par. 3), nonché di chiarire il nesso tra tali concetti e il canone dell'efficienza (par. 4). Inoltre, il *focus* sui poteri operativi conferiti all'ente permette di precisare il legame tra la dimensione esecutiva e quella securitaria della *governance* migratoria, da cui discende la riconduzione della tutela dei diritti degli individui riguardati nell'alveo della pubblica sicurezza (par. 5). Questa rilettura "sistemica" induce a ripensare i meccanismi di monitoraggio e controllo della gestione integrata delle frontiere esterne, non soltanto rafforzando le già operanti forme di *accountability in itinere* ed *ex post*, ma immaginando altresì nuove forme di *accountability* "by design" che rimedino (almeno in parte) allo scollamento tra il regime delle frontiere esterne e lo stato di diritto europeo (par. 6).

2. La *governance* europea delle migrazioni, delineata dalle riforme proposte dalla Commissione nel settembre 2020, si basa su un presupposto fondamentale: trasformare Frontex nel "*braccio operativo* della politica di rimpatrio dell'UE"[13]. Al contempo, l'architettura complessiva della politica europea di gestione dell'asilo e della migrazione, prevista dal Nuovo Patto[14], si fonda su un'altra fondamentale premessa: ripensare la condizione giuridica del

[12] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, COM(2020) 609 fin., del 23 settembre 2020, su cui v. *ex multis* P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, 5 ottobre 2020, p. 1 ss., accessibile *online*, insieme agli altri contributi apparsi nel medesimo *Focus "La proposta di Patto su immigrazione e asilo"*.

[13] Ivi, p. 9 (enfasi aggiunta). In argomento, M. GKLIATI, *The EU Returns Agency: The Commissions' Ambitious Plans and Their Human Rights Implications*, in *European Journal of Migration and* Law, 2022, p. 545 ss. Sugli sviluppi della politica comune di rimpatrio, v. E. PISTOIA, *Rafforzamento della politica dei rimpatri e uso più esteso della detenzione*, in *Diritto pubblico*, 2020, p. 117 ss.; R. PALLADINO, *Patto sulla migrazione e l'asilo: verso nuove regole sui rimpatri*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 467 ss.

[14] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147, 2020/0279 (COD), doc. 5265/23, 11 gennaio 2023.

"migrante-in-transito" in funzione delle esigenze *operative* della cooperazione di frontiera[15] e, in particolare, del cosiddetto "modello di controllo dell'accesso a quattro livelli"[16]. Ciò comporta, anzitutto, la valorizzazione del "livello più immediatamente operativo" della cooperazione tra Unione e Stati membri, inteso a colmare "il divario di attuazione" tra gli ordinamenti statali e, in secondo luogo, un rafforzamento dei partenariati esterni mediante "un approccio globale che riconosca le responsabilità collettive"[17]. I primi prodotti di questa impostazione sono, d'un canto, la strategia operativa sui rimpatri[18], introdotta con il Nuovo Patto e recentemente delineata dalla Commissione a completamento dell'istituendo sistema comune dell'UE per i rimpatri[19], dall'altro, il cosiddetto MOCADEM, ovvero il meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione[20].

Al netto del differente ambito di applicazione, rispettivamente inerente alla cooperazione intra-Schengen e all'azione esterna, questi due strumenti presentano una comune radice: il ricorso allo strumento operativo per superare i limiti imposti dai trattati. Invero, la strategia operativa sui rimpatri mira al ravvicinamento delle prassi amministrative degli Stati membri al punto da sacrificare spazi di autonomia procedurale statale in nome del cosiddetto "Team Europe approach"[21]. Il MOCADEM standardizza il modello della

---

[15] M. DEN HEIJER, *The Pitfalls of Border Procedures*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 641 ss., p. 669.
[16] *Cons*. 11 del regolamento (UE) 2019/1896.
[17] Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, p. 3.
[18] Commissione europea, Policy document – Towards an operational strategy for more effective returns, COM(2023) 45 fin., del 24 January 2023.
[19] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Rafforzare la cooperazione in materia di rimpatrio e riammissione nell'ambito di una politica migratoria dell'UE equa, efficace e globale, COM(2021) 56 fin., del 10 febbraio 2021. Sui limiti dell'attuale politica di rimpatrio dell'Unione, si v. F. SPITALERI, *Il rimpatrio e la detenzione dello straniero tra esercizio di prerogative statali e garanzie sovranazionali*, Torino, 2017.
[20] Decisione di esecuzione del Consiglio (UE) 2022/60, del 12 gennaio 2022, relativa al meccanismo di coordinamento operativo per la dimensione esterna della migrazione.
[21] Policy document – Towards an operational strategy for more effective returns, p. 5. In riferimento al "Team Europe approach", si veda A. JONES, K. SERGEJEF, *Half-time analysis: How is Team Europe doing?*, ECDPM Briefing Note No. 149, 22 September 2022, accessibile *online*. Sul concetto di solidarietà che sottende questi sviluppi del

"esternalizzazione informale", diffuso con la dichiarazione UE-Turchia e consolidato con numerosi accordi informali successivi[22], ma si spinge anche oltre l'informalizzazione della cooperazione in materia di riammissione. Come chiarito dal piano d'azione contro il traffico di migranti[23], infatti, il *focus* operativo del MOCADEM implica che qualsiasi azione e qualsiasi "leva" possa contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione di contenimento e deterrenza dei flussi migratori, finanche la politica di aiuto umanitario[24].

La mobilitazione di diversi ambiti di competenze normative, insieme alla disarticolazione del riparto di competenze esecutive tra l'Unione e gli Stati membri, sono i pilastri del MOCADEM. Tecnicamente, siffatto meccanismo "esporta" la disciplina UE relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi[25] in un diverso ambito materiale, ossia la gestione delle relazioni con i paesi terzi nel settore della migrazione[26]. Al contempo, il MOCADEM consente alla Commissione di instaurare partenariati operativi *anti-smuggling*, che operano in accordo con le missioni PSDC e l'azione esterna di Frontex, sulla base giuridica di forme di cooperazione giudiziaria e di polizia instaurate tra gli Stati membri e i paesi terzi[27].

Nuovo Patto, v. G. MORGESE, *La 'nuova' solidarietà europea in materia di asilo e immigrazione: molto rumore per poco?*, in *federalismi.it*, 2020, p. 16 ss.

[22] Per una ricognizione di tali accordi e delle conseguenze che essi producono sul piano della tutela individuale, cfr. la risoluzione del Parlamento europeo, del 19 maggio 2021, sulla protezione dei diritti umani e la politica migratoria esterna dell'UE (2020/2116(INI)).

[23] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Piano d'azione rinnovato dell'UE contro il traffico di migranti (2021-2025), COM(2021) 591 fin., del 29 settembre 2021.

[24] Consiglio UE, Mécanisme opérationnel de coordination des actions pour la dimension externe des migrations, LIMITE 15299/21, 20 Septembre 2021, art. 2, accessibile *online*.

[25] Decisione di esecuzione (UE) 2018/1993 del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, relativa ai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi.

[26] Come espressamente statuito nel *cons.* 6 della decisione di esecuzione del Consiglio (UE) 2022/60. Peraltro, il ricorso a misure emergenziali per la gestione ordinaria della cooperazione con i Paesi terzi in materia migratoria non può qualificarsi come un'eccezione a livello europeo. Si pensi, ad es., al fondo fiduciario d'emergenza per l'Africa, istituito nel 2015 sul presupposto fittizio che i ventisei paesi terzi beneficiari si trovassero in una situazione di crisi.

[27] Cfr., ad es., Mécanisme opérationnel de coordination des actions pour la dimension externe des migrations, Action file Niger, 8 Février 2022, accessibile *online*.

Per questa via, come in un sistema di vasi comunicanti, la dimensione operativa della gestione delle frontiere esterne viene trasfusa nell'impianto strategico delle politiche migratorie europee, che divengono la cornice ideale per il rafforzamento della prima. L'istituzione del ciclo politico-strategico pluriennale 2023-2027, previsto dallo statuto di Frontex[28], è la sede deputata a consentire tale fusione, mediante lo sviluppo di "capacità comuni e di una pianificazione interconnessa"[29], che migliorino "la capacità di reazione dell'UE"[30]. In coerenza con l'approccio indicato dal Nuovo Patto, tale ciclo si propone, per un verso, di espandere la dimensione operativa della cooperazione tra gli Stati membri, che includa risposte concertate alla strumentalizzazione della migrazione[31], per altro verso, di sviluppare partenariati con i paesi terzi, che ne rafforzino le capacità operative nei settori del controllo di frontiera e del rimpatrio[32].

In questa cornice, destinata a organizzare il lavoro quotidiano degli oltre centoventimila agenti della guardia di frontiera e costiera europea[33], a Frontex è demandato il compito di sviluppare un piano d'azione che contempli (tra l'altro) il pieno sviluppo delle capacità tecnologiche integrate[34], il potenziamento dell'interoperabilità dei nuovi sistemi informatici e della cooperazione inter-agenzia[35], nonché

---

[28] Art. 8 del regolamento (UE) 2019/1896.
[29] Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo, p. 13.
[30] *Ibid*.
[31] Consiglio UE, Draft Council Conclusions on the Multiannual Strategic Policy Cycle for European Integrated Border Management (EIBM), LIMITE 11946/1/22 REV 1, 19 September 2022, accessibile *online*.
[32] *Ibid*. Sui primi sviluppi di tale politica, mediante la conclusione di accordi sullo status con Albania, Moldavia, Montenegro e Serbia v. Commissione europea, EU Action Plan on the Western Balkans, 5 December 2022, accessibile *online*. In argomento, F. COMAN-KUND, *The Territorial Expansion of Frontex Operations to Third Countries: On the Recently Concluded Status Agreements in the Western Balkans and Beyond*…, in *verfassungsblog.de*, 6 February 2020. Più in generale, M. PREVIATELLO, *Il nuovo modello di accordo sullo status: le azioni esecutive di Frontex oltre i confini dell'Unione europea*, in *BlogDUE*, 17 giugno 2022, entrambi accessibili *online*.
[33] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sullo stato di Schengen 2022, COM(2022) 301 fin./2, del 24 maggio 2022.
[34] V. *infra*, par. 5.
[35] Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione dell'asilo e della migrazione, il cui art. 3, rubricato "approccio globale alla gestione dell'asilo e della migrazione", annovera tra le componenti dello stesso: "[the]

misure relative "all'armonizzazione delle prassi, alla standardizzazione dei mezzi tecnici e all'interoperabilità operativa"[36].

I diritti fondamentali restano, invece, sullo sfondo. Il principale riferimento che si rinviene, nel documento relativo alla politica strategica pluriennale per la gestione integrata delle frontiere esterne, riguarda la proposta di regolamento relativo agli accertamenti[37], che prevede l'istituzione di un meccanismo di monitoraggio indipendente del rispetto dei diritti fondamentali[38]. Occorre, tuttavia, considerare, per un verso, l'estensione della portata e degli effetti della *fictio iuris* del non ingresso[39] durante l'esame della proposta di regolamento sullo *screening* in Consiglio[40], per altro verso, il contestuale "svuotamento" della previsione relativa al meccanismo di monitoraggio[41]. A meno che non vi sia un completo *revirement* in sede parlamentare, non pare dunque che tale previsione possa – ove il regolamento sia infine adottato – significativamente incidere sulla tutela dei diritti dei migranti-in-transito.

3. Il *trait d'union* che riconduce a sistema i diversi elementi di cui si compone la *governance* europea delle migrazioni è rappresentato dal ricorso allo strumento operativo per espandere l'autonomia strategica e

---

full deployment and use of the operational tools set up at Union level, notably the European Border and Coast Guard Agency, the Asylum Agency, EU-LISA and Europol, as well as large-scale Union Information Technology systems". Sulla dimensione sistemica della cooperazione inter-agenzia, cfr. C. INGRATOCI, *La sorveglianza delle frontiere marittime dell'Unione europea: profili giuridici e problematiche applicative*, in *Rivista OIDU*, 2019, p. 886 ss.

[36] Commissione europea, Documento di orientamento contenente una politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata delle frontiere in conformità dell'articolo 8, paragrafo 4, del regolamento (UE) 2019/1896, COM(2022) 303 fin., del 24 maggio 2022.

[37] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce accertamenti nei confronti dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne e modifica i regolamenti (CE) n. 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817, COM(2020) 612 fin., del 23 settembre 2020, art. 7.

[38] Documento di orientamento contenente una politica strategica pluriennale per la gestione europea integrata delle frontiere, elemento 13.

[39] Su cui v., *ex multis*, J.-P. CASSARINO, L. MARIN, *The Pact on Migration and Asylum: Turning the European Territory into a Non-territory?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 1 ss.

[40] Cfr. gli artt. 4 e 6 della proposta modificata di regolamento che introduce accertamenti, doc. 10585/22, 22 giugno 2022.

[41] Ivi, art. 7.

la "capacità di agire" dell'Unione[42]. Tale tendenza, che si iscrive nello sforzo di rimuovere "the faultlines created by the division of competences and the diverging institutional and procedural arrangements" che caratterizzano, più in generale, le politiche europee con ambito di applicazione (anche) extraterritoriale, non è inerte dal punto di vista "costituzionale"[43]. Al contrario, come avvenuto per Frontex, l'espansione dell'autonomia operativa apre nuove sfide, che attengono soprattutto alla coerenza delle attività di *law enforcement* con la piattaforma valoriale dell'Unione[44].

Da questo punto di vista, la parabola delle inchieste sull'*accountability* dell'Agenzia Frontex, e del contenzioso in materia di rispetto dei diritti fondamentali che la riguarda[45], appare particolarmente adatta a delineare l'entità e la portata di queste sfide. Le tappe principali di questa parabola, a partire dall'ultima riforma dello statuto dell'Agenzia, hanno visto l'attivismo degli organi di controllo esterno, di tipo politico e amministrativo-finanziario, mettere a dura prova il *modus operandi* di Frontex, culminando nelle dimissioni del direttore esecutivo[46].

Chiamato a rispondere dinanzi al consiglio di amministrazione di Frontex delle accuse di corruzione e malamministrazione mosse dall'OLAF nei suoi confronti[47], questi avrebbe espresso senza

---

[42] M. LEONARD, J. SHAPIRO, *Empowering EU Member States with Strategic Sovereignty*, European Council on Foreign Relations, June 2019, accessibile *online*.

[43] *Editorial Comments: Keeping Europeanism at Bay? Strategic Autonomy as a Constitutional Problem*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 313 ss., p. 319.

[44] Sull'importanza della concordanza con i valori europei delle attività che rientrano nella sfera di autonomia strategica dell'Unione (e quindi delle sue agenzie), cfr., ivi, p. 325.

[45] Cfr., per una dettagliata esposizione di tutte le iniziative in tal senso, M. DEL MONTE, K. LUYTEN, *European Parliament scrutiny of Frontex*, European Parliamentary Research Service, Briefing PE 698.816, September 2022. Sul contenzioso strategico nei confronti di Frontex si rinvia *infra*, par. 4.

[46] M. GKLIATI, *What's in a Name? Fragments of Accountability and the Resignation of the Frontex Executive Director*, in *verfassungsblog.de*, 6 September 2022, accessibile *online*.

[47] Ufficio europeo antifrode, OLAF Final Report on Frontex, Case No OC/2021/0451/A1, Olaf.03(2021)21088, marzo 2022, accessibile *online*. L'indagine amministrativa ha accertato, per un verso, le accuse di corruzione inerenti a un contratto, finalizzato dal direttore, per l'acquisizione di un *software* non funzionante, per altro verso, le condotte *ultra vires* del direttore e di alcuni alti funzionari nei rapporti con le autorità greche e, più precisamente, in relazione alla copertura di

esitazione il proprio disagio nel trovarsi a capo di un'agenzia di *law enforcement*, cui verrebbe richiesto – in seguito alla riforma dello statuto – di svolgere *anche* funzioni umanitarie[48]. Al di là dell'aspetto umano della vicenda, la posizione dell'*ex* direttore esecutivo di Frontex riflette la tutt'altro che isolata percezione dello iato che esiste tra il mandato *statutario* dell'Agenzia e i poteri *di fatto* di cui essa gode sul piano operativo, risultato della genetica attitudine di Frontex ad essere "capable of task expansion beyond [its] formal design"[49].

A fronte di un *budget* annuale di oltre cinquecento milioni di euro[50] e del potere di disporre di un corpo permanente di diecimila guardie di frontiera, di cui tremila agenti europei in divisa[51], tale attitudine è alla base di un'attuazione selettiva del mandato[52], del ritardo nell'istituzione degli osservatori dei diritti fondamentali[53], dello scarso rispetto dei codici di condotta adottati dall'Agenzia stessa[54], della sistematica esclusione del responsabile dei diritti fondamentali dal processo decisionale[55], della documentata violazione di obblighi di *due*

presunti *push-backs*. In argomento, L. SALZANO, *The Secretiveness over the OLAF Report on Frontex Investigations. Rule of Law Fading into Arbitrariness?*, in *verfassungsblog.de*, 9 September 2022, accessibile *online*.

[48] G. CHRISTIDES, S. LÜDKE, *Inside the Final Days of the Frontex Chief*, in Spiegel International, 10 May 2022, accessibile *online*.

[49] E.M. BUSUIOC, *European Agencies. Law and Practices of Accountability*, Oxford, 2013, p. 262.

[50] Frontex, Budget 2021, Varsavia, 1° gennaio 2021, accessibile *online*.

[51] Cfr. gli artt. 56 e 83 del regolamento (UE) 2019/1896.

[52] Corte dei conti europea, Il sostegno di Frontex alla gestione delle frontiere esterne non è stato, finora, abbastanza efficace, 2021/08 (Relazione speciale presentata in virtù dell'art. 287, par. 4, 2° co., TFUE).

[53] Ai sensi dell'art. 110, par. 6, del regolamento (UE) 2019/1896, entro il 5 dicembre 2020 l'Agenzia avrebbe dovuto reclutare quaranta "osservatori dei diritti fondamentali", che rappresentano lo staff del responsabile dei diritti fondamentali di Frontex. Tuttavia, il piano di reclutamento si è chiuso soltanto nell'ottobre 2022. Cfr. sul punto, Frontex, 2020 Frontex Discharge Document, scheda informativa del 14 settembre 2022, accessibile *online*.

[54] Mediatore europeo, decisione del 15 giugno 2021 relativa al funzionamento del meccanismo per il trattamento delle denunce dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) per presunte violazioni dei diritti fondamentali e al ruolo del responsabile dei diritti fondamentali (caso OI/5/2020/MHZ).

[55] Frontex Consultative Forum on Fundamental Rights, Eight Annual Report 2020, Varsavia, 2021; Frontex Fundamental Rights Officer, Annual Report 2021, Lussemburgo, 2022, entrambi accessibili *online*.

diligence[56] e della copertura di prassi nazionali in violazione dei diritti fondamentali[57]. Ancorché l'ultima riforma abbia contribuito a riequilibrare l'espansione dei poteri esecutivi di Frontex con un ampliamento del mandato in materia di diritti fondamentali e il rafforzamento dei meccanismi di *accountability*[58], la perpetuazione delle vecchie modalità operative ha opposto una "resistenza attiva" al cambiamento[59], da ultimo censurata dal Parlamento europeo anche in sede di discarico del bilancio dell'Agenzia[60].

Il persistente *deficit* di *accountability* di Frontex[61], peraltro, si associa ai limiti delle sue funzioni di monitoraggio e controllo sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità statali che operano sotto il proprio coordinamento[62], concorrendo a delineare un'amministrazione europea del confine "a due velocità"[63], in cui i meccanismi di controllo faticano a essere adeguati all'avanzata di forme di *enforcement* multilivello sempre più raffinate e tecnicamente complesse.

---

[56] Parlamento europeo, Commissione LIBE, Frontex Scrutiny Working Group, Report on the Fact-finding Investigation on Frontex concerning Alleged Fundamental Rights Violations, 14 July 2021, accessibile *online*.

[57] G. CHRISTIDES *et al*., *EU Border Agency Frontex Complicit in Greek Refugee Pushback Campaign*, in *Spiegel International*, 23 October 2020, accessibile *online*. V. anche i risultati dell'inchiesta interna lanciata dal consiglio di amministrazione in relazione agli incidenti registrati come "serious incidents": Fundamental Rights and Legal Operational Aspects of Operations in the Aegean Sea, Final Report of the Frontex Management Board Working Group, 1 March 2021, accessibile *online*.

[58] Su tale aspetto ci sia consentito rinviare a D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020, pp. 345-346.

[59] Y. PALAIOLOGOS, *OLAF raided EU border chief's office over migrant pushback claims*, in *Ekathimerini*, 14 gennaio 2021, accessibile *online*.

[60] Parlamento europeo, Commissione per il controllo dei bilanci, Seconda relazione sul discarico per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera per l'esercizio 2020, 2021/2146(DEC), 7 ottobre 2022; Frontex: i deputati rifiutano il discarico del bilancio 2020 dell'agenzia UE. Comunicato stampa, 18 ottobre 2022, accessibile *online*.

[61] Un dato che si evince anche "dall'esterno", come sottolineato dallo *Special Rapporteur* sui diritti umani dei migranti del Consiglio ONU dei diritti umani nel *Report on Means to Address the Human Rights Impact of Pushbacks of Migrants on Land and at Sea*, UN doc. A/HRC/47/30, parr. 55 e 76-77.

[62] L. TSOURDI, *Monitoring and Steering through FRONTEX and EASO 2.0: The Rise of a New Model of AFSJ agencies?*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 29 January 2018, accessibile *online*.

[63] D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 345.

In una prospettiva sistemica, tuttavia, il *modus operandi* di Frontex non può essere frettolosamente liquidato come un grossolano esempio di malamministrazione. Ferme restando le responsabilità dell'Agenzia per le comprovate condotte *ultra vires*, l'autonomia che il regolamento istitutivo le conferisce è appositamente preposta a consentirle di adottare misure[64], decisioni[65] e prassi operative[66], riconducibili a compiti statutari, ma non procedimentalizzate nello statuto. Tale autonomia risponde all'esigenza di "conferire funzionalità a sistemi amministrativi caratterizzati da un'elevata complessità"[67], in conformità con l'orientamento comune sulle agenzie decentrate[68], che ha segnato il passaggio da una gestione orientata alla *compliance* a una più orientata alla *performance.* Il canone che presiede alla *governance* delle agenzie decentrate dell'Unione è, pertanto, l'efficienza misurata in termini di *performance*[69] e – per quanto riguarda le agenzie dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – di capacità di reazione alle sfide[70].

Il bilanciamento tra l'autonomia operativa dell'amministrazione decentrata europea, e il controllo cui essa è necessariamente assoggettata, è dunque condizionato dall'enfasi sull'efficienza e la

---

[64] Si pensi, ad es., alle misure operative che l'Agenzia è tenuta ad adottare per dare attuazione all'atto di esecuzione che il Consiglio può adottare in situazioni che richiedono un'azione urgente alle frontiere esterne, *ex* art. 42 del regolamento (UE) 2019/1896.

[65] È il caso della valutazione – da parte del direttore esecutivo – delle condizioni fattuali per la sospensione di una operazione congiunta *ex* art. 46, par. 4, dello statuto, su cui v. *amplius* il paragrafo che segue.

[66] L'esempio è dato dalle prassi operative di supporto alle autorità statali (ad es. in materia di identificazione al confine o reperimento dei documenti di viaggio) nella gestione dei punti di crisi, intesi come dispositivo amministrativo di canalizzazione dei flussi migratori per mezzo della cooperazione inter-agenzia. Ancorché, nella gestione degli *hotspot*, l'Agenzia svolga compiti endoprocedimentali privi di rilevanza esterna, le valutazioni del suo personale possono nondimeno incidere sulla sostanza dell'atto finale e sui diritti delle persone riguardate dal provvedimento (es. decisione di rimpatrio). V. *amplius*, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 109.

[67] L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 279.

[68] Joint Statement of the European Parliament, the Council of the EU and the European Commission on decentralised agencies, 19 July 2012, parr. 15-16, accessibile *online*.

[69] Corte dei conti europea, Relazione speciale. Il futuro delle agenzie dell'UE: sono possibili una maggiore flessibilità e cooperazione, 2020/22, pp. 11-12.

[70] Corte dei conti europea, Relazione speciale 2021/8, p. 20.

flessibilità istituzionale, che espande i margini della discrezionalità sostanziale e procedurale delle agenzie UE[71]. Portata alle estreme conseguenze, tale impostazione conduce a configurare la ricerca dell'*efficienza* dell'azione amministrativa in antitesi all'*effettività* della tutela dei diritti fondamentali[72]. La ricerca dell'efficienza viene implicitamente concepita come un esercizio "ateleologico", sciolto da vincoli assiologico-costituzionali, e dunque da obblighi di conformità agli obiettivi dell'Unione e alla piattaforma valoriale che li informa. Una prospettiva non troppo lontana da quella sottesa alle esternazioni dell'ex direttore esecutivo di Frontex.

4. L'antitesi tra *efficienza* delle attività operative ed *effettività* della tutela dei diritti fondamentali si proietta anche nell'ambito della tutela giurisdizionale[73]. L'esplosione del contenzioso strategico nei confronti di Frontex, tanto in relazione alla legittimità delle decisioni del direttore sulla conduzione delle operazioni congiunte[74], quanto al presunto

---

[71] Cfr. P. LEINO, *Efficiency, Citizens and Administrative Culture. The Politics of Good Administration in the EU*, in *European Public Law*, 2014, p. 681 ss., spec. p. 690 ss. Più nello specifico, con riferimento a Frontex, J.J. RIJPMA, *Frontex and the European System of Border Guards. The Future of European Border Management*, in M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Abingdon-New York, 2017, 217 ss.

[72] In generale, sull'effettività come principio strutturale dell'ordinamento UE, S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009. Sulla natura "bifronte" del principio di effettività, A. M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, p. 9 ss.

[73] Sulle sfide poste dalla cooperazione coordinata dall'Agenzia Frontex dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali e dell'accesso alla giustizia per violazione degli stessi, cfr. *ex multis*, A. SPAGNOLO, *La tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività di Frontex*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2014, p. 32 ss. e I. INGRAVALLO, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'azione dell'Agenzia europea della Guardia di frontiera e costiera*, in I. CARACCIOLO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Alcune questioni aperte*, Napoli, 2022, p. 111 ss., spec. pp. 132-136. Più in generale, sul principio di tutela giurisdizionale, in relazione ai diritti fondamentali v. *ex multis*, P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 237 ss.; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Liber Amicorum Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 586 ss.

[74] Cfr. l'ordinanza del Tribunale del 7 aprile 2022, causa T-282/21, *SS e ST c. Frontex*. V. altresì Front-lex, *After Watching his Friend Drown to Death, Refugee Takes New*

coinvolgimento del personale dell'Agenzia in respingimenti abusivi[75], ne è testimonianza.

Da tale contenzioso, e dalle decisioni sinora assunte dal Tribunale, si ricavano tre indicazioni fondamentali. La prima riguarda l'irrilevanza del ricorso per annullamento. L'assenza di contenzioso *ex* art. 263 TFUE per violazione dei diritti fondamentali nell'ambito delle attività coordinate dall'Agenzia è giustificata dalla natura operativa delle stesse, che non consente la riconduzione nell'alveo degli atti giuridici vincolanti, ai sensi dell'art. 263 TFUE, né delle condotte fattuali del personale, né dell'attività istruttoria svolta a supporto delle autorità nazionali[76]. Unita alla mancata previsione di meccanismi giurisdizionali *ex* art. 263, co. 5, TFUE[77] in sede di riforma dello statuto dell'Agenzia, tale circostanza limita fortemente la giustiziabilità delle condotte operative del personale di Frontex[78], ancorché rivolte ai singoli[79].

La seconda indicazione concerne i limiti del ricorso in carenza per mancata sospensione delle operazioni congiunte in caso di violazioni dei diritti fondamentali di natura grave o destinate a persistere. Ai sensi dell'art. 46, par. 4, dello statuto di Frontex, l'obbligo di sospensione sorge in capo al direttore esecutivo a seguito di un'attività istruttoria

---

Frontex Director to Court Over Agency's Operation in Greece, comunicato stampa del 5 ottobre 2022, accessibile *online*.

[75] Cfr. i ricorsi pendenti nelle cause T-600/21, *WS e al. c. Frontex*, ricorso del 20 settembre 2021, T-136/2022, *Hamoudi c. Frontex*, ricorso del 10 marzo 2022 e T-205/2022, *Naass e Sea Watch c. Frontex*, ricorso del 14 aprile 2022.

[76] I limiti strutturali legati al *locus standi* delle persone fisiche *ex* art. 263, co. 4, TFUE, si sommano, infatti, a limiti specifici in relazione, d'un canto, alla natura dei poteri esecutivi del personale di Frontex, dall'atro, all'assenza di contenuto obbligatorio e di rilevanza esterna degli atti preparatori (dell'Agenzia) di decisioni finali delle autorità statali.

[77] Cfr. ad es. l'art. 42, par. 1, del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO").

[78] In tal senso, v. anche S. NICOLOSI, *Drifting Effective Judicial Protection?*, in *verfassungsblog.de*, 7 September 2022, accessibile *online*, che accoglie e sviluppa la riflessione di Montaldo, durante l'incontro del Forum IFA del 28 aprile 2022, sul tema "FRONTEX e i diritti dei migranti: i limiti all'effettività della tutela giurisdizionale".

[79] Sul tema della giustiziabilità delle condotte amministrative fattuali nell'ordinamento dell'Unione, v. tra l'altro N. XANTHOULIS, *Administrative Factual Conduct: Legal Effects and Judicial Control in EU Law*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 39 ss.

nell'ambito della quale è conferito al direttore stesso un ampio margine di apprezzamento della situazione fattuale in atto[80]. Tale apprezzamento, espressione dell'autonomia operativa dell'ente[81], riguarda – a nostro avviso – tanto l'*an* (sospensione o prosecuzione dell'operazione) quanto il *quomodo* (sospensione totale o parziale) della decisione, ancorché sia ancorato a condizioni procedurali[82], nonché a un elenco non esaustivo di "informazioni pertinenti"[83]. Queste ultime, pur offrendo al direttore una guida nella ricostruzione delle circostanze fattuali da cui deriva un potenziale rischio di violazione dei diritti fondamentali, non possono essere considerate alla stregua del presupposto giuridico dell'obbligo di agire, né può derivarsi – dal mero obbligo di consultazione del responsabile dei diritti fondamentali – un obbligo di conformità al parere da questi reso[84].

Se si concorda con quanto precede, allora appare arduo ricondurre nel solco della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sul ricorso in carenza la mancata sospensione di un'operazione congiunta da parte del direttore di Frontex[85]. Il Tribunale, pur avendo avuto occasione pronunciarsi sul punto nel caso *SS e ST c. Frontex*[86], ha dichiarato il ricorso irricevibile interpretando come "presa di posizione" la risposta con cui Frontex ha giustificato la decisione di non sospendere

[80] La norma crea, quindi, un conflitto di attribuzioni, per cui l'autorità accertante la sussistenza della violazione (e il raggiungimento della soglia di gravità necessaria al sorgere dell'obbligo di sospensione) è la medesima su cui incombe l'obbligo di agire.
[81] V. *supra*, par. 3.
[82] Si tratta dell'obbligo di consultazione del responsabile dei diritti fondamentali e di informazione dello Stato membro interessato.
[83] Ad es. il numero e il merito delle denunce presentate *ex* art. 111 del regolamento (UE) 2019/1896 che non siano state risolte da un'autorità nazionale competente, le relazioni relative agli incidenti gravi e i rapporti delle organizzazioni, internazionali e non governative.
[84] Cfr., *mutatis mutandis*, l'ordinanza della Corte del 29 giugno 1993, causa C-280/93 R, *Germania c. Consiglio*, punti 44-48, e la sentenza della Corte del 26 novembre 1996, causa C-68/95, T. *Port GmbH & Co. KG c. Bundesanstalt für Landwirtschaft*, punti 38-39.
[85] Come noto, infatti, l'esistenza di un potere discrezionale esclude che i singoli abbiano il diritto di esigere – nell'ambito di un ricorso in carenza – che un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione agiscano in un determinato modo. Cfr. ad es. la sentenza della Corte del 14 febbraio 1989, causa 247/87, *Star Fruit Company SA c. Commissione*, punto 11.
[86] Ordinanza del Tribunale del 7 aprile 2022, causa T-282/21.

l'operazione nell'Egeo[87]. Stante la cautela dimostrata nell'accertamento di tale condizione di procedibilità, è verosimile che la medesima cautela possa ispirare l'organo giudicante in futuri ricorsi che dovessero superare la fase preliminare.

Semmai le "informazioni pertinenti", di cui al par. 6 dell'art. 46 dello statuto dell'Agenzia, impongono al direttore di motivare la decisione di sospendere o meno le attività di Frontex in base a elementi oggettivi, o comunque verificabili, nonché di informarsi diligentemente, attraverso tutte le fonti disponibili e attendibili, sullo stato dei diritti fondamentali nei teatri operativi in cui si dispiega l'azione dell'Agenzia. In quest'ottica, il difetto di motivazione o l'inadeguata ponderazione delle "informazioni pertinenti" potrebbero rilevare nell'ambito di un'azione risarcitoria *ex* art. 340, par. 2, TFUE, in relazione alla violazione degli obblighi di monitoraggio dell'Agenzia[88], collegati al suo mandato in materia di promozione e protezione dei diritti fondamentali[89].

Tuttavia, l'indicazione che proviene dalle prime reazioni del Tribunale a fronte dei ricorsi per risarcimento del danno nei confronti dell'Agenzia, ad oggi pendenti, non è incoraggiante. In particolare, nel caso *WS e al. c. Frontex*, il Tribunale ha respinto – sulla base di un espediente procedurale – le richieste di intervento nel procedimento avanzate, *ex* art. 40, co. 2, dello Statuto della Corte, da esponenti del mondo accademico ed esperti[90]. Al di là del caso di specie, il ricorso all'azione risarcitoria per sanzionare l'inerzia di Frontex, in caso di violazioni gravi dei diritti fondamentali, è complicato dalla necessità di individuare il nesso tra la negligenza di Frontex e il danno subito dal ricorrente[91], che pone – a monte – il problema più generale di

[87] Ivi, punti 31 e 32.
[88] Art. 102, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1896.
[89] Ivi, art. 5, par. 4.
[90] Cfr. le ordinanze del Tribunale del 6 luglio 2022, causa T-600/21, *WS e al. c. Frontex*.
[91] La ricostruzione di tale nesso presupporrebbe, *inter alia*, che la mancata adozione di misure per reagire a violazioni gravi e persistenti dei diritti fondamentali di cui il direttore sia a conoscenza (e, dunque, non necessariamente le misure tipizzate nell'art. 46 dello statuto) sia in contrasto con gli obblighi positivi dell'Agenzia in materia di tutela dei diritti fondamentali. In tale ipotesi, l'attribuzione della responsabilità a Frontex potrebbe essere ricondotta alla colpevole tolleranza dell'illecito statale, ovvero al mancato esercizio di un'efficace azione di contrasto, in ottemperanza agli

determinare se da un obbligo di supervisione della condotta statale, in capo all'Agenzia, possano derivare diritti in capo ai singoli[92].

Al contempo, non pare agevole neppure approntare una tutela effettiva nel caso di condotte *ultra vires* del personale di Frontex, a supporto dell'adozione di decisioni, da parte dell'autorità statale, che incidano sulle posizioni giuridiche individuali. Nella misura in cui la responsabilità per la decisione finale è posta in capo alle autorità nazionali, e il supporto offerto dal personale di Frontex non è adeguatamente procedimentalizzato, l'incidenza dell'attività istruttoria svolta dall'Agenzia tende a sfuggire al sindacato in sede amministrativa[93] e giurisdizionale[94]. Si aggiunga, infine, che la tutela giurisdizionale dei diritti la cui lesione è riconducibile al supporto operativo offerto da Frontex all'attuazione extraterritoriale di accordi sullo *status* è ulteriormente complicata dalla natura pluriordinamentale della cooperazione[95] e dalla limitata copertura offerta dalla disciplina statutaria all'acquisto e alla detenzione di armi[96].

La limitata effettività delle diverse vie di ricorso disponibili, nell'ordinamento dell'Unione, per censurare le condotte operative e le decisioni dell'Agenzia, unita alla ritrosia della Commissione rispetto all'attivazione di procedure d'infrazione nei confronti degli Stati

---

obblighi di *due diligence* connessi al mandato dell'Agenzia in materia di promozione e protezione dei diritti fondamentali. Cfr., *mutatis mutandis*, le sentenze della Corte del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione* c. *Francia*, punti 28-32, e del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, punti 58 ss. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 17 novembre 2005, causa C-470/03, *AGM-COS. MET*, punti 84 e 106.

[92] In argomento, M. FINK, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability* Law, Oxford, 2018, cap. 4.

[93] Decisione del Mediatore europeo del 5 luglio 2018, caso 735/2017/MDC, Coinvolgimento dell'Ufficio europeo di sostegno per l'asilo nel processo decisionale relativo all'ammissibilità delle domande di protezione internazionale presentate nei punti di crisi greci, in particolare lacune nei colloqui di ammissibilità.

[94] Cfr., *mutatis mutandis*, la sentenza del Tribunale dell'11 settembre 2002, causa T-13/99, *Pfizer c. Consiglio*, punto 32, e la sentenza della Corte del 16 maggio 2017, causa C-682/15, *Berlioz Investment Fund*, punto 49.

[95] Su questo aspetto, L. LETOURNEUX, *Protecting the Borders from the Outside. An Analysis of the Status Agreements on Actions Carried Out by Frontex Concluded between the EU and Third Countries*, in *European Journal of Migration and Law*, 2022, p. 330 ss. In termini più generali, N. KRISCH, *Jurisdiction Unbound: (Extra)territorial Regulation as Global Governance*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 1 ss.

[96] Art. 63, par. 4, lett. a), del regolamento (UE) 2019/1896.

membri che partecipano alle attività di gestione delle frontiere esterne[97], contribuisce alla "evanescenza dei diritti di frontiera"[98]. Ad essa fa da contraltare l'imperativo dell'efficientamento operativo, che viene apertamente contrapposto a un sistema di gestione delle frontiere in cui la tutela giurisdizionale dei diritti delle persone riguardate sia pienamente garantita[99]. In un ordinamento giuridico in cui l'effettività è "il canone prevalente nell'interpretazione delle norme UE"[100] e la tutela giurisdizionale effettiva è qualificata come diritto soggettivo dotato di effetto diretto[101], questa contrapposizione rimette in discussione "l'universo concettuale dei principi che caratterizzano lo Stato di diritto" europeo[102].

5. Nella prospettazione che precede, l'antitesi tra efficienza dei modelli organizzativi ed effettività della tutela individuale costituisce un tratto strutturale della gestione delle frontiere esterne europee. Al contempo, tale tratto non può essere epistemologicamente categorizzato come un invariante. È ben possibile, invero, immaginare procedure di gestione del confine amministrativamente efficienti, che garantiscano simultaneamente l'effettività dei diritti e della tutela giurisdizionale

---

[97] Cfr. ad es. la decisione del Mediatore europeo del 22 febbraio 2022 relativa alle modalità con le quali la Commissione europea monitora e assicura il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle autorità croate nel contesto delle operazioni di gestione delle frontiere finanziate con fondi dell'Unione europea (caso 1598/2020/VS), par. 18 ss. V. *amplius* J. RIJPMA, A. FOTIADIS, *Addressing the Violation of Fundamental Rights at the External Borders of the European Union. Infringement Proceedings and Conditionality in EU Funding Instruments*, June 2022, accessibile *online*.

[98] D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 342 ss.

[99] Cfr., ad es., la posizione della Commissione sulla "lentezza" del sistema dei ricorsi giurisdizionali greco, in relazione al sindacato di legittimità delle decisioni di rimpatrio in Turchia adottate in attuazione della Dichiarazione UE-Turchia: comunicazione della Commissione, Relazione sullo stato di attuazione dell'agenda europea sulla migrazione, COM(2018) 250 fin., del 14 marzo 2018, p. 7.

[100] C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 688.

[101] Cfr., ad es., le sentenze della Corte del 29 luglio 2019, causa C-556/17, *Torubarov*, EU:C:2019:626, punti 56-74, e del 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, punto 132.

[102] Conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón del 1º marzo 2011, causa C-69/10, *Samba Diouf*, punto 39.

degli stessi. Quella che viene deterministicamente presentata come una scelta obbligata è piuttosto un'opzione politica, che discende dall'intimo legame tra poteri operativi e sicurezza interna nella disciplina statutaria delle agenzie dell'*ex* terzo pilastro[103].

Tale legame è valorizzato e approfondito dal Trattato di Lisbona, che riconduce la nozione di "poteri operativi" a un'accezione strategico-militare, richiamandola (*inter alia*) nel contesto della cooperazione di polizia e tra i servizi di protezione civile nazionali[104], in relazione alle funzioni del Comitato permanente per la sicurezza interna[105] e nell'ambito della politica di sicurezza e difesa comune[106].

Il nesso tra poteri operativi e sicurezza assume peculiare rilievo nel mandato di Frontex, come ampliato a seguito dell'ultima riforma. L'espansione del mandato operativo dell'Agenzia, infatti, è consustanziale alla prevenzione delle "minacce ibride" che richiedono la militarizzazione del dispositivo di gestione delle frontiere esterne[107] e la formazione di una cultura comune del rischio. L'assetto preventivo-militare del dispositivo di frontiera si basa essenzialmente su due elementi: la costituzione di un corpo permanente dotato di poteri esecutivi e il rafforzamento dell'infrastruttura informativa e di *intelligence* connessa alla gestione dei cosiddetti "confini intelligenti".

La natura stessa dei poteri esecutivi – che presuppongono una capacità di intervento associata a un potere di coercizione fisica, esercitato mediante una condotta fattuale[108] – imprime una connotazione securitaria alla gestione integrata delle frontiere esterne, richiedendo particolari cautele dal punto di vista del bilanciamento con

---

[103] Cfr. S. CARRERA, L. DEN HERTOG, J. PARKIN, *The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2013, p. 337 ss.

[104] Artt. 87 e 196, par. 1, lett. b), TFUE. In argomento, M. DEN BOER, *Police Cooperation in the TEU. Tiger in a Trojan Horse?*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 555 ss.

[105] Art. 71 TFUE.

[106] Artt. 28, 42 e 45 TUE.

[107] Frontex Strategic Risk Analysis 2022, Varsavia, July 2022, p. 7.

[108] Sul rapporto tra poteri esecutivi e operativi come rapporto di *species* a *genus*, cfr. B. SCHOTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection: A Legal Theory Perspective on the Operational Powers of the European Border and Coast Guard*, in *German Law Journal*, 2021, p. 625 ss., p. 627.

la tutela dei diritti fondamentali[109]. In questa logica, il *conferimento* di poteri esecutivi al personale statutario dell'Agenzia procede, nello statuto, di pari passo all'estensione del mandato di Frontex nel settore della promozione e protezione dei diritti fondamentali[110]. Nondimeno, l'*esercizio* di tali poteri rende, di fatto, superflua la cooperazione del migrante e il riconoscimento della sua personalità giuridica ai fini del raggiungimento degli obiettivi di politica migratoria dell'Unione[111]. Pertanto, la legittimazione dell'autorità che li esercita viene a dipendere prevalentemente dall'efficienza del controllo[112], mentre la funzione legittimante del governo *attraverso la legge* resta relegata sullo sfondo.

Al contempo, il rafforzamento dell'infrastruttura informativa e di *intelligence* connessa alla gestione degli *smart borders* concorre alla riqualificazione del migrante come mero oggetto di attività interdittive[113]. Per un verso, Frontex diviene l'*hub* centrale per la gestione del sistema di sorveglianza Eurosur, con un sostanziale rafforzamento della capacità di monitoraggio e intervento nella zona pre-frontaliera[114], unito alla sperimentazione di tecnologia c.d. *dual use* per il tracciamento integrale della mobilità umana lungo le rotte del

---

[109] Sentenza della Corte del 5 settembre 2012, causa C-355/10, *Parlamento* c. *Consiglio*, punto 77.

[110] Cfr. l'art. 3, par. 2, del regolamento (UE) 2019/1896, che contiene una clausola orizzontale ai sensi della quale i "diritti fondamentali, l'istruzione e la formazione, nonché la ricerca e l'innovazione, sono elementi generali dell'attuazione della gestione europea integrata delle frontiere". V. altresì l'art. 80 dello statuto, che colloca la protezione dei diritti fondamentali nella sezione "disposizioni generali" del capitolo IV, rubricato "regole generali".

[111] D. RODRIK, *Rights Not Recognized: Applying the Right to Recognition as a Person before the Law to Pushbacks at International Borders*, in *International Journal of Refugee Law*, 2021, p. 541 ss.

[112] M. DEN HEIJER, J.J. RIJPMA, T. SPIJKERBOER, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common European Asylum System*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 607 ss.

[113] N. NIELSEN, *Expansion of data-collection is eroding EU values and rights*, in *Strasbourg Observers*, 6 January 2023, accessibile *online*.

[114] Cfr. il regolamento di esecuzione (UE) 2021/581 della Commissione del 9 aprile 2021 relativo ai quadri situazionali del sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosur), adottato *ex* art. 24, par. 3, del regolamento (UE) 2019/1896. Sul funzionamento di Eurosur, ci sia consentito rinviare a PH. HANKE, D. VITIELLO, *New Technologies in Migration Control. A Legal Appraisal from an International and European Perspective*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *The Use and Misuse of Technology: Contemporary Challenges under International and European Law*, Cham, 2019, p. 3 ss., p. 15 ss.

Mediterraneo[115]. Per altro verso, l'Agenzia diviene responsabile per la gestione dell'unità centrale del sistema ETIAS[116] e il *design* degli "indicatori di rischio specifici"[117], sulla cui base è costruito l'algoritmo di profilazione. L'automazione dei controlli[118] va di pari passo con l'avanzamento dell'interoperabilità delle banche dati[119] e lo studio di soluzioni innovative[120] per lo *screening* di massa e il *social sorting* dei viaggiatori[121], che si fondano (tra l'altro) sul ricorso all'intelligenza artificiale[122], non soltanto a fini di verifica documentale[123], ma anche di decodificazione delle emozioni tramite analisi dei movimenti facciali[124].

---

[115] Frontex, Report to the European Parliament and the Council on the functioning of EUROSUR (Article 121(5) of Regulation (EU) No 2019/1896), LIMITE 11639/22, 27 July 2022, accessibile *online*. In argomento, R. CSERNATONI, *Constructing the EU's High-Tech Borders: FRONTEX and Dual-Use Drones for Border Management*, in *European Security*, 2018, p. 175 ss.; P. LOUKINAS, *Drones for Border Surveillance: Multipurpose Use, Uncertainty and Challenges at EU Borders*, in *Geopolitics*, 2022, p. 89 ss.

[116] Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 settembre 2018 che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226, art. 7.

[117] Ivi, art. 33, par. 4.

[118] J. SANCHEZ DEL RIO, D. MOCTEZUMA, C. CONDE, I. M. DE DIEGO, E. CABELLO, *Automated Border Control E-Gates and Facial Recognition Systems*, in *Computers & Security*, 2016, p. 49 ss.

[119] N. VAVOULA, *Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems*, Leiden, 2022.

[120] A tal fine è stato appositamente costituito l'EU Innovation Hub for Internal Security, in seno a Europol, col supporto attivo di Frontex ed eu-LISA. Cfr. Consiglio UE, EU Innovation Hub for Internal Security – Report from the 2nd Annual Event, LIMITE 12657/22, 29 September 2022, accessibile *online*.

[121] Su tale concetto, v. AA.VV., *Big Data at the Border. A report by Eticas Research and Consulting for The New Venture Fund 'Quantified Society: Examining the Consequences of Algorithmic Decision Making for Open Societies'*, Eticas Foundation, March 2022, p. 11 ss.

[122] Consiglio UE, Final Report Future Group on Travel Intelligence and Border Management, LIMITE 6767/22, 3 March 2022, accessibile *online*.

[123] D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Oxford, 2023, p. 25 ss.

[124] L. JONA, *La "macchina della verità" alle frontiere di cui l'Europa preferiva non parlare*, in *Security*, 27 aprile 2021, accessibile *online*. Si noti che la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 fin., del 21 aprile 2021, qualifica espressamente – all'allegato III – tale tipologia di utilizzo all'AI.

L'aprioristica attribuzione di una funzione escatologica alla tecnologia – estrinsecazione anch'essa della ricerca di efficienza a tutti i costi – concorre ad approfondire il *deficit* di *accountability* che caratterizza la gestione integrata delle frontiere esterne, ponendo sfide senza precedenti sotto il profilo della trasparenza e della tutela dei dati personali. La circostanza che Frontex possa elaborare le specifiche tecniche degli indicatori di rischio su cui si fonda l'algoritmo dell'unità centrale di ETIAS, senza essere tenuta a garantire pieno accesso alle informazioni di *design*, ne è dimostrazione[125]. Inoltre, parafrasando la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Ligue des droits humain*, nella misura in cui la tecnologia viene utilizzata al fine di "istituire un sistema di sorveglianza continua, indiscriminata e sistematica, che include la valutazione automatizzata di dati personali di tutte le persone" che attraversano (o ambiscono ad attraversare) le frontiere esterne dell'Unione, essa comporta "ingerenze di una gravità certa nei diritti garantiti dagli articoli 7 e 8 della Carta"[126]. Pertanto, come chiarito dalla Corte in relazione al PNR, l'innovazione tecnologica deve operare in base a criteri prestabiliti, la cui coerenza con la Carta – e in particolare con il suo art. 47 – deve essere assicurata[127].

Questo vale *a fortiori* in relazione al sistema Eurosur: un dispositivo di sorveglianza che – se interpretato in coerenza con gli obblighi di Frontex nell'ambito delle operazioni congiunte di pattugliamento marittimo[128] – potrebbe incidere significativamente sul numero di morti in mare. La prassi mostra, invece, un utilizzo di Eurosur orientato al cosidetto *purpose blurring* – o sfocatura dell'obiettivo – che si realizza attraverso la commistione di finalità umanitarie e di sorveglianza

[125] In argomento, A. MUSCO EKLUND, *Frontex and 'Algorithmic Discretion' (Part I): The ETIAS Screening Rules and the Principle of Legality*, in *verfassungsblog.de*, 10 September 2022, accessibile *online*.

[126] Sentenza della Corte del 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humains*, punto 111.

[127] Ivi, punti 179, 194-195-210. In argomento, T. ZANDSTRA, E. BROUWER, *Fundamental Rights at the Digital Border. ETIAS, the Right to Data Protection, and the CJEU's PNR Judgment*, in *verfassungsblog.de*, 24 June 2022, accessibile *online*.

[128] Commissione europea, Servizio giuridico, Legal opinion by the European Commission on the nature and extent of Frontex's obligations in the context of its implementation of joint maritime operations at the Union's external sea borders, 3 March 2021, accessibile *online*.

all'interno di un dispositivo tecnologico[129] il cui obiettivo ultimo è la raccolta indiscriminata, lo stoccaggio e il trattamento di dati e informazioni a fini di sicurezza predittiva[130].

Invero, le informazioni e i dati raccolti tramite Eurosur alimentano l'analisi dei rischi di Frontex[131]: un potente strumento informativo che orienta (tra l'altro) il dispiegamento dei funzionari di collegamento e l'individuazione dei paesi terzi di rilevanza strategica per la gestione delle frontiere europee[132]. Inoltre, l'analisi dei rischi informa la valutazione delle vulnerabilità condotta da Frontex, in base alla quale vengono distribuiti i fondi per il sostegno operativo agli Stati membri[133]. In questa cornice si inserisce altresì l'espansione di PeDRA: il programma dell'Agenzia per l'analisi dei rischi[134], che mira a consentire l'acquisizione e lo stoccaggio di dati personali contenenti finanche informazioni di natura genetica o sull'orientamento sessuale, che possono essere condivisi con Europol e le agenzie di *intelligence* nazionali, a fini di prevenzione generale e antiterrorismo.

---

[129] Sull'incorporazione di valori negli artefatti tecnologici, e sulle conseguenze di tale processo dal punto di vista epistemologico, cfr. F. TOLLON, *Artifacts and Affordances: From Designed Properties to Possibilities for Action*, in *AI & Society*, 2022, p. 239 ss.

[130] I rischi di sfocatura dell'obiettivo, nell'ambito delle operazioni congiunte in mare, sono emersi con tutta evidenza nella cooperazione tra Frontex e l'operazione *Eunavfor Med Sophia*, poi *Irini*, che ha attratto le funzioni di ricerca e soccorso di Frontex nel *continuum* operativo sicurezza-difesa, di fatto assoggettandole agli obiettivi militari. In argomento, M. TAZZIOLI, *Spy, Track and Archive: The Temporality of Visibility in Eurosur and Jora*, in *Security Dialogue*, 2018, p. 272 ss. Più in generale, sulle criticità del sistema Eurosur, v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione irregolare nell'Unione europea*, II ed., Torino, 2021, p. 49 ss.

[131] Cfr. ad es. la sezione "source materials" in Frontex Risk Analysis for 2022/2023, Varsavia, 2021, accessibile *online*.

[132] L. MARIN, *The Cooperation Between Frontex and Third Countries in Information Sharing: Practices, Law and Challenges in Externalizing Border Control Functions*, in *European Public Law*, 2020, p. 157 ss.

[133] Regolamento (UE) 2021/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 luglio 2021 che istituisce, nell'ambito del Fondo per la gestione integrata delle frontiere, lo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti, art. 16, par. 3. Cfr. altresì l'art. 4 del medesimo atto, ai sensi del quale "le azioni finanziate nell'ambito dello Strumento sono attuate nel pieno rispetto dei diritti e dei principi sanciti dall'acquis dell'Unione e dalla Carta nonché degli obblighi internazionali dell'Unione in materia di diritti fondamentali".

[134] Parlamento europeo, Decision on the expansion of intrusive personal data processing by Frontex and Europol (Interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta P-002499/2022, 8 July 2022).

Se questi strumenti informativi concorrono senz'altro alla formazione di una cultura comune del rischio e di una risposta condivisa alle minacce, al contempo imprimono al governo del confine una dimensione emergenziale, che diventa il modo tipico di operare del sistema di gestione integrata delle frontiere europee[135]. La normalizzazione della narrativa emergenziale nella costruzione di una cultura condivisa del confine comporta conseguenze sul piano operativo, come l'auto-percezione dell'Agenzia alla stregua di un organismo di *law enforcement*[136] e la configurazione delle frontiere esterne come una zona di "guerra a bassa intensità", governata da un regime giuridico basato sullo stato di eccezione[137]. In quest'ottica, l'assistenza umanitaria prestata dalle ONG alle imbarcazioni dei migranti in *distress* diventa un "*pull factor*"[138], mentre l'accesso ai piani operativi e alle fonti di *intelligence* su cui si basa l'analisi dei rischi viene sistematicamente negato, sulla base delle eccezioni del pubblico interesse in materia di sicurezza previste dal regolamento 1049/2001[139]. L'opacità che ne deriva preclude – *ipso facto* – il controllo in sede

[135] J. JEANDESBOZ, P. PALLISTER-WILKINS, *Crisis, Routine, Consolidation: The Politics of the Mediterranean Migration Crisis*, in *Mediterranean Politics*, 2016, p. 316 ss., p. 317. Analogamente, in relazione alla cooperazione Schengen alle frontiere interne, v. E. GUILD, *Schengen Borders and Multiple National States of Emergency: From Refugees to Terrorism to COVID-19*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 385 ss.

[136] V. *supra*, par. 3. In argomento, da ultimo A.-M. SARANTAKI, *Frontex and the Rising of a New Border Control Culture in Europe*, Routledge, Abingdon-New York, 2023; G. CAMPESI, *Policing Mobility Regimes. Frontex and the Production of the European Borderscape*, Abingdon, 2022.

[137] V. *supra*, par. 4.

[138] Parlamento europeo, Documento riservato dell'Agenzia Frontex sull'immigrazione nel Mediterraneo (Interrogazione parlamentare con richiesta di risposta scritta E-003662/2022, 9 novembre 2022). *Contra*, v. Commissione europea, Commissioner Johansson's Speech at the Plenary Debate on Criminalisation of Humanitarian Assistance, 19 gennaio 2023, entrambi accessibili *online*.

[139] Si tratta, rispettivamente, degli artt. 4, par. 1, lett. a), e 4, par. 3, del regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea. Per un'analisi del ricorso a tali eccezioni da parte di Frontex, cfr. M. GKLIATI, J. KILPATRICK, *Crying Wolf Too Many Times: The Impact of the Emergency Narrative on Transparency in Frontex Joint Operations*, in *Utrecht Law Review*, 2022, p. 57 ss.

amministrativa[140] e giurisdizionale[141]. Come sottolineato dal Mediatore europeo in un caso relativo a una richiesta di accesso a documenti che l'Agenzia aveva in precedenza divulgato, ma per i quali – a partire dal dicembre 2021 – aveva sistematicamente negato l'accesso[142], rimediare (almeno in parte) a questa opacità implica quanto meno l'istituzione di un pubblico registro di tutti i documenti divulgati dall'Agenzia in risposta a richieste di accesso.

6. L'analisi d'impatto dell'Agenzia Frontex, che la Commissione è in procinto di svolgere[143], rappresenta un'occasione preziosa per ripensare gli aspetti più disfunzionali della gestione integrata delle frontiere esterne e, al contempo, un banco di prova per il nuovo direttore esecutivo, Hans Leijtens[144]. La presa d'atto dell'incompatibilità tra l'attuale funzionamento dell'Agenzia e la cornice di diritto UE non è, infatti, più procrastinabile – come peraltro riconosciuto dalla stessa Commissione[145]. Il *fitness check* del regolamento di Frontex – secondo le linee guida sulla *better regulation*[146] – riguarda l'efficacia, l'efficienza, la pertinenza e la coerenza delle azioni intraprese da

---

[140] V. *mutatis mutandis* la decisione del Mediatore europeo del 10 maggio 2019, Sul rifiuto di Europol di concedere il pieno accesso ai documenti riguardanti le squadre investigative comuni dell'Agenzia e i piani operativi nei "punti caldi" (caso 1270/2017/JAP).

[141] Sentenza del Tribunale del 27 novembre 2019, causa T-31/18, *Izuzquiza e Semsrott c. Frontex*, su cui v. T. KNÄBE, TIMO, H.Y. CANIARD, *Public Security Revisited: Janus, Triton and Frontex: Operational Requirements and Freedom of Information in the European Union, Case Note Under Case T-31/18 Luisa Izuzquiza and Arne Semsrott v European Border and Coast Guard Agency (Frontex)*, in *European Journal of Migration and Law*, 2021, p. 332 ss.

[142] Decisione del Mediatore europeo del 9 settembre 2022 sulla modalità con cui l'Agenzia europea della guardia di frontiera e costiera (Frontex) ha gestito una richiesta di accesso del pubblico a documenti che la stessa ha divulgato a seguito di precedenti richieste (caso 4/2022/SF).

[143] V. *supra*, par. 1.

[144] M. APELBLAT, *New Frontex Director Promises to Turn the Page in Discredited EU Agency*, in *The Brussels Times*, 20 January 2022, accessibile *online*.

[145] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sulla migrazione e l'asilo, COM(2022) 740 fin., del 6 ottobre 2022, pp. 11-12.

[146] Commissione europea, Commission Staff Working Document, Better Regulation Guidelines, SWD(2021) 305 fin., 3 November 2021, p. 23.

Frontex e il loro valore aggiunto, ma anche la revisione del corpo permanente e della struttura della *governance* dell'Agenzia[147].

Tre sono, in particolare, le questioni su cui la Commissione è chiamata a interrogarsi: come garantire l'*accountability* in tutte le attività di Frontex[148], come ripensare l'antitesi tra l'efficienza dei controlli ed effettività della tutela dei diritti fondamentali[149] e come porre alla base di qualsiasi azione operativa la trasparenza e la tutela dei dati personali[150]. Le soluzioni proposte in dottrina e nel dibattito parlamentare europeo vanno in due direzioni: per un verso, rafforzare i controlli *in itinere* ed *ex post* sull'operato di Frontex, per altro verso, riformarne la struttura organica.

In relazione al rafforzamento dei controlli *in itinere* ed *ex post*, l'elemento chiave delle proposte avanzate riguarda la procedimentalizzazione delle attività operative e del processo decisionale dall'Agenzia[151], volta a circoscriverne la discrezionalità entro un perimetro operativo dai contorni meno sfumati. L'adozione di una disciplina applicativa interna, che riduca l'ambiguità sottesa alla formulazione dell'art. 46 del regolamento istitutivo, potrebbe ad esempio consentire la valorizzazione del meccanismo di sospensione come risposta *immediata* a violazioni gravi dei diritti fondamentali e, al contempo, accrescere l'effettività della tutela giurisdizionale *ex post*.

Inoltre, il rafforzamento dei controlli *in itinere* ed *ex post* presuppone necessariamente una riduzione del *deficit democratico* dell'Agenzia, obiettivo che potrebbe essere perseguito con una riforma organica che modifichi la composizione del consiglio di amministrazione[152], riducendo il numero di membri e attribuendo

---

[147] Commissione europea, Guardia di frontiera e costiera europea/Frontex – Revisione del corpo permanente e valutazione del regolamento, 5 settembre 2022, accessibile *online*.
[148] V. *supra*, par. 3.
[149] V. *supra*, par. 4.
[150] V. *supra*, par. 5.
[151] Cfr., su tale aspetto, D. VITIELLO, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, cit., p. 342.
[152] Attualmente il consiglio di amministrazione di Frontex si compone di sessantatré membri, più del doppio dei componenti del gabinetto di presidenza della Commissione europea. Non è prevista la partecipazione di una componente parlamentare con poteri deliberativi, ancorché un rappresentante del Parlamento europeo, senza diritto di voto, possa essere invitato alle riunioni del consiglio. Cfr. gli

diritto di voto alla componente parlamentare. Contestualmente, la centralizzazione nell'organo interno di garanzia dei diritti fondamentali delle funzioni di monitoraggio delle condotte operative del personale dell'Agenzia e delle guardie di frontiera nazionali, al momento frammentate tra una serie di organi, tra cui il direttore esecutivo, potrebbe limitare il conflitto di interessi e favorire la diffusione di una cultura del rispetto dei diritti fondamentali nelle attività operative. Questo potrebbe altresì concorrere alla valorizzazione del meccanismo interno di denuncia[153] e dei rapporti sugli incidenti gravi[154], che assegnano una funzione di controllo al responsabile dei diritti fondamentali, ma non i poteri d'azione necessari a reagire alle violazioni riscontrate[155].

Più in generale, è stata sottolineata la necessità di prevedere meccanismi di monitoraggio esterno e indipendente del rispetto dei diritti fondamentali e del diritto UE nelle attività operative coordinate da Frontex, che non siano circoscritti al controllo amministrativo e contabile e che consentano di rispondere prontamente all'inerzia dell'Agenzia[156]. Tanto le proposte a regolamento corrente, quanto gli

---

artt. 100 e 104, par. 7, del regolamento (UE) 2019/1896, nonché la decisione 16/2020 del consiglio di amministrazione di Frontex, del 7 luglio 2020, Adopting Rules of Procedure of the Management Board.

[153] Cfr. l'art. 111 del regolamento (UE) 2019/1896. Sui limiti di tale meccanismo, v. S. MARINAI, *Il controllo delle frontiere e la lotta all'immigrazione irregolare*, in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, S. MARINAI, F. CASOLARI (a cura di), *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 212 ss., p. 216.

[154] Frontex, Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51 Standard Operating Procedure (SOP) – Serious Incident Reporting of 19/04/2021, FSC/ 1093000 /2021, accessibile *online*.

[155] Per rafforzare e rendere realmente autonomo il responsabile dei diritti fondamentali e il suo staff, composto da quarantasei osservatori, sarebbe necessario prevedere il dispiegamento di questi ultimi in tutte le operazioni dell'Agenzia, nonché attribuire loro capacità di intervento *in situ* e *in itinere*, insieme all'obbligo di riferire al responsabile e alle istituzioni europee sui risultati delle missioni *in loco*. Al contempo, prevedere espressamente che Frontex possa esercitare funzioni di monitoraggio nelle strutture detentive alle frontiere esterne consentirebbe di limitare la reticenza dell'Agenzia rispetto agli illeciti statali inerenti alle attività di gestione integrata.

[156] M. JAEGER, A. FOTIADIS, E. GUILD, L. VIDOVIĆ, *Feasibility Study on the setting up of a robust and independent human rights monitoring mechanism at the external borders of the European Union*, Pro Asyl Foundation *et al*., 4 May 2022, accessibile *online*.

spunti di riflessione in vista di una futura riforma dell'Agenzia, tuttavia, eludono il punto chiave che si è tentato di mettere in luce nelle pagine che precedono, ovvero che il *design* stesso dei poteri operativi dovrebbe essere ripensato al fine di incorporare l'obiettivo della tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Rendere i diritti fondamentali una componente essenziale dei poteri operativi di Frontex significa andare oltre la previsione di poteri di *reazione* alle violazioni, al fine di dare piena realizzazione al mandato di *prevenzione* delle stesse. In questa prospettiva, tutela dei diritti e controlli di frontiera non sono posti in antitesi, con i primi in funzione limitativa dei secondi. Invero, se questa relazione funziona nella dialettica classica tra libertà e autorità a livello nazionale, essa appare altamente disfunzionale se traslata – *sic et simpliciter* – nel diverso contesto delle attività di Frontex: un'agenzia decentrata appartenente a un ordinamento giuridico sovranazionale i cui soggetti si riconoscono come una "comunità di diritto".

Tale circostanza induce a ritenere che il modello classico di *accountability*, che pone al centro il bilanciamento tra autonomia e controllo nella configurazione di meccanismi di controllo *in itinere* ed *ex post*[157], possa essere efficacemente affiancato da un modello di *accountability* "by design". Mentre il primo si fonda essenzialmente sulla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e sulla riforma strutturale del sistema di monitoraggio del rispetto dei diritti fondamentali nella gestione delle frontiere, il secondo pone in capo all'ente gestore l'obbligo di adottare misure tecniche, logistiche e organizzative atte a conformare la determinazione dei mezzi dell'azione, e l'esercizio dei connessi poteri, all'attuazione del mandato di promozione e protezione dei diritti fondamentali[158]. In tal caso, la

[157] In argomento, P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Non-Judicial Remedies and EU Administration: Protection of Rights versus Preservation of Autonomy*, London-New York-Turin, 2021.

[158] Un esempio di disposizione di diritto UE che incide espressamente sul *design* di poteri operativi statali, prima ancora che sul loro esercizio, è l'art. 22 del regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), che (come noto) abolisce i controlli alle frontiere interne e proibisce verifiche di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla nazionalità. Questa disposizione è compendiata dall'art. 24 del medesimo codice, che comporta la rimozione degli ostacoli al traffico presso i

minimizzazione dell'incidenza delle attività congiunte sulle posizioni giuridiche individuali discende dal *design* stesso del potere operativo, che impone all'ente gestore (in questo caso Frontex) una valutazione preliminare e trasparente della proporzionalità delle proprie scelte strategiche ed esecutive rispetto al mandato in materia di diritti fondamentali.

In una prospettiva di *accountability* "by design", non basta quindi inserire nello statuto riferimenti diffusi alla tutela dei diritti fondamentali e al mandato dell'Agenzia in materia, e neppure rafforzare i controlli *ex post*, come quelli in materia di discarico del bilancio, che pur consentendo di sanzionare l'inottemperanza di Frontex ai diritti fondamentali non ne limitano l'operatività. Occorre incorporare all'interno dei poteri d'azione relativi (*inter alia*) alle operazioni congiunte, ai piani operativi, all'azione esterna, alla gestione del *budget*, all'approvvigionamento di mezzi e armi, al reclutamento e alla formazione delle guardie di frontiera, un obbligo di *preassessment* della proporzionalità del potere conferito all'obiettivo perseguito, tenuto conto dei rischi generici di deviazione dal rispetto dei diritti fondamentali connessi alle attività di sorveglianza di frontiera[159],

valichi di frontiera stradali alle frontiere interne, inclusa l'infrastruttura *fisica* del controllo di confine. Quest'ultima – in quanto dispositivo di esclusione dal territorio – può essere equiparata (quanto agli effetti) ad altri strumenti operativi, adottati dagli Stati membri per limitare la circolazione intra-europea (in tal senso, B. SCHOTEL, *EU Operational Powers and Legal Protection*, cit., p. 645). Il suo smantellamento – conseguenza di un obbligo giuridico derivante dall'appartenenza all'Unione – ha favorito *ex ante* l'adeguamento dei poteri delle guardie di frontiera statali all'obiettivo di garantire la libera circolazione nello spazio Schengen e, al contempo, ha assicurato che le limitazioni di tale libertà non fossero legate alla nazionalità. In tal senso, la *ratio* degli artt. 22 e 24 del codice è distinta da quella dell'art. 23 che, regolando *l'esercizio* delle competenze di polizia alle frontiere interne, vieta i controlli che abbiano effetto equivalente alle verifiche di frontiera, consentendo *ex post* l'accesso alla tutela giurisdizionale in caso di violazione (cfr. le sentenze della Corte del 13 dicembre 2018, causa C-412/17, *Touring Tours und Travel*, e del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*).

[159] Questi rischi sono particolarmente evidenti in relazione alle attività che comportano l'esercizio dei poteri esecutivi da parte del personale statutario di Frontex, anche perché, come si è già sottolineato *supra*, par. 4, la disciplina statutaria in materia di acquisto, noleggio e detenzione da parte dell'Agenzia di armi, munizioni ed equipaggiamento tecnico, è piuttosto lacunosa. Cfr. sul punto Consiglio UE, State of play of the implementation of the EBCG 2.0 Regulation in view of current challenges, LIMITE 7607/20, 28 April 2000, p. 15 ss., accessibile *online*.

nonché dei rischi specifici legati alle variabili pertinenti nel singolo caso[160].

[160] Ad es. allo stato dell'arte e allo sviluppo della tecnologia di controllo del confine, alle specificità della tutela dei diritti in un dato contesto operativo (es. alto mare) e alla probabilità e irreparabilità dei danni per le persone riguardate.