COLLANA QUADERNI AISDUE
SERIE CONVEGNI E SEMINARI
1

I 40 ANNI DELL'ACCORDO DI SCHENGEN: RISULTATI E PROSPETTIVE

Atti del Convegno
Università di Parma, 18-19 dicembre 2025

a cura di
MARCO INGLESE e ALESSANDRO ROSANÒ

EDITORIALE SCIENTIFICA NAPOLI

Direttore Responsabile
Antonio Tizzano

Comitato scientifico della Collana Quaderni AISDUE
Adelina Adinolfi, Giandonato Caggiano, Patrizia De Pasquale,
Alessia Di Pascale, Pietro Manzini, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi,
Paola Mori, Bruno Nascimbene, Francesco Rossi Dal Pozzo, Lorenzo
Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri, Antonio Tizzano,
Ennio Triggiani, Jacques Ziller

COLLANA QUADERNI AISDUE
Serie Convegni e Seminari
n. 1

I 40 ANNI DELL'ACCORDO DI SCHENGEN: RISULTATI E PROSPETTIVE

Atti del Convegno
Università di Parma, 18-19 dicembre 2025

a cura di

Marco Inglese e Alessandro Rosanò

Editoriale Scientifica
Napoli

I contributi presenti in questo volume sono stati sottoposti a un processo di *peer review* in modalità *single-blind.*

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2026 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISSN 2975-2698
ISBN 979-12-235-0745-2

INDICE

Nascimbene B., Prefazione 7

Inglese M., Rosanò A., Uno splendido quarantenne? L'Accordo di Schengen, 1985-2025 11

Elenco autori 20

Rizzuto Ferruzza S., Il futuro di Schengen nel Nuovo Patto su migrazione e asilo: sicurezza, mobilità e gestione dei movimenti irregolari 21

Cometti M., Le segnalazioni SIS ai fini del respingimento, del rifiuto di soggiorno o per il rimpatrio: uso strumentale, mancata effettività dei diritti di accesso e cancellazione, carenza di tutela 47

Colavecchio G., La *crisification* delle migrazioni a difesa dello spazio Schengen? Una riflessione su integrità del sistema, certezza del diritto e tutela dei diritti fondamentali nel regolamento crisi e forza maggiore 85

Di Matteo F., Sorveglianza, automatismi e libertà: le nuove ambivalenze dello spazio Schengen 113

Toraldo G., Lo spazio Schengen nell'era del confine algoritmico: un ritorno al futuro? 133

Pandolfi E., Migrazioni algoritmiche: l'*AI Act* e la regolazione europea delle tecnologie di frontiera 149

Buccarella M., Schengen e modelli di integrazione differenziata *esterna*: fondamenti, criticità e prospettive 175

BERGAMASCHI N., Il ruolo della reciproca fiducia nella definizione dell'estensione territoriale dello spazio senza frontiere interne (e viceversa) 195

GIRSIASHVILI N., *Visa Suspension Mechanism* nella politica di allargamento: il caso della Georgia 231

THUN HOHENSTEIN WELSPERG C.S., La latitudine delle competenze dell'Unione europea in "materia penale" 247

PREFAZIONE*

Bruno Nascimbene**

1. Il sistema Schengen (o Schengen, semplicemente), a quarant'anni dalla sua nascita, non rappresenta soltanto un tassello fondamentale dell'integrazione europea, ma costituisce il riflesso più profondo delle tensioni e delle ambizioni che attraversano il progetto dell'Unione: oggi sembrano prevalere le tensioni, in un contesto internazionale ove alleanze e cooperazione, anche nel più ristretto ambito europeo, incontrano non poche difficoltà.

L'analisi della sua evoluzione, dall'Accordo del 1985 alla Convenzione di applicazione del 1990, permette di ricostruire una parabola storica che ha trasformato una cooperazione intergovernativa nata tra pochi Stati in un pilastro imprescindibile del diritto dell'Unione. Si tratta di un percorso che mette in luce come il diritto internazionale abbia concorso a definire gli obiettivi dell'Unione, in parte conservando la sua natura pattizia, in parte trasformandosi attraverso l'integrazione, e così fornendo al sistema quella duttilità necessaria per rispondere alle contingenze storiche.

2. Schengen si è configurato fin dalle origini come un esempio di integrazione progressiva e differenziata, una sorta di cooperazione rafforzata *ante litteram* che ha permesso di avanzare laddove non era inizialmente possibile dettare norme comunitarie uniformi. Si è scelto di cooperare, anche se in forma e con "velocità" più limitata, accettando realizzazioni parziali piuttosto che nessuna realizzazione. Il concetto di *acquis* di Schengen, formalizzato con il Trattato di Amsterdam, rappresenta oggi un vero e proprio patrimonio normativo che deve essere accettato integralmente da ogni Stato candidato all'adesione. Tuttavia, la sua geometria resta variabile: la partecipazione di Stati terzi tramite accordi di associazione e le diverse forme di partecipazione degli Stati membri testimoniano la complessità di un sistema che armonizza il diritto dell'Unione e il diritto internazionale in una prospettiva comune di libertà, sicurezza, certezza del diritto, fiducia reciproca.

* Il presente scritto rappresenta un'anticipazione, in forma ridotta, dell'articolo in corso di pubblicazione nella *Rivista di diritto internazionale,* n. 2/2026, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

** Professore emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano, già professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Genova.

3. L'obiettivo cardine del sistema risiede nell'eliminazione dei controlli fisici alle frontiere interne e nel contestuale rafforzamento delle frontiere esterne, intese come perimetro ovvero confine comune. Tale architettura richiede un delicato bilanciamento tra la libertà di circolazione e le necessarie misure di accompagnamento in materia di asilo, immigrazione e cooperazione di polizia. In questo senso, il Codice Frontiere Schengen e la Convenzione di Dublino in materia di asilo sono divenuti strumenti essenziali per gestire uno spazio senza frontiere interne, cercando di evitare fenomeni di instabilità e garantendo, al contempo, il rispetto della tradizione umanitaria europea e dei diritti fondamentali. A questi temi sono dedicate le riflessioni svolte dai relatori del convegno: su profili diversi, ma espressione, tutti, di uno spazio comune e condiviso di libertà, sicurezza e giustizia.

4. Il successo di questo modello è stato messo alla prova dalle recenti crisi migratorie e sanitarie, che hanno evidenziato la fragilità dello spazio comune di fronte alla sovranità nazionale, alle esigenze e rivendicazioni dei singoli Stati membri. Il ripristino dei controlli alle frontiere interne, avvenuto in modo non coordinato durante l'emergenza pandemica e le crisi dei rifugiati, ha generato, invero, una frammentazione delle discipline che ha rischiato di compromettere il funzionamento del sistema. Queste deroghe, pur giustificate da motivi di sicurezza interna o salute pubblica, devono rimanere misure di *extrema ratio*, rigorosamente limitate nel tempo e ispirate ai principi di necessità e proporzionalità, se non si vuole mettere in crisi il sistema stesso, trasformandolo in una surrettizia normalizzazione dei confini nazionali. Schengen diverrebbe, altrimenti, l'emblema di un fallimento: quarant'anni dopo, è vero, ma se viene a mancare lo spirito iniziale, l'integrazione auspicata, e in parte realizzata, svanirebbe.

5. Per rispondere alle più recenti sfide, l'evoluzione dello spazio Schengen si muove lungo il binario della digitalizzazione e della cosiddetta "securitizzazione". L'introduzione di sistemi avanzati come l'EES (il sistema di ingressi e uscite, istituito dal regolamento 2017/2226) e l'ETIAS (il sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi, istituito dal regolamento 2018/1240) mira a creare un ecosistema integrato di gestione delle informazioni, trasformando la frontiera esterna in uno spazio delocalizzato dove il controllo avviene in fase preventiva. Se da un lato questi strumenti aumentano l'efficienza dei controlli, dall'altro lato sollevano interrogativi cruciali sulla protezione dei dati personali e sul mantenimento di un equilibrio stabile con i diritti dei singoli, e cioè diritti fondamentali che vanno sempre garantiti (in virtù della Carta, oltre che della CEDU).

6. In ultima analisi, la "spina dorsale", come talora viene definito il *noyau* dell'intero sistema Schengen, risiede nel principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri. Come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (fra le altre, Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, punto 83; 29 luglio 2024, C-202/24, *Alchaster*, punti 57, 61-63; più recentemente 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione c. Malta*, punti 84-86, 91), tale fiducia non è solo un elemento funzionale, ma la ragion d'essere stessa dell'Unione, fondata sulla presunzione che ogni Stato rispetti i valori comuni e i diritti fondamentali. Solo attraverso una leale cooperazione e un monitoraggio costante dei risultati sarà possibile preservare Schengen, sia come spazio di utilità economica e sociale, sia come la più avanzata espressione di una cittadinanza europea consapevole dei propri valori e delle proprie garanzie. Si assicurerebbe, in tal modo, la continuità del fenomeno (il fenomeno Schengen, appunto) che ha oltrepassato i quarant'anni, e che è in età, per così dire, adulta, capace di superare, grazie a quel collante indispensabile rappresentato dalla fiducia reciproca, le difficoltà di un percorso ben illustrato nelle relazioni che seguono.

UNO SPLENDIDO QUARANTENNE? L'ACCORDO DI SCHENGEN, 1985-2025

Marco Inglese[*], Alessandro Rosanò[**]

14 giugno 1985. Il mondo era ancora diviso in due blocchi contrapposti e il Muro di Berlino, simbolo della cortina di ferro con i suoi 155 chilometri di lunghezza, il suo fossato anticarro, i suoi cecchini, la sua striscia della morte, era lì a testimoniarlo. Ronald Reagan era stato da poco rieletto Presidente degli Stati Uniti d'America e Michail Gorbačëv era Segretario Generale del Partito Comunista dell'Unione Sovietica. Nonostante negli anni a venire i due sarebbero stati i protagonisti della politica di distensione che avrebbe posto fine alla Guerra Fredda, permaneva nel cuore dell'Europa una divisione al tempo stesso surreale e realissima, innaturale eppure ormai acquisita da quasi venticinque anni, in forza della quale la libertà di circolazione risultava limitata, compromessa, disconosciuta e una città, uno Stato e un continente si vedevano negati la possibilità di una riunificazione.

In questo contesto, evidentemente non facile, la Comunità economica europea provava a portare avanti il processo di integrazione tra i suoi Stati membri, cercando di superare la fase di stasi che aveva contraddistinto la fine degli anni Sessanta e gli anni Settanta. Proprio il 14 giugno 1985, in vista del Consiglio europeo che si sarebbe svolto a Milano di lì a poco, la Commissione europea pubblicò il Libro bianco sul completamento del mercato interno, nel quale sostenne *inter alia* che l'Europa si trovava a un bivio e che pertanto era chiamata a scegliere tra l'andare avanti risoluta e determinata o ripiombare nella mediocrità[1]. Con particolare riferimento ai controlli sulle persone, veniva segnalato che essi rappresentavano per i cittadini degli Stati membri «un segno costante e concreto» che ricordava che la realizzazione di una Comunità autenticamente europea era di là dal conseguirsi e che permaneva «un potere amministrativo arbitrario» sugli individui proprio dei singoli Stati, che si configurava come «un affronto

[*] Professore associato di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Studî politici e internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027, Università degli Studi di Parma.

[**] Ricercatore *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Studî politici e internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027, Università degli Studi di Parma.

[1] COM(85) 310 def., punto 219.

al principio della libertà di movimento in un'unica Comunità»[2]. Per tal motivo, la Commissione intendeva arrivare a un'abolizione dei controlli nei confronti dei cittadini comunitari e si impegnava a formulare una serie di proposte di direttive dedicate al ravvicinamento delle legislazioni sulle armi e sulle sostanze stupefacenti, alla posizione dei cittadini di Stati non membri e alla materia dei visti[3]. Proprio con riferimento ai cittadini di Stati terzi veniva messo in evidenza che l'abolizione dei controlli alle frontiere interne avrebbe reso molto più facile per costoro, a seguito dell'ottenimento di un visto, gli spostamenti da uno Stato membro all'altro[4].

Da parte loro, gli Stati membri mantenevano un atteggiamento ambivalente. È vero che, in occasione della riunione di Fontainebleau del 25 e 26 giugno 1984, il Consiglio europeo aveva chiesto al Consiglio e agli Stati membri di mettere allo studio misure da adottarsi rapidamente al fine di sopprimere tutte le formalità di polizia e di dogana alle frontiere intracomunitarie, tali da limitare la circolazione delle persone[5]. È altrettanto vero, però, che l'Atto unico europeo, firmato il 17 febbraio 1986, non prevedeva un rilancio del processo di integrazione europea sotto questo punto di vista e che l'unico elemento innovativo era rinvenibile in una dichiarazione politica allegata al trattato, con la quale gli Stati membri esprimevano l'impegno a cooperare tra loro per promuovere la libera circolazione delle persone, senza pregiudizio delle competenze comunitarie, e per contrastare terrorismo, criminalità, stupefacenti e traffico di opere d'arte e antichità.

Tuttavia, piccoli cambiamenti nelle condizioni iniziali possono produrre esiti originariamente inconcepibili. È l'essenza dell'effetto farfalla, i cui caratteri possono ravvisarsi anche nel percorso che condusse alla conclusione dell'Accordo di Schengen. Il punto di partenza fu infatti un avvenimento di minima importanza, uno sciopero verificatosi nell'inverno 1983-1984 e protrattosi per dieci giorni, organizzato dai camionisti francesi, esasperati dagli adempimenti imposti alle frontiere con la Germania da parte del loro stesso Paese con lo scopo di contenere il surplus commerciale tedesco[6]. Questo condusse i due Stati a concludere il 13 luglio 1984 un trattato

[2] *Ivi*, punti 47-48.

[3] *Ivi*, punto 55.

[4] *Ibid.*

[5] Consiglio europeo di Fontainebleau, *Conclusioni della Presidenza*, 25-26 giugno 1984, disponibili *online*.

[6] Così E. De Capitani, *The Schengen System after Lisbon: From Cooperation to Integration*, n. 1, 2014, p. 104.

bilaterale diretto a semplificare le formalità di frontiera, al quale subito gli Stati del Benelux furono interessati ad aderire[7].

Fu così che, il 14 giugno 1985, nel piccolo comune di Schengen, nel sud del Lussemburgo, a breve distanza dai confini con Francia e Germania, si riunirono i rappresentanti di Belgio (Paul de Keersmaeker), Francia (Catherine Lalumière), Germania Ovest (Waldemar Schreckenberger), Lussemburgo (Robert Goebbels) e Paesi Bassi (Wim Van Eekelen), «tous largement méconnus du grand public … en dépit de leurs galons gouvernementaux», «parachutés par leur pays respectif dans un petit village viticole luxembourgeois de moins de 500 habitants» con il compito di «signer un accord dont personne, à l'époque, ne mesure la portée»[8]. A bordo del battello *Princesse Marie-Astrid,* alla fonda sulle rive della Mosella, alla presenza di pochi testimoni e qualche giornalista, apposero le loro firme su un documento breve, nel quale si espresse la volontà di addivenire a un'unione sempre più stretta tra i popoli degli Stati membri e di rafforzare la solidarietà tra tali popoli mediante il riconoscimento della libertà di attraversamento delle frontiere comuni[9]. A tale scopo, vennero delineate in termini generali misure applicabili a breve e a lungo termine, funzionali a rimuovere i controlli ai confini comuni, trasferendoli a quelli esterni, e prefigurando ulteriori sviluppi nella cooperazione di polizia e internazionale in materia penale, ossia in ambiti nei quali, nel corso del tempo, si erano realizzate forme di cooperazione senza integrazione tra gli Stati membri[10].

Probabilmente, esagerò chi all'epoca descrisse l'Accordo di Schengen come un esempio su larga scala di contratto sociale[11]. È però innegabile che tramite esso vennero definiti, al di fuori del sistema comunitario, i presupposti per una sperimentazione sul piano giuridico, idonea a permettere di far fronte a questioni emerse con riferimento al processo di integrazione

[7] *Ibid.*

[8] L. Couvelaire, *Il y a trente ans, ils signaient Schengen*, in *Le Monde*, 25 novembre 2015, disponibile online. Come affermato dal rappresentante del Lussemburgo e "padrone di casa" in quell'occasione, Robert Goebbels, «the truth is, when we launched the process, in the five concerned capitals nobody really believed in it. For this reason, all the foreign ministers delegated [the signing ceremony] to their number two» (S. Salomon, *Schengen's Ambivalent History*, in *ECLR*, n. 1, 2026, p. 157).

[9] Per una disamina approfondita quanto alle origini dell'Accordo di Schengen, I. Stanley-Becker, *Europe without Borders: A History*, Princeton, 2025.

[10] M. Den Boer, *Justice and Home Affairs: Cooperation Without Integration*, in H. Wallace, W. Wallace (eds.), *Policy Making in the European Union*, Oxford, 1996, p. 390 ss.

[11] E. Whitaker, *The Schengen Agreement and Its Portent for the Freedom of Personal Movement in Europe*, in *Georgetown Immigration Law Journal*, n. 1, 1992, p. 193.

europea in modo da potenziarlo[12]. Tali presupposti furono poi consolidati con la conclusione della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS) del 19 giugno 1990, con la progressiva adesione di altri Stati membri e con lo sviluppo di un *corpus* normativo progressivamente assurto al rango di vero e proprio *acquis* di Schengen[13].

Dopo la creazione dell'Unione europea il cui terzo pilastro ricomprendeva anche le politiche in materia di asilo, attraversamento delle frontiere esterne e immigrazione[14], si assistette alla comunitarizzazione degli Accordi di Schengen, realizzata tramite il Trattato di Amsterdam[15], ancorché nella forma di una cooperazione rafforzata, resa pragmaticamente necessaria dal fatto che Irlanda e Regno Unito non avevano firmato i due trattati[16], che confermava l'idea di un'Europa a più velocità[17].

In seguito, con il Trattato di Lisbona, la materia in questione, con le sue molteplici declinazioni delle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione, assieme alla cooperazione giudiziaria in materia civile, alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia, è stata ricompresa nella competenza concorrente relativa allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. 67 TFUE)[18], pur mantenendo un

[12] E. Wagner, *The Integration of Schengen into the Framework of the European Union*, in *LIEI*, n. 2, 1998, p. 1.

[13] Per un'introduzione al tema, G. Huybreghts, *The Schengen Convention and the Schengen acquis: 25 years of evolution*, in *ERA Forum*, n. 3, 2015, 379 ss.; F. Lutz, *Practical Guide to Schengen Law*, 2024, Cham.

[14] Sul punto, B. Nascimbene (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995.

[15] Del resto, come era stato osservato in precedenza, «if one is prepared to accept that the abolition of controls at the internal borders of the Member States of the Community constitutes an objective of the Community as such, it is hard to see why the realization of this objective should not be pursued through instruments of Community law» (così J.J.E. Schutte, *Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe*, in *CMLR*, n. 3, 1991, p. 569).

[16] Come è stato detto, «it all started as a somewhat harmless attempt to create an 'experimental garden': an area without internal borders, that would set an example for a Community approach in the near future (…) The Schengen Convention has successfully realized the goals of the European Community by evading the Community decision making process through the use of inter-governmental structures» (così A. Woltjer, *Schengen: The Way of no Return*, in *MJECL*, n. 3, 1995, p. 277). Ulteriormente sul punto, D. O' Keeffe, *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?*, in *YEL*, 1991, p. 185 ss.

[17] Editorial Comment, *Schengen: The pros and cons*, in *CMLR*, n. 3, 1995, p. 674.

[18] Per un'introduzione, N. Walker (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security, and Justice*, Oxford, 2004; G. Caggiano, *L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva dell'Unione basata sul diritto*, in *SIE*, n. 2, 2007, p. 335 ss.; R.L. Holzhacker, P. Luif (eds.), *Freedom, Security and Justice in the European Union. Internal and External Dimensions of Increased Cooperation after the Lisbon Treaty*, Cham, 2014; M. Fletcher, E.

carattere del tutto peculiare con riferimento a Danimarca, Irlanda e Regno Unito[19].

Non solo. Deve altresì considerarsi che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia rientra tra gli obiettivi dell'Unione (art. 3, par. 2, TUE). Si tratta di un obiettivo politico che si discosta dalla natura originariamente economica del processo di integrazione europea, cui si ricollegano altre finalità dell'Unione, quali l'instaurazione del mercato interno (art. 3, par. 3, TUE) e l'istituzione dell'unione economica e monetaria (art. 3, par. 4, TUE). Il che sembra permettere di affermare che, risalendo carsicamente al punto di partenza, ossia all'Accordo di Schengen, fu proprio tale atto a favorire una ripartenza in chiave politica del processo di integrazione, dopo che tale dimensione, per molti anni, era rimasta in secondo – se non addirittura in terzo – piano.

Con riguardo a profili strettamente economici, è innegabile che l'abolizione dei controlli alle frontiere interne ha prodotto esiti positivi. Basti pensare al superamento dei ritardi amministrativi e ai guadagni in termini di efficienza grazie al miglioramento della mobilità della manodopera[20]. Si tratta di profili di indubbio rilievo, soprattutto se si pone mente al fatto che ai venticinque Stati membri dell'Unione che fanno parte dello spazio Schengen (con l'esclusione di Cipro e dell'Irlanda) si sono aggiunti anche Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera. Ciò non significa che non permangano talune criticità sul piano giuridico (e politico).

Herlin-Karnell, C. Matera (eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Abingdon-New York, 2017; 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; K. Lenaerts, E. Regan, U. Neergaard, K. Engsig Sørensen (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, New York, 2024.

[19] Si vedano il Protocollo n. 19 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, il Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca. Sul tema, S. Peers, *In a World of Their Own? Justice and Home Affairs Opt-Outs and the Treaty of Lisbon*, in *CYEL*, 2008, p. 383 ss.; M. Fletcher, *Schengen, the European Court of Justice and flexibility under the Lisbon Treaty: balancing the United Kingdom "ins" and "outs"*, in *ECLR*, n. 1, 2009, p. 71 ss.; A. Miglio, *Schengen, Differentiated Integration and Cooperation with the 'Outs'*, in *EP*, n. 1, 2016, p. 139 ss.; S. Montaldo, *L'integrazione differenziata e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale nell'UE: il caso degli opt-out di Regno Unito, Irlanda e Danimarca*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2016; D. Leuffen, B. Rittberger, F. Schimmelfennig (eds.), *Integration and Differentiation in the European Union. Theory and Policies*, Cham, 2022, p. 337 ss.

[20] M. Ceccorulli, *Back to Schengen: The Collective Securitisation of the EU Free-border Area,* in *West European Politics*, n. 2, 2019, p. 303.

Fin da subito, l'idea che il rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne avrebbe condotto alla formazione di una fortezza Europa, a scapito del c.d. *Global South*, dei rifugiati, dei richiedenti asilo e dei meno abbienti, con conseguenze negative anche per i valori della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti umani[21], ha accompagnato l'Accordo di Schengen e la CAAS. Come è stato saggiamente osservato, si sono diffuse una concezione del fenomeno migratorio «come attentato alla sicurezza dell'Unione e dei suoi Stati membri da combattere con ogni mezzo» e, di conseguenza, «una preoccupazione esclusiva di salvaguardare le proprie frontiere esterne, senza alcuna sollecitudine per le tragedie umanitarie che si consumano sulle rotte, marine e terrestri, dell'immigrazione e per la sorte dei fuggitivi nei loro Paesi di origine (o di respingimento)»[22].

Mancanza di solidarietà verso l'esterno, verso l'altro, dunque, che presto si è riflessa in una mancanza di solidarietà all'interno dell'Unione, nei confronti degli Stati membri che maggiormente sono stati (e sono) interessati dai movimenti migratori provenienti dal sud e dall'est del mondo. La crisi europea dei migranti[23], con il suo picco raggiunto nel 2015 e l'incapacità dell'Unione di dare una risposta, accompagnata dalla scelta di alcuni Stati membri di reintrodurre i controlli alle frontiere interne per ragioni di (propria) sicurezza, conferma quanto appena scritto, tanto che all'epoca non mancò chi giunse ad affermare che i necrologi per Schengen fossero in corso di elaborazione[24].

Lo spazio Schengen, allora, come un'illusione?[25] Di certo, permaneva (e permane) l'idea presso i governi degli Stati membri che spetti a loro, e non all'Unione, l'ultima parola sulla gestione delle politiche in materia di immigrazione e visti[26], con la conseguenza che le convinzioni che l'Europa

[21] H.-J. Albrecht, *Fortress Europe? – Controlling Illegal Immigration*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 1, 2002, p. 1.

[22] U. Villani, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'Fortezza Europa'*, in *FSJ*, n. 1, 2023, pp. 18-19.

[23] Per un'introduzione alla quale, sul piano giuridico, valga per tutti il riferimento a G. Nesi (a cura), *Migrazioni e diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza*, Napoli, 2018.

[24] I. Traynor, *Is the Schengen Dream of Europe Without Borders Becoming a Thing of the Past?*, in *The Guardian*, 5 gennaio 2016.

[25] E. Pistoia, *Verso la riforma del Codice frontiere Schengen: le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali*, in *DIC*, n. 3, 2022, p. 64.

[26] C. Favilli, *Le politiche di immigrazione e asilo: passato, presente e futuro di una sovranità europea incompiuta*, in *L'Unione europea dopo la pandemia. Quaderno AISDUE, serie speciale*, Napoli, 2022, p. 118. Per una panoramica, D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione*, Bari, 2020 e S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2022.

fosse un luogo particolare della speranza umana e che ad essa spettasse un ruolo di potere civilizzatore uscirono fortemente ridimensionate[27].

Alla luce di ciò, in particolare, e delle molteplici evoluzioni nel diritto dell'Unione europea che, con carattere a volte evidente, a volte meno, legano l'Accordo di Schengen, la CAAS e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, si è ritenuto di organizzare, nei giorni 18 e 19 dicembre 2025, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Studî Politici e Internazionali dell'Università degli Studi di Parma, un convegno dedicato ai quarant'anni della firma dell'Accordo del 1985, al fine di proporre una riflessione giuridica sui risultati conseguiti dall'Unione europea e dai suoi Stati membri negli ambiti sopra ricordati e sulle prospettive di sviluppo futuro.

Questo fascicolo speciale raccoglie, debitamente aggiornati e arricchiti secondo le osservazioni emerse dal dibattito guidato dai *discussant,* i testi delle relazioni presentate in quell'occasione da giovani studiose e studiosi.

Silvia Rizzuto Ferruzza rileva che, a oggi, nell'Unione esistono due tipi di mobilità, a cui corrispondono due regimi di tutela differenti: una interna, cui si attagliano diritti soggettivi e garanzie processuali adeguati, e una di confine, rispetto alla quale prevalgono esigenze securitarie, che conducono a limitazioni rispetto ai rimedi attivabili. Allora, la questione di fondo che viene affrontata è se sia possibile concepire una visione unitaria della tutela nello spazio Schengen o meno.

Con riferimento al Sistema d'informazione Schengen (SIS), Marcella Cometti sostiene che gli Stati membri mantengono un certo potere discrezionale nel segnalare cittadini di Paesi terzi, il che presenta un impatto di non poco peso sul piano della libertà di circolazione. Sarebbe quindi necessario arrivare a standard minimi comuni per le procedure di segnalazione, garantire maggiormente il diritto dei suddetti cittadini a una tutela giurisdizionale effettiva e introdurre un meccanismo di *enforcement* delle decisioni assunte, così da cancellare o correggere le informazioni inserite nel SIS.

Al regolamento (UE) 2024/1359 sulla gestione delle crisi e delle situazioni di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo è dedicato lo scritto di Giulia Colavecchio, nel quale il tema viene affrontato ricorrendo al paradigma della *crisification* dei flussi migratori, ossia dell'assunzione dell'emergenza a paradigma ordinario di governo. Ciò porta a ritenere che alla base dell'adozione di tale atto non si troverebbe la volontà di affrontare le criticità sistemiche connesse ai flussi migratori, bensì la necessità di

[27] P. De Pasquale, *L'esternalizzazione dei controlli di frontiera e dei diritti dei migranti dell'Unione europea e degli Stati membri nel Mediterraneo*, in *SIE*, n. 2, 2024, p. 197.

intervenire sugli effetti, al fine di garantire la stabilità del sistema Schengen contro il ricorso eccessivo a misure unilaterali e, in particolare, contro la reintroduzione di controlli alle frontiere interne.

Francesca Di Matteo evidenzia che, grazie all'evoluzione tecnologica e, in particolare, attraverso il ricorso a infrastrutture di sorveglianza e a meccanismi informatici di correlazione, il confine non è più soltanto una linea fisica di demarcazione, ma anche uno spazio in cui vengono acquisite informazioni in misura sempre maggiore, le quali forniscono poi alle autorità competenti il sostrato sulla base del quale svolgere la propria attività di controllo. Alcune previsioni contenute nel regolamento (UE) 2024/1717, che modifica il codice frontiere Schengen, legittimano tale modo di procedere ai fini delle verifiche all'interno del territorio e delle procedure per il trasferimento di persone rintracciate nelle zone di frontiera interne, sollevando interrogativi quanto al rispetto di molteplici garanzie e, in particolare, all'intervento umano.

Anche Giulia Toraldo prende in considerazione gli aspetti inerenti alla digitalizzazione dei controlli alle frontiere, concentrati sempre più sul profilo virtuale dell'individuo come emergente da banche dati estremamente sofisticate, per interrogarsi sul rapporto tra innovazione e tutela dei diritti nel contesto di uno spazio Schengen non più solamente territoriale, bensì ora pure algoritmico.

Elisa Pandolfi si concentra sui profili inerenti all'uso di sistemi di intelligenza artificiale – e, in particolare, di sistemi di riconoscimento delle emozioni – nel contesto della gestione delle migrazioni. Ciò pare confermare un approccio improntato a una logica di *techno-securitization* delle frontiere, che porta a una forte compressione delle garanzie poste a tutela dei migranti.

I tre articoli successivi affrontano questioni che conducono al di fuori del territorio dell'Unione europea, ma solo in un caso dall'area Schengen.

Marco Buccarella si confronta con l'argomento dell'integrazione differenziata, individuando nello spazio Schengen un esempio emblematico di geometria variabile, in cui si combinano forme di partecipazione interna ed esterna che sollevano problemi sul piano del controllo democratico e dei sistemi di risoluzione delle controversie attivabili.

Nicola Bergamaschi si interroga, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, sulla rilevanza da attribuire al principio di reciproca fiducia al fine di determinare la partecipazione di uno Stato allo spazio senza frontiere interne e su come, viceversa, tale partecipazione influisca sulla portata applicativa della fiducia reciproca.

Natia Girsiashvili focalizza la sua analisi sull'applicazione del meccanismo di sospensione dei visti nei confronti della Georgia, ravvisando in ciò una forma di condizionalità (a carattere punitivo) nell'ambito della politica di allargamento.

Dopodiché, Christoph Thun ricostruisce quanto si sia espansa e quanto ancora possa espandersi la materia penale nel contesto delle competenze dell'Unione rilevanti al riguardo, mettendo così in rilievo che grazie all'Accordo di Schengen e alla CAAS si posero i fondamenti affinché successivamente l'Unione potesse operare anche in tale ambito.

***

Esprimiamo la nostra gratitudine al Prof. Bruno Nascimbene, la cui relazione introduttiva ha aperto il convegno, alle Prof.sse Chiara Favilli, Patrizia De Pasquale ed Emanuela Pistoia che hanno presieduto le tre sessioni, nonché alla Prof.ssa Daniela Vitiello e ai Prof. Stefano Montaldo e Fabio Spitaleri che hanno guidato le discussioni sulle relazioni presentate.

La realizzazione del convegno "I 40 anni dell'Accordo di Schengen: risultati e prospettive" non sarebbe stata possibile senza i generosi contributi della Fondazione Cariparma, del Centro Studi in Affari Europei e Internazionali (CSEIA) e del Dipartimento di Giurisprudenza, Studî politici e internazionali, cui vanno, pertanto, i nostri ringraziamenti. Infine, un ulteriore debito di riconoscenza è stato contratto con il Dott. Nicola Bergamaschi per la preziosa assistenza editoriale e con la Dott.ssa Debora Fantini per l'instancabile supporto amministrativo.

Marco Inglese e Alessandro Rosanò
Parma, luglio 2026

ELENCO AUTORI

Nicola Bergamaschi, collaboratore di ricerca post-doc in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Parma

Marco Buccarella, docente a contratto di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Foggia; dottore di ricerca in Scienze Giuridiche

Giulia Colavecchio, ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Messina

Marcella Cometti, dottoressa in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Ferrara

Francesca Di Matteo, ricercatrice a tempo determinato (RTD-A) di Diritto dell'Unione europea presso l'Università LUMSA

Natia Girsiashvili, dottoranda in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti presso l'Università degli Studi di Palermo

Elisa Pandolfi, dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Macerata

Silvia Rizzuto Ferruzza, assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Bologna

Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg, dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, Università di Trento

Giulia Toraldo, borsista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

IL FUTURO DI SCHENGEN NEL NUOVO PATTO SU MIGRAZIONE E ASILO: SICUREZZA, MOBILITÀ E GESTIONE DEI MOVIMENTI IRREGOLARI

Silvia Rizzuto Ferruzza*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Schengen come spazio multilivello. – 3. I movimenti irregolari come fattore di instabilità sistemica. – 4. La normalizzazione dei controlli di frontiera nel Nuovo Codice Schengen. – 5. Il trasferimento di persone nelle zone di frontiera: verso una «giustizia sommaria» di confine? – 6. Il contenimento dei movimenti irregolari nell'era del Nuovo Patto. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

A quarant'anni dalla firma dell'Accordo di Schengen, il progetto europeo di abolizione dei controlli alle frontiere interne continua a rappresentare una delle realizzazioni più emblematiche dell'integrazione europea. La creazione di uno spazio fisico e giuridico nel quale oltre quattrocento milioni di persone possono circolare senza controlli ha trasformato la percezione della cittadinanza europea in una condizione concreta e vissuta e non meramente simbolica[1]. Tuttavia, dietro questa immagine di successo, lo spazio Schengen manifesta una tensione strutturale tra la sua natura unitaria e le sue modalità di implementazione differenziate. Tale tensione, latente nelle prime fasi del progetto Schengen, è divenuta progressivamente più visibile con l'intensificarsi delle sfide migratorie attuali e con la crescente salienza politica dei confini, tra cui la sfida ucraina, e l'introduzione del Nuovo Patto[2].

Il presente contributo parte dall'idea che la fragilità dell'"unità" di Schengen non dipenda solo, né principalmente, dall'aumento dei flussi migratori, ma da due fattori strutturali tra loro intrecciati. In primo luogo, da un'asimmetria intrinseca all'architettura europea che ha dato

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna.

[1] 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 2025, COM(2025) 185.

[2] Si veda E. FRASCA, J.-Y. CARLIER, *Temporary Protection and EU Refugees: Stretching Protection, Testing Fragile Trust. The Recalibration of EU Asylum Law from Ukrainian Displacement to Intra-EU Asylum*, in *EJ*, n. 1, 2026, p. 359 ss.

vita a due regimi di mobilità contrapposti. Da un lato, la mobilità del cittadino dell'Unione e del soggiornante regolare resta ancorata a un paradigma personalistico, in cui il diritto alla libera circolazione è un diritto soggettivo pieno, assistito da garanzie processuali robuste e da un sindacato giurisdizionale incisivo. Dall'altro lato, la mobilità del richiedente protezione internazionale e del beneficiario di *status*, i cosiddetti movimenti irregolari o movimenti secondari, viene ricondotta a un paradigma securitario e gestionale. In questo secondo binario, il migrante non è più un soggetto di diritto in movimento, ma un soggetto di ripartizione di responsabilità tra Stati, spesso connotata da dinamiche di reciproca deresponsabilizzazione. In tal senso proprio le asimmetrie interne all'architettura Schengen-AMMR (oggi il Nuovo Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che sostituisce Dublino III)[3], producono regimi di responsabilità e standard di accoglienza profondamente differenziati tra Stati membri e alimentano la "caccia" a tali movimenti.

In secondo luogo, ne deriva che il deficit sistemico di tutela non è una mera disfunzione tecnica, ma una conseguenza logica di questa biforcazione. Il sistema sembra accettare l'idea che il paradigma di protezione della persona non si applichi allo stesso modo al migrante alla frontiera interna[4]. Si assiste così alla cristallizzazione di una tutela "a zone" o "di serie B", caratterizzata da rimedi frammentati, procedure accelerate e, soprattutto, dalla privazione dell'effetto sospensivo dei ricorsi[5].

In questa prospettiva, la debolezza strutturale del sistema di tutela non si esaurisce in una mera ineffettività dei rimedi esistenti, ma si articola in una sorta di "dualismo di tutela". Da un lato, il paradigma personalistico che informa il diritto dell'Unione, e che riconosce alla

[3] Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e abroga il regolamento (UE) n. 604/2013.

[4] Sul progressivo affievolimento delle garanzie procedurali nelle procedure di frontiera e accelerate, con particolare riferimento alla limitazione o esclusione dell'effetto sospensivo automatico dei ricorsi v. C. Wollard, *ECRE, Editorial: All Pact-ed up and Ready to Go: EU Asylum Law Reforms*, 16 febbraio 2024, ove si evidenzia come le riforme del sistema europeo di asilo incidano sul diritto a un ricorso effettivo attraverso la rimozione dell'effetto sospensivo automatico per diverse categorie di decisioni.

[5] M. Reneman, *An EU Right to Interim Protection during Appeal Proceedings in Asylum Cases?*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, n. 4, 2010, p. 407 ss. In chiave sistematica, cfr. anche EUAA, *Asylum Report 2020*, par. 7.9, sul ruolo non uniforme dell'effetto sospensivo nei procedimenti di secondo grado. Sul piano giurisprudenziale, Corte giust. 26 settembre 2018, C-180/17, *X e Y*, punti 43-44, secondo cui la mancanza di effetto sospensivo automatico non viola il principio di effettività, pur in presenza di doglianze sul rischio di *non-refoulement*.

persona, indipendentemente dalla cittadinanza, una titolarità piena di diritti fondamentali, opera con relativa coerenza rispetto ai cittadini dell'Unione e, più in generale, ai soggetti stabilmente inclusi negli ordinamenti nazionali[6]. Dall'altro lato, lo stesso paradigma appare attenuato, se non sospeso, nella gestione delle mobilità "di frontiera", e in particolare rispetto ai richiedenti protezione internazionale coinvolti in movimenti secondari.

Il risultato è la costruzione di due regimi di tutela corrispondenti a due regimi di mobilità: una mobilità "interna", che si traduce in diritti soggettivi pienamente azionabili e in garanzie processuali robuste; una mobilità "di confine", formalmente ricondotta a logiche di gestione e di sicurezza, che comporta conseguenze giuridiche differenti in termini di accesso ai rimedi e di effettività della protezione.

È ancora possibile concepire una visione unitaria della tutela nello spazio Schengen, oppure l'architettura normativa del Nuovo Patto e del Codice frontiere Schengen cristallizza strutturalmente questo doppio binario tra diritti "pieni" e diritti "condizionati" in ragione del regime di mobilità in cui ogni soggetto è incasellato? I movimenti secondari rappresentano, in questa prospettiva, il punto di rottura dell'intera architettura Schengen–AMMR. Essi mettono simultaneamente alla prova la fiducia reciproca tra Stati e la capacità delle corti di garantire un controllo effettivo sul rispetto dei diritti fondamentali. L'analisi che segue intende dimostrare come il nuovo Codice frontiere Schengen e il Nuovo Patto, pur introducendo alcune garanzie formali, tendano a consolidare un modello di gestione della mobilità in cui strumenti di controllo sempre più raffinati, dalle banche dati interoperabili alle procedure di trasferimento in 24 ore, coesistono con una nuova "giustizia sommaria di frontiera".

L'obiettivo è dunque indagare se sia ancora possibile concepire una visione unitaria della tutela giurisdizionale nello spazio Schengen, o se l'era del Nuovo Patto sancisca definitivamente la fine dell'universalità del paradigma personalistico, sostituendolo con un sistema di rimedi differenziati in base allo *status* e al regime di mobilità del soggetto interessato.

[6] S. Salomon, J. Rijpma, *A Europe Without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Border Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship*, in *German Law Journal*, vol. 24, 2023, p. 281 ss.

2. *Schengen come spazio multilivello*

Ai fini dell'analisi in esame è utile considerare il progetto Schengen nella sua duplice dimensione, non solo come progetto di cooperazione europea ma anche come un progetto intrinsecamente esposto a tensioni strutturali[7]. Schengen non si esaurisce in uno spazio privo di controlli alle frontiere interne, ma si configura come un dispositivo multilivello in cui la dimensione securitaria, l'integrazione economica e la libertà di circolazione coesistono in un equilibrio precario[8]. La fragilità dell'unità di Schengen nasce proprio dalla tensione fra queste tre dimensioni, soprattutto quando vengono lette alla luce dei movimenti secondari[9].

In primo luogo, Schengen si presenta, anzitutto, come uno spazio economico tendenzialmente privo di barriere interne, nel quale l'abolizione dei controlli alle frontiere tra Stati membri si traduce in una significativa facilitazione degli scambi commerciali. La soppressione delle verifiche sistematiche ai valichi interni consente, infatti, una riduzione dei tempi di attraversamento, un contenimento dei costi operativi per le imprese e, più in generale, un rafforzamento della competitività del mercato interno, con effetti positivi anche sul piano occupazionale. Sotto questo profilo, l'assetto Schengen può essere letto come un prolungamento funzionale della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, progressivamente estesa alle merci e ai servizi in una logica di integrazione economica. Non è un caso che le prime spinte verso l'eliminazione dei controlli interni rispondessero a esigenze eminentemente pratiche: già nelle esperienze di cooperazione regionale, come quelle maturate nell'ambito del Benelux, emergeva la necessità di evitare rallentamenti e inefficienze ai confini, dove il traffico commerciale, si pensi al transito di merci su gomma tra Francia e Germania, subiva ritardi e costi aggiuntivi incompatibili con un mercato realmente integrato. In questa prospettiva, Schengen si inserisce in un percorso volto a rimuovere gli ostacoli materiali alla circolazione, rendendo effettiva, anche sul piano economico, la libertà di movimento all'interno dello spazio europeo.

Il secondo aspetto è quello *securitario*, perchè gli Stati cooperano quotidianamente per proteggere le frontiere esterne, contrastare la

[7] J. Bornemann, *Competing Visions and Constitutional Limits of Schengen Reform: Securitization, Gradual Supranationalization and the Undoing of Schengen as an Identity-Creating Project*, in *German Law Journal*, vol. 25, 2025, p. 407 ss.

[8] S. Salomon, *Schengen's Ambivalent History*, in *ECLR,* n. 1, 2026, p. 157 ss.

[9] Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), *UNHCR Observations on the Legislative Proposals in the Report "The Pact on Migration and Asylum"*, 5 gennaio 2026.

criminalità transnazionale e gestire i flussi migratori[10]. In una prospettiva cronologica, tuttavia, tale dimensione si configura come il risultato di una dinamica di *spillover* innescata dall'abolizione dei controlli alle frontiere interne, dove la soppressione delle barriere interne rende infatti necessaria una compensazione sul piano esterno, attraverso il rafforzamento dei controlli e della cooperazione tra Stati. Migliaia di autorità nazionali, insieme alle agenzie europee, lavorano in modo coordinato e Schengen fornisce gli strumenti, le risorse condivise e le capacità operative necessarie per affrontare minacce complesse che non conoscono confini. In tal senso la sua dimensione preventiva è cruciale in quanto si propone di garantire un controllo approfondito su chi può accedere allo spazio europeo prima ancora che giunga alle frontiere esterne[11]. Allo stesso modo, le verifiche coordinate alle frontiere e l'impiego di sistemi comuni, primo fra tutti il Sistema Informativo Schengen (SIS), che contiene milioni di segnalazioni relative a individui potenzialmente pericolosi, consentono alle autorità di agire tempestivamente ovunque si tenti l'ingresso[12]. A ciò si aggiungono le interazioni quotidiane tra forze di polizia e autorità di frontiera nazionali ed europee che formano una rete preventiva che ha l'obiettivo di preservare l'integrità dell'intero spazio Schengen.

Da ultimo, Schengen incarna una dimensione di *libertà*. Si tratta, in particolare, della libertà di circolazione di milioni di persone, che possono spostarsi tra gli Stati membri senza essere sottoposte a controlli sistematici dei passaporti per ragioni di lavoro, studio, turismo o vita familiare. In questa prospettiva, lo spazio Schengen incide concretamente sulla quotidianità dei cittadini europei, rendendo gli spostamenti più fluidi e privi di barriere amministrative, e contribuendo così a trasformare la libertà di circolazione da principio giuridico a esperienza effettiva[13]. Questa libertà si misura in modo particolarmsente evidente nelle aree transfrontaliere: nelle regioni di frontiera

[10] M. Ceccorulli, *Back to Schengen: The Collective Securitisation of the EU Free-Border Area*, in *West European Politics*, vol. 42, 2019, p. 302 ss.

[11] F. Lutz, *The Territorial Scope of Schengen: A Practical Guide to Schengen Law*, Cham, 2024.

[12] In questo senso si veda: N. Vavoula, *Surveillance of Foreign Terrorism Fighters via the Schengen Information System (SIS): Towards Maximum Operationalisation of Alerts and an Enhanced Role for Europol*, in *NJECL*, vol. 14, n. 2, 2023, p. 206 ss.; N. Vavoula, *The Schengen Information System (SIS): The Father of Large-Scale IT Systems*, in P. de Bruycker, F. Lutz, (eds.), *The Law of Schengen: Content, Limits and Perspectives after 40 Years*, London (in pubblicazione).

[13] Si veda S. Peers, *Caveat Emptor? Integrating the Schengen Acquis into the European Union Legal Order*, in *CYELS*, vol. 2, 2019, p. 87 ss.; D. O'Keeffe, *The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?*, in *YEL*, vol. 11, 1991, p. 185 ss.

interna, che coprono circa il 40% del territorio dell'Unione e ospitano circa 150 milioni di persone, quasi 2 milioni di pendolari (di cui circa 1,3 milioni lavoratori transfrontalieri) attraversano regolarmente il confine per esigenze quotidiane[14].

Tale spazio di libertà tuttavia vacilla quando questi tre aspetti si leggono congiuntamente e rischiano di entrar in conflitto. Negli ultimi anni si è assistito, nello spazio Schengen, a una recrudescenza dell'introduzione di controlli "temporanei" alle frontiere interne, spesso protratti per periodi significativi e giustificati da una pluralità di ragioni eterogenee, che intersecano esigenze di sicurezza, libertà di circolazione e tutela degli interessi economici. Tra queste si annoverano, in particolare, esigenze legate al contrasto del terrorismo, alla gestione dei movimenti secondari, nonché a eventi eccezionali quali la pandemia da COVID-19 e il conflitto in Ucraina[15].

Poiché la gestione dei flussi migratori incide direttamente sul funzionamento dello spazio Schengen e sulle sue regole di controllo delle frontiere, il Codice frontiere Schengen riformato deve essere letto congiuntamente al nuovo Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione (AMMR), che sostituisce il regolamento Dublino III[16].

La recente riforma riguarda il Regolamento (UE) 2016/399, ossia il Codice delle frontiere Schengen, e il testo originario e le modifiche devono essere analizzati insieme in una versione consolidata. Sebbene innovazioni introdotte sembrino particolarmente tecniche e articolate, al punto che è facile perdere elementi cruciali o lasciarsi convincere da formulazioni che appaiano rassicuranti, agli occhi di chi scrive, esse non comportano reali cambiamenti. Un'ulteriore difficoltà deriva dal fatto che la revisione del Codice frontiere Schengen non è stata formalmente ricompresa nell'"approccio a pacchetto" su cui si è basata la negoziazione del Nuovo Patto, benché i triloghi si siano conclusi quasi in parallelo. Ne deriva uno sfasamento temporale significativo

[14] 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 del 2025, COM(2025) 185; Comunicazione della Commissione, Proposta di raccomandazione del Consiglio sulla cooperazione operativa di polizia, Bruxelles, 8 dicembre 2021, COM(2021) 780.

[15] In tal senso F. Gülzau, *A "New Normal" for the Schengen Area: When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls?*, in *Journal of Borderlands Studies*, vol. 38, 2023, p. 785 ss.; J. Pettersson Fürst, *Defensive Integration through Cooperative Re-Bordering? How Member States Use Internal Border Controls in Schengen*, in *JEPP*, vol. 31, 2024, p. 478 ss.; E. Frasca, J.-Y. Carlier, *For a Wiser and Effective Management of Reintroducing Internal Border Controls. Comments on the NW Judgment*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy Blog*, 26 giugno 2023.

[16] Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e abroga il regolamento (UE) n. 604/2013.

dal momento che mentre le norme dell'AMMR riguardanti i movimenti secondari troveranno applicazione solo a partire da giugno 2026, il Codice frontiere Schengen modificato dal Regolamento (UE) 2024/1717 è entrato vigore il 10 luglio 2024. Per quasi due anni, dunque, il Regolamento Dublino III viene applicato in concomitanza con la versione riformata del Codice frontiere Schengen.

L'intreccio fra Schengen e Dublino genera non solo problemi di tutela per le persone in movimento, ma anche una serie di criticità strutturali come l'erosione della fiducia reciproca tra Stati membri, il ritorno sistematico, *contra legem*, dei controlli interni, differenze crescenti tra Stati membri, *forum shopping* istituzionale, sovrapposizioni procedurali, politicizzazione delle frontiere e un marcato deficit di enforcement[17]. Tutti questi elementi concorrono a trasformare la (non) gestione dei movimenti secondari in uno dei principali fattori di instabilità dell'area Schengen.

3. *I movimenti irregolari come fattore di instabilità sistemica*

Fin dalla nascita dello spazio Schengen, i movimenti effettuati da persone prive dell'autorizzazione necessaria tra Stati membri hanno rappresentato una costante fonte di preoccupazione per le autorità responsabili della sicurezza. Negli ultimi anni, però, tali attraversamenti sono stati sempre più collegati alla mobilità dei cittadini di Paesi terzi, e con ciò si fa riferimento ai cosiddetti "movimenti secondari"[18].

Sebbene il sistema europeo comune di asilo (SECA) si fondi su norme condivise riguardanti le procedure di asilo, il riconoscimento e la protezione a livello UE, le condizioni di accoglienza e i criteri per determinare lo Stato membro competente all'esame di una domanda di protezione internazionale, permangono ancora differenze significative tra gli Stati membri in termini di procedure adottate, tassi di riconoscimento, tipologia di protezione concessa, qualità delle condizioni materiali di accoglienza e prestazioni offerte ai richiedenti e ai beneficiari di protezione internazionale. Queste disparità possono incentivare movimenti secondari.

[17] P. De Pasquale, *Pensare al futuro, restando ancorati al passato: riflessioni sulla determinazione dello Stato competente alla luce del regolamento 2024/1351*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 115 ss.; D. Vitiello, *Nel nome della libertà di circolazione: la riforma di Schengen e le alternative al ripristino dei controlli interni*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 13 ss.

[18] D. Thym, *Reinvigorating Schengen amid Legal Changes and Secondary Movements,* in European Policy Centre 2024.

A livello dell'UE, la risposta ai movimenti non autorizzati lungo le frontiere interne è stata una priorità chiave dell'Agenda europea sulla migrazione sin dal 2015[19]. I movimenti secondari si manifestano quando richiedenti asilo o rifugiati lasciano lo Stato di primo ingresso per cercare protezione o reinsediamento permanente in un altro Paese. Sebbene molti richiedenti asilo presentino domanda in Stati limitrofi ai loro Paesi d'origine, una parte continua il percorso spesso in modo irregolare, transitando da territori nei quali hanno ottenuto, o avrebbero potuto ottenere, protezione internazionale, per raggiungere altre destinazioni considerate più favorevoli[20]. Le motivazioni che incidono su tali decisioni sono molteplici e variano a seconda del contesto ma possono essere ricondotte alla necessità di cercare condizioni economiche migliori, a motivi linguistici o culturali, oppure per raggiungere familiari già presenti altrove. Altre ragioni possono riguardare le condizioni di vita e la disponibilità di alloggi nel primo Stato membro, soprattutto quando i bisogni fondamentali non vengono soddisfatti, oppure la mancanza di opportunità di integrazione e partecipazione sociale; anche le difficoltà di accesso al lavoro, allo studio, ai servizi sanitari e alla protezione sociale possono spingere richiedenti e beneficiari di protezione internazionale a spostarsi irregolarmente in altri Stati membri[21].

Tuttavia, i richiedenti asilo e i titolari di protezione internazionale non dispongono dei diritti di libera circolazione tra gli Stati membri dell'UE come i cittadini europei, e a parte poche eccezioni, qualsiasi spostamento non autorizzato da un Paese UE all'altro è vietato, con la conseguenza che queste persone restano di fatto confinate nello Stato membro che li ha accolti[22].

Secondo il diritto dell'UE, sia i richiedenti asilo sia i beneficiari di protezione internazionale sono esclusi dal diritto alla libera circolazione all'interno dell'UE. Mentre le norme riguardanti i richiedenti asilo mirano a garantire un rapido accesso alle procedure di asilo e l'esame della domanda

[19] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda europea sulla migrazione, COM(2015) 240.

[20] European Parliamentary Research Service, *Secondary Movements of Asylum-Seekers in the EU Asylum System*, 2024; European Migration Network (EMN), *Secondary Movements of Beneficiaries of International Protection*, 2022.

[21] UNHCR, *Expert Roundtable on Onward Movement of Asylum Seekers and Refugees – Discussion Paper*, 25 settembre 2025.

[22] I. Goldner Lang, *Intra-EU Mobility of EU Citizens and Third-Country Nationals: Where EU Free Movement and Migration Policies Intersect or Disconnect?* in P. De Bruycker, E. Tsourdi (eds.), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law,* Cheltenam, 2020, p. 98 ss.

nel merito da parte di un unico Stato membro chiaramente determinato, le regole che limitano i diritti di libera circolazione intra-UE per i beneficiari di protezione internazionale sono principalmente un effetto collaterale della mancanza di una normativa UE sul riconoscimento reciproco delle decisioni positive in materia di asilo e sul trasferimento della responsabilità per i beneficiari di protezione internazionale[23].

Inoltre, questo si inserisce nella cosiddetta politica del *no choice*, intesa come idea costruita sul timore dell'*asylum shopping*, che ha l'obiettivo principale di impedire che i richiedenti asilo possano "scegliere" in quale Paese fare domanda o spostarsi liberamente in Europa per cercare il Paese più favorevole[24]. Tale scelta basata sull'idea che qualsiasi movimento non autorizzato sia un abuso da prevenire o reprimere si ritrova anche nel AMMR, che sostituirà Dublino dal 2026, nel cui testo si rafforza ancora di più tale principio e afferma esplicitamente che «il diritto di chiedere protezione internazionale non implica la possibilità di scegliere quale Stato membro sia responsabile»[25].

La preoccupazione riguardo ai movimenti secondari attraverso le frontiere interne ha acquisito un rilievo tale da diventare una delle motivazioni più frequentemente invocate dagli Stati membri per ripristinare i controlli alle frontiere interne[26]. In questo contesto, l'uso dei controlli assume anche una forte valenza simbolica dal momento che trasmettono l'immagine di governi che non ripongono piena fiducia nella capacità dell'Unione di gestire in modo efficace i movimenti secondari[27]. A ciò si aggiunge che quando il ripristino dei controlli risponde soprattutto a esigenze simboliche, la loro successiva eliminazione può risultare molto più complessa, poiché rischia di essere interpretata dall'opinione pubblica come un segnale di debolezza[28].

[23] S. Rizzuto Ferruzza, E. Frasca, *Limits to Intra-EU Free Movement Rights and the Common European Asylum System: Remarks on the CJEU Case Law and the Activation of Temporary Protection Directive*, in *FSJ*, n. 3, 2023, p. 200 ss.

[24] Si veda J. Bornemann, F. Maiani, *Temporal Governance, Precarity in the New Pact on Migration and Asylum,* in *EPL* vol. 3, 2025, p. 371 ss.

[25] Si vedano considerando 26, art. 19, par. 1, lett. c), e art. 67, par. 3, del regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione.

[26] Per una analisi sulle restrizioni ai diritti di libera circolazione intra-UE dei richiedenti asilo e dei beneficiari di uno *status* di protezione internazionale si veda D. Thym *op.cit* (n 19).

[27] L. Karamanidou, B. Kasparek, *From Exceptional Threats to Normalized Risks: Border Controls in the Schengen Area and the Governance of Secondary Movements of Migration*, in *Journal of Borderlands Studies*, vol 37, 2022, p. 623.

[28] M. Ceccorulli, *op. cit*.

Sulla scia di tale preoccupazione il nuovo Codice Frontiere Schengen affronta il tema e introduce in modo esplicito gli spostamenti non autorizzati di cittadini di Paesi terzi tra Stati membri come una delle cause autonome che possono giustificare il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere interne e così introducendo una nuova categoria di "minaccia grave"[29].

4. *La normalizzazione dei controlli di frontiera nel Nuovo Codice Schengen*

Facendo un passo indietro, la proposta della Commissione del dicembre 2021 mirava a creare un regime armonizzato di "misure alternative" ai controlli alle frontiere interne, con l'obiettivo dichiarato di prevenire e contenere i movimenti secondari dei cittadini di Paesi terzi all'interno dello spazio Schengen[30]. La proposta introduceva due elementi centrali. Il primo concerneva un ampliamento delle possibilità di esercizio dei poteri di polizia nelle zone di confine interno nel riferimento esplicito agli obiettivi dell'esercizio di tali poteri pubblici, ovvero vi era lo scopo di «combattere il soggiorno o la residenza irregolari legati alla migrazione irregolare», senza però fornire ulteriori dettagli[31]. Il secondo punto introduceva una nuova procedura accelerata di trasferimento delle persone rintracciate nelle immediate vicinanze delle frontiere interne fondata sulla cooperazione transfrontaliera tra Stati membri.

Il testo definitivo del Codice Schengen, come recentemente modificato, conserva l'impianto generale delineato dalla Commissione, ma introduce alcune modifiche essenziali che incidono significativamente sul trattamento giuridico dei movimenti non autorizzati[32]. Tali modifiche rispondono, almeno in parte, alle critiche avanzate nel dibattito accademico e istituzionale in

[29] Art. 25 del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica il regolamento (UE) 2016/399 relativo a un codice dell'Unione per il regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone. Nel nuovo testo, dopo terrorismo, criminalità organizzata ed emergenze sanitarie, compare una terza situazione: «una situazione eccezionale caratterizzata da spostamenti non autorizzati improvvisi e su vasta scala di cittadini di paesi terzi tra Stati membri». Ciò significa che questi movimenti diventano ufficialmente un elemento valutabile per attivare controlli interni, al pari delle altre minacce per ordine pubblico e sicurezza.

[30] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2016/399 relativo a un codice dell'Unione per il regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), COM(2021) 891.

[31] *Ibid.*

[32] Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione

merito alla richiesta di una maggiore compatibilità con le garanzie dell'*acquis* dell'Unione in materia di asilo e rimpatrio, nonché con la Carta dei diritti fondamentali.

Tuttavia, si pone in continuità con la proposta originaria, perseguendo l'obiettivo di arginare i movimenti secondari attraverso strumenti mirati e proporzionati, senza tuttavia ricorrere al ripristino di controlli sistematici alle frontiere interne. Tale impostazione conferma la volontà del legislatore europeo di preservare la libera circolazione all'interno dello spazio Schengen, intervenendo soltanto con misure puntuali laddove sia messo a rischio il funzionamento complessivo dell'area Schengen, quindi dove necessario per garantire un equilibrio tra sicurezza e fluidità dei flussi.

I controlli di frontiera alle frontiere interne possono essere reintrodotti in casi eccezionali, si legge «solamente come misura di *extrema ratio*»[33] attraverso un'elenco di esempi che tuttavia non è esaustivo, il che sembra suggerire che altri rischi per l'ordine pubblico e la sicurezza, oltre a quelli menzionati esplicitamente, possono essere invocati. I movimenti secondari o «spostamenti non autorizzati improvvisi» rientrano tra i rischi che possono costituire motivi validi per introdurre tali controlli solo quando costituiscono una «situazione eccezionale», caratterizzata da un afflusso «improvviso e su larga scala» che mette sotto pressione le capacità complessive delle autorità nazionali «ben preparate». Allo stesso tempo, è «probabile che metta a rischio il funzionamento complessivo» dell'area Schengen[34].

5. *Il trasferimento di persone nelle zone di frontiera: verso una «giustizia sommaria» di confine?*

Per affrontare i movimenti secondari senza rimettere in discussione la libera circolazione delle persone, il nuovo Codice frontiere Schengen introduce un meccanismo specifico per il trasferimento dei cittadini di Paesi terzi individuati nelle zone di frontiera interna (art. 23-bis)[35]. Tale procedura si applica quando un cittadino di un Paese terzo viene fermato in seguito a un'operazione di polizia congiunta in prossimità di un confine interno

relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, art. 23, lett. e), e considerando 26.

[33] Art. 25, par. 2, del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

[34] Art. 25, par. 1, lett. c), del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

[35] Art. 23 *ibid*.

senza soddisfare le condizioni per l'ingresso legale, e sussistano chiare indicazioni che lo stesso sia arrivato direttamente da un altro Stato membro e sia accertato che lo stesso non gode del diritto di soggiornare nel territorio dello Stato membro in cui è arrivato. A quel punto, la persona in questione viene trasferita allo Stato membro dal quale presumibilmente era entrata. Il legislatore europeo ha previsto la possibilità di disporre ed eseguire tali trasferimenti entro un termine estremamente ridotto di 24 ore, mediante una procedura notevolmente semplificata, attraverso la quale prima dell'adozione della decisione, la persona interessata sarà convocata per una breve audizione, finalizzata a verificare la regolarità del suo soggiorno sul territorio nazionale e ad accertare se intenda presentare una domanda di protezione internazionale. Solo all'esito di questa verifica preliminare sarà possibile procedere al trasferimento[36].

Sebbene il testo definitivo introduca alcune garanzie assenti nella proposta originaria, come l'audizione preliminare e l'esclusione esplicita di richiedenti asilo e beneficiari di protezione internazionale, la disciplina solleva criticità insormontabili sia sul piano dell'efficacia operativa che su quello della tenuta costituzionale.

In primo luogo, sotto il profilo della fattibilità operativa, il termine di 24 ore appare irrealistico e potenzialmente controproducente. Una procedura così compressa presuppone una cooperazione interstatale istantanea e priva di attriti: lo Stato di presunta provenienza deve confermare la propria disponibilità a riaccogliere il soggetto in tempi record, spesso sulla base di prove indiziarie o quadri di cooperazione bilaterale ancora da testare. Una simile impostazione, tuttavia, sconta evidenti criticità operative, come dimostra l'esperienza applicativa delle *take back requests* nell'ambito del sistema di Dublino, nelle quali la cooperazione tra Stati membri si è spesso rivelata tutt'altro che automatica o tempestiva. Se lo Stato confinante contesta l'ingresso diretto o rallenta la risposta, sorge la preoccupazione che la procedura rischi di paralizzarsi, alimentando zone d'ombra amministrative e contenziosi tra autorità nazionali. Inoltre, la brevità del termine appare tale da precludere, di fatto, una valutazione individualizzata rigorosa. Accertare correttamente l'intenzione di chiedere asilo, identificare vulnerabilità non manifeste o verificare legami familiari richiede tempi e competenze che mal si conciliano con una gestione 'da pattuglia'. Il rischio concreto è che la rapidità si traduca in un abbassamento degli standard istruttori, portando a

[36] Art. 23, par. 1, punto 1, lett. d), e par. 1, punto 2, del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

trasferimenti erronei di soggetti che avrebbero invece diritto all'accesso alle procedure ordinarie del sistema Dublino/AMMR.

Questi trasferimenti, o procedure di rimpatrio in forma accelerata, sono al contempo accompagnati dalla necessità che le autorità statali non possono semplicemente rifiutare l'ingresso o rimpatriare rapidamente chiunque entri senza autorizzazione, dovendo rispettare i requisiti procedurali previsti dalla direttiva rimpatri e dal regolamento Dublino III, a breve sostituito dall'AMMR. Diversi Stati si sono a lungo opposti a tali obblighi. Pratiche di polizia sono state applicate da Francia e Slovenia alle frontiere con Italia, Spagna e Croazia[37]. Questi Paesi hanno, in sostanza, effettuato *pushbacks* di cittadini di Paesi terzi intenzionati a presentare una domanda di asilo[38]. Anche in Germania e Austria si sono registrati dibattiti politici e giuridici sulla possibilità di rifiutare l'ingresso di richiedenti asilo alle frontiere interne. La nuova procedura di trasferimento delle persone fermate nelle aree di frontiera risponde alle richieste di maggiore flessibilità avanzate da tali governi[39].

In questo contesto, la prima differenza sostanziale rispetto al quadro previsto nella proposta riguarda la chiara delimitazione soggettiva della procedura di trasferimento. La versione proposta dalla Commissione non prevedeva alcuna esclusione espressa per le persone che avevano presentato una domanda di protezione internazionale o che beneficiavano già di uno *status* di asilo o di protezione sussidiaria[40]. Il nuovo art. 23 *bis*, invece, esclude esplicitamente dalla procedura sia i "richiedenti" ai sensi del regolamento (UE) 2024/1348, sia i "beneficiari" di protezione internazionale ai sensi del regolamento (UE) 2024/1347[41]. Si tratta di una modifica decisiva, poiché impedisce che tale procedura accelerata di trasferimento diventi, di fatto, un meccanismo parallelo e meno garantito rispetto al sistema Dublino.

Se richiedenti asilo e beneficiari di protezione internazionale sono esplicitamente esentati, questo renderebbe la nuova procedura apparentemente irrilevante per i movimenti secondari, almeno in teoria. Al contempo, questa esclusione però, non elimina del tutto il rischio che

[37] U. Regvar, *Schengen e respingimenti: l'esperienza slovena*, in ASGI e Legal Centre for the Protection of Human Rights and the Environment, 13 novembre 2025.

[38] Centar za mirovne studije *et al.*, *Pushed, Beaten, Left to Die – European Pushback Report 2024*, 2025.

[39] D. Thym, *op. cit*.

[40] Commission Recommendation (EU) 2017/820 of 12 May 2017 on Proportionate Police Checks and Police Cooperation in the Schengen Area.

[41] Art. 23-*bis*, par. 1, del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

potenziali richiedenti non siano identificati tempestivamente, poiché nella pratica le autorità competenti potrebbero non riconoscere correttamente l'intenzione di richiedere asilo. La procedura accelerata di trasferimento nelle zone di frontiera interne confermerebbe la già citata tendenza alla differenziazione: chi si muove nello spazio Schengen in quanto cittadino o residente regolare beneficia, almeno in astratto, di garanzie piene, mentre chi si muove in quanto "migrante alla frontiera" si vede sottoposto a una tutela compressa nei tempi, nelle forme e negli effetti del ricorso. Non si tratta soltanto di una difficoltà di attuazione, ma di un disegno strutturalmente asimmetrico dei rimedi effettivi, calibrati in base alla tipologia di mobilità coinvolta.

A tale ricostruzione si affiancano tuttavia ulteriori profili di rilievo. Nel nuovo testo si riscontrano elementi di novità che vale la pena analizzare in termini di tutela dei diritti. La proposta originaria includeva un riferimento generico al diritto di ricorso, privo di ancoraggio esplicito ai diritti fondamentali, mentre nel testo definitivo de nuovo Codice, afferma che ai cittadini di paesi terzi trasferiti deve essere garantito un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta e che i ricorsi avverso il provvedimento di trasferimento sono disciplinati conformemente alla legislazione nazionale dello Stato membro che provvede al trasferimento[42].

Si tratta di una modifica apparentemente formale, ma che ha importanti implicazioni sul piano sostanziale dal momento che impone agli Stati membri un controllo giurisdizionale conforme ai parametri della Carta. Essa apre lo spazio per contestare, anche nei giudizi nazionali, eventuali carenze strutturali della procedura e da ultimo rafforza la possibilità di un sindacato giurisdizionale sul rispetto del divieto di espulsioni collettive e del divieto di *refoulement*[43].

Resta tuttavia invariato, rispetto alla proposta originaria, un elemento di particolare criticità che si rinviene nel fatto che l'avvio del procedimento di impugnazione non ha effetto sospensivo, e il trasferimento può essere eseguito immediatamente. Pertanto se da un lato il nuovo Codice afferma che ai cittadini trasferiti deve essere garantito un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, dall'altro stabilisce al contempo che l'impugnazione non sospende l'esecuzione del trasferimento. Tale continuità evidenzia il perdurare di uno squilibrio strutturale tra l'obiettivo di efficienza

[42] Art. 23-*bis*, par. 3, *ibid.*

[43] Si veda, in tal senso, conclusioni dell'Avv. gen. Capeta, C-7/25, *Ramodi*, e C-8/25, *Karkik*, 19 marzo 202, par. 68, che valorizzano il legame tra l'art. 47 della Carta e l'esigenza di un controllo giurisdizionale effettivo sul rispetto del principio di *non-refoulement*.

amministrativa e la tutela dei diritti fondamentali, dal momento che l'effettività del rimedio giurisdizionale risulta significativamente compromessa dal carattere immediato e potenzialmente irreversibile dell'esecuzione[44].

Più precisamente, questa combinazione tra esecuzione immediata (entro 24 ore) e ricorso non sospensivo svuota di contenuto il diritto alla difesa, trasformandolo in un simulacro procedurale. In un sistema dove la persona viene allontanata dal territorio prima ancora di poter accedere a un'assistenza legale qualificata o di sottoporre la propria posizione al vaglio di un giudice, il rimedio giurisdizionale cessa di essere "effettivo" per divenire meramente teorico. Ci troviamo di fronte alla nascita di una "giustizia sommaria di frontiera", in cui l'esigenza di efficienza amministrativa e di deterrenza dei movimenti secondari prevale sistematicamente sulla pienezza delle garanzie processuali.

Sembrerebbe che una simile evoluzione porti con sé il rischio di una pericolosa "zonizzazione" della tutela giurisdizionale all'interno dell'Unione. Mentre il paradigma personalistico del diritto UE garantisce standard elevati di protezione nei procedimenti ordinari, nelle zone di frontiera interna si cristallizza un regime di "tutela attenuata" per i migranti. Svuotare l'articolo 47 della Carta in nome della gestione dei flussi non è solo una scelta tecnica, ma un precedente che mina l'uniformità di protezione dei diritti fondamentali nello spazio Schengen, creando un'area grigia dove la legalità dell'azione statale sfugge a un controllo giurisdizionale tempestivo e incisivo.

Nell'ambito dei molteplici profili di novità relativi alla tutela nei trasferimenti introdotti dal Nuovo Codice, assume rilievo anche l'attenzione dedicata ai minori, disposizione assente nella proposta della Commissione. Nel caso in cui la persona da trasferire sia ritenuta minore, gli Stati membri devono adottare tutte le misure necessarie nel rispetto dell'interesse superiore del fanciullo[45]. La previsione è significativa per due motivi; in primo luogo riconosce, per la prima volta nella disciplina Schengen, un obbligo esplicito correlato alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo; e in secondo luogo

[44] Sull'interpretazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in combinato disposto con gli artt. 18 e 19, par. 2, la Corte di giustizia ha precisato che il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva «impone soltanto che un richiedente [...] possa far valere i suoi diritti in maniera effettiva dinanzi a un organo giurisdizionale», senza che ciò determini un obbligo di sospensione automatica dell'esecuzione in caso di impugnazione: Corte giust. 26 settembre 2018, C-180/17, *X e Y*, punti 43-44. In dottrina, sulla tensione tra tale approccio minimalista e l'effettività del rimedio, cfr. ECRE, *Asylum Procedure Regulation and the Erosion of Refugee's Rights*, 2024.

[45] Art. 23-*bis*, par. 4, *ibid.*

delimita la discrezionalità degli Stati nell'esecuzione della procedura di trasferimento, imponendo la valutazione di un elemento sostanziale, non meramente formale. La portata applicativa della disposizione resta tuttavia limitata, poiché non prevede procedure speciali né garanzie rafforzate per tutte le altre categorie di persone vulnerabili, lasciando la valutazione della vulnerabilità alla discrezionalità di autorità di polizia operanti in contesti di estrema rapidità.

Da ultimo, la procedura di trasferimento dell'art. 23-bis presuppone la cooperazione tra Stati e non può essere utilizzata senza il consenso del Paese confinante, e stabilisce che è sufficiente un quadro generico di cooperazione bilaterale tra Stati membri, che può comprendere scenari di pattugliamento congiunto[46]. Questo dovrebbe facilitare l'applicazione della nuova procedura, che richiede comunque un quadro di cooperazione interstatale. Un ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla proposta originaria riguarda il rapporto tra procedura UE e accordi bilaterali. Il nuovo art. 23 bis, par. 6, chiarisce che la procedura riconosciuta dal Codice non sostituisce gli accordi bilaterali esistenti, che restano applicabili ai sensi dell'art. 6, par. 3, della direttiva rimpatri. Questa formulazione è più esplicita rispetto alla proposta iniziale e conferma un dato strutturale secondo il quale la disciplina dei movimenti secondari continua così a poggiare su un mosaico di regimi giuridici e accordi bilaterali (esplicitamente fatti salvi dal par. 6), che suggerisce che gli Stati membri restano liberi di preferire strumenti meno garantiti, alimentando una frammentazione normativa che incide negativamente sulla certezza del diritto e sull'uniformità di protezione dei diritti fondamentali.

Quanto sopra esposto suggerisce che il nuovo Codice frontiere Schengen mantiene l'obiettivo della proposta iniziale di contrastare i movimenti secondari senza reintrodurre controlli sistematici alle frontiere interne[47]. Seppur, introducendo alcuni correttivi rilevanti, soprattutto l'esclusione dei richiedenti e dei beneficiari, il riferimento al diritto a un ricorso effettivo e la tutela, ancorché embrionale, dei minori, sembra essersi limitato a mitigare le criticità evidenziate sin dalle prime elaborazioni dottrinali, senza

[46] Art. 23-*bis*, par. 1, lett. a), del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

[47] Si veda il considerando 24 del regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024: «Per potenziare il funzionamento dello spazio Schengen, gli Stati membri dovrebbero poter decidere misure aggiuntive per contrastare gli spostamenti irregolari tra Stati membri».

tuttavia superarle del tutto[48]. Al tempo stesso, infatti, permangono elementi strutturali di criticità per cui la procedura resta estremamente rapida, il ricorso non è sospensivo, e i poteri di polizia nelle zone di frontiera interna vengono ulteriormente normalizzati e intensificati.

Si parla di "alternative" ai controlli di frontiera tramite il rafforzamento delle pattuglie congiunte di polizia, come strumenti per contenere i movimenti senza reintrodurre controlli alle frontiere interne. Piu specificatamente rispetto alla proposta iniziale, la nuova formulazione dell'art. 23 specifica con maggiore precisione che l'esercizio delle competenze di polizia o di altri pubblici poteri non devono essere equivalenti ai controlli di frontiera ma elenca in modo circostanziato le condizioni che rendono tali controlli compatibili con il diritto dell'Unione, tra cui l'obiettivo dichiarato che è di lotta alla criminalità transfrontaliera, riduzione dell'immigrazione irregolare, contenimento di malattie infettive; l'impianto metodologico, basato su *risk assessment*; ed una chiara distinzione rispetto alle verifiche alle frontiere esterne[49]. Letto in questo senso, il nuovo testo sembra introdurre maggior certezza giuridica, ma allo stesso tempo normalizza la presenza di poteri di polizia intensificati nelle zone di frontiera interna, mantenendo aperto il rischio sistemico di profilazione e controlli discriminatori[50]. A ciò si aggiunge, come evidenziato, il rischio di indebolire le garanzie procedurali e i diritti fondamentali dei cittadini di paesi terzi, ed in particolare di chi cerca protezione internazionale.

Il Nuovo Codice quindi si inserisce in un più ampio contesto accompagnato da strumenti paralleli che prevedono la trasformazione di Eurodac (*European Asylum Dactyloscopie Database*) in una banca dati in grado di tracciare gli individui in movimento, piuttosto che limitarsi a contare le domande[51]. Per esempio, si vedrà con la nuova riforma Dublino, con i nuovi meccanismi nell'AMMR, ma anche con il rafforzamento delle banche dati delle impronte digitali, volte a prevenire l'*asylum shopping* che l'intento è di contrastare i movimenti secondari dei richiedenti asilo e dei beneficiari di protezione internazionale[52].

[48] Si veda a tal proposito V. Apatzidou, *Schengen Reform: "Alternatives" to Border Controls to Curb "Secondary Movements"*, in *EP*, vol. 7, 2022, p. 573 ss.

[49] Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024.

[50] V. Apatzidou, *op. cit.*; J. Bornemann, F. Maiani *op. cit.*

[51] Art. 12 del regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sull'istituzione di «Eurodac» per il confronto dei dati biometrici.

[52] D. Thym, *Secondary Movements: Lack of Progress as the Flipside of Meagre Solidarity*, in Odysseus Academic Network, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 3 ottobre 2024.

6. *Il contenimento dei movimenti irregolari nell'era del Nuovo Patto*

Nell'ambito delle riforme del Nuovo Patto, vengono introdotte nuove misure per scoraggiare i movimenti secondari nello spazio Schengen. La strategia complessiva si concretizza in quello che appare come un irrigidimento del regime applicabile ai richiedenti protezione che si trovano al di fuori dello Stato membro nel quale sono tenuti a soggiornare. Essa si articola su tre livelli distinti ma convergenti: la riforma delle condizioni di accoglienza, la modifica del regime di *status* per i beneficiari di protezione internazionale e l'introduzione di nuovi meccanismi di trasferimento nell'AMMR.

Tali riforme portano *in primis* ad interrogarsi sul contrappeso che il Nuovo Patto avrebbe dovuto offrire a questa logica restrittiva ovvero sul pilastro della solidarietà obbligatoria[53]. In linea di principio, la solidarietà, nelle sue varie forme previste dall'AMMR (*relocation*, contributi finanziari, sostegno operativo), potrebbe costituire un meccanismo di riequilibrio capace di ridurre la pressione sui sistemi di asilo degli Stati di primo ingresso e, di conseguenza, attenuare le spinte strutturali alla mobilità secondaria. Se i richiedenti protezione trovassero condizioni di accoglienza omogenee e dignitose in tutti gli Stati membri, la necessità di spostarsi verso sistemi percepiti come più favorevoli si ridurrebbe significativamente.

Tuttavia, sembra che la disciplina dell'AMMR configuri la solidarietà come un istituto fortemente *statocentrico* e discrezionale, in cui il margine di scelta degli Stati membri sulle forme di contributo prevale nettamente sulla prospettiva dei diritti individuali dei richiedenti[54]. La solidarietà appare così concepita più come strumento di gestione intergovernativa delle responsabilità che come componente di una tutela condivisa delle persone in movimento[55]. La scelta di non collegare in modo stringente i meccanismi solidaristici al miglioramento degli standard di accoglienza e alla riduzione delle diseguaglianze tra sistemi nazionali finisce per svuotare la solidarietà

[53] P. De Bruycker, E. Tsourdi, *Building the Common European Asylum System beyond Legislative Harmonisation: Practical Cooperation, Solidarity and External Dimension*, in C. Vincent, P. De Bruycker, F. Maiani (eds.)*, Reforming the Common European Asylum System: The New European Refugee Law, Leiden, 2016.*

[54] Si veda art. 6 e la Parte IV del regolamento (UE) 2024/1351.

[55] Si veda a tal proposito E. Stoppioni, *Une solidarité dévoyée: réflexions sur le Nouveau Pacte sur la migration et l'asile*, in *Europe des droits et libertés*, 2021/2, n. 4, p. 219; J. Santos Vara*, Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration?*, in *EP*, vol. 7, 2023, p. 1243 ss.; F. Maiani, *A "Fresh Start" or One More Clunker? Dublin and Solidarity in the New Pact*, in *EU Migration Law Blog*, 20 ottobre 2020.

della sua potenziale funzione di riequilibrio delle asimmetrie che alimentano i movimenti secondari. Ne risulta un quadro in cui il controllo dei movimenti secondari è rafforzato sul piano procedurale e sanzionatorio, mentre la solidarietà rimane un contrappeso debole, privo di una effettiva capacità correttiva rispetto alle disparità sistemiche tra Stati membri.

Passando all'analisi degli strumenti specifici, la Direttiva riformata sulle condizioni di accoglienza (RCD) modifica il modo in cui i sistemi di accoglienza sono organizzati a livello nazionale, introducendo non solo strumenti di maggiore flessibilità ed efficienza gestionale, ma anche misure esplicitamente orientate alla prevenzione dei movimenti secondari[56]. La strategia si concretizza, nei fatti, in un irrigidimento del regime applicabile ai richiedenti protezione che si trovano al di fuori dello Stato membro nel quale sono tenuti a soggiornare.

Ciò può comportare restrizioni alla loro libertà oppure l'esclusione da servizi e misure indispensabili a coprire i bisogni fondamentali. Il nodo critico è che questo modello finisce per creare una disparità di trattamento strutturale, ponendo tali richiedenti in una posizione meno favorevole rispetto agli altri richiedenti protezione[57]. Ad esempio, si prevede l'obbligo di garantire solo i bisogni fondamentali quando i richiedenti non si trovano nello Stato membro in cui sono tenuti a essere presenti, oppure la possibilità di assegnarli a specifiche strutture ricettive e aree geografiche, rendendo la fornitura delle condizioni materiali di accoglienza subordinata alla reale residenza nella struttura o nelle aree cui i richiedenti sono stati assegnati. In altre parole, le condizioni di accoglienza saranno garantite solo nello Stato responsabile, e si rende possibile un ritiro delle condizioni di accoglienza che si applica solo dopo la notifica della decisione di trasferimento, non automaticamente al deposito di una nuova domanda di asilo[58].

In secondo luogo, sono previste modifiche del Regolamento Qualifiche, che sostituirà, a partire dal luglio 2026, la direttiva 2011/95 (e la direttiva 2004/83/CE) e che prevede regole per affrontare i movimenti non autorizzati dei beneficiari di protezione internazionale tra gli Stati membri[59]. Le nuove

[56] Direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

[57] A. Voinich, *La "nuova direttiva accoglienza": tra obblighi di includere e volontà di escludere,* in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 211 ss. Si leggano i considerando 3, 4 e 11 della direttiva (UE) 2024/1346 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale.

[58] Articolo 21 della Direttiva (UE) 2024/1346.

[59] Per un'analisi sulle principali modifiche apportate alla disciplina delle qualifiche di protezione internazionale dal regolamento 2024/1347 si veda S. Amadeo*, Il regolamento*

norme prevedono che, se un beneficiario viene trovato in uno Stato membro diverso da quello che ha concesso la protezione, senza diritto di soggiorno o di residenza in tale Stato, il calcolo del periodo di residenza di cinque anni necessario per ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo ricomincia integralmente a decorrere[60].

Tale previsione opera, di fatto, come una sanzione strutturale collegata alla mobilità: la scelta, o la necessità, di spostarsi al di fuori dello Stato che ha riconosciuto la protezione comporta la perdita integrale del tempo di residenza maturato, proiettando in avanti nel tempo l'accesso a uno *status* caratterizzato da maggiore stabilità e da diritti più estesi. Questa soluzione solleva seri dubbi di proporzionalità. Il movimento secondario, che spesso è determinato da carenze sistemiche nei sistemi di accoglienza, da esigenze di ricongiungimento familiare o dalla ricerca di condizioni minime di integrazione, viene trattato come un comportamento "deviato" da scoraggiare, a costo di pregiudicare obiettivi centrali della politica di integrazione dell'Unione.

L'effetto complessivo è la creazione di una categoria di persone protette sottoposte a una mobilità giuridicamente penalizzante, in cui ogni spostamento rischia di tradursi in una regressione di *status*. Ciò accentua il carattere dualista del sistema secondo cui mentre per i cittadini dell'Unione la mobilità è fattore di arricchimento del progetto integrativo, per i beneficiari di protezione internazionale la stessa mobilità può tradursi in una "colpa" che ritarda *sine die* l'accesso a uno *status* più sicuro e maggiormente integrato nello spazio giuridico europeo.

In terzo luogo, la nuova legislazione AMMR introduce meccanismi nuovi per gestire i trasferimenti, definendo tempi, procedure e responsabilità degli Stati coinvolti. L'AMMR amplia il campo di applicazione del sistema includendo categorie finora escluse in quanto attualmente i beneficiari di protezione internazionale non possono essere trasferiti, mentre con il nuovo quadro normativo, anche loro potranno essere sottoposti a procedure di "*take back*" qualora si spostino irregolarmente in un altro Stato membro[61].

2024/1347 e la nuova disciplina delle qualifiche di protezione internazionale, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 243 ss.

[60] Regolamento (UE) 2024/1347 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sull'attribuzione a cittadini di paesi terzi o apolidi della qualifica di beneficiario di protezione internazionale.

[61] Art. 36, par. 1, lett. b) e c), del regolamento (UE) 2024/1351. Secondo il considerando 43, la responsabilità si determina «una sola volta», salvo intervenire una causa di cessazione; si veda anche art. 37 AMMR..

Mentre il dibattito pubblico si concentra spesso sulla struttura intrinsecamente iniqua dei criteri di Dublino, disposizioni all'apparenza tecniche sul trasferimento di giurisdizione per specifici richiedenti asilo in seguito a movimenti secondari ricevono molta meno attenzione.[62] I richiedenti asilo si spostano irregolarmente tra gli Stati membri, ponendo sfide continue al sistema, in alcuni casi limitati anche questi movimenti possono determinare un trasferimento della responsabilità per la domanda di asilo dallo Stato membro inizialmente responsabile a un nuovo Stato membro[63]. In Dublino tali trasferimenti sono disciplinati da regole specifiche volte a garantire che ogni domanda venga esaminata nel merito da un unico Stato membro, evitando duplicazioni e conflitti tra Stati.

Il regolamento AMMR introduce obblighi rafforzati volti a limitare gli spostamenti irregolari come l'obbligo, per chi richiede protezione, di presentare domanda nello Stato membro di primo ingresso e rimanervi durante la procedura di presa in carico e, precisa che il richiedente deve restare nel Paese designato come responsabile per tutta la durata della procedura, rendendosi disponibile alle autorità competenti[64]. Se tale obbligo non viene rispettato, il richiedente può perdere il diritto alle misure di accoglienza, «a meno che non sia necessario garantire comunque un livello di vita conforme al diritto dell'Unione, compresa la Carta dei diritti fondamentali, e tenendo in considerazione la situazione personale dell'interessato»[65].

Altre norme sanzionano situazioni in cui un richiedente non presenta domanda nello Stato corretto o si allontana durante le procedure. In tal senso, il Regolamento Procedure stabilisce che gli Stati membri devono considerare come implicitamente ritirate, e quindi inammissibili, le domande presentate in uno Stato membro diverso da quelli indicati dall'AMMR[66], qualora il richiedente non rimanga in tale Stato in attesa della procedura di presa in carico o del trasferimento[67]. Interpretate in modo letterale, queste novità puntano soprattutto a disincentivare gli spostamenti non autorizzati tra Stati membri previsti nel "nuovo" sistema Dublino.

Da ultimo, l'AMMR pone anche il rischio che movimenti irregolari si verifichino a seguito della difficoltà di comprovare i legami familiari. Il

[62] Sul punto si veda S. Peers, *op. cit.*

[63] Art. 18 del regolamento (UE) 2024/1351.

[64] Art. 17, parr. 3 e 5, *ibid.*

[65] Art. 18, *ibid.*

[66] Artt. 17, parr. 1 e 2, *ibid.*

[67] Si veda art. 41, lett. f), del regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

considerando 54 affronta questo nodo cruciale, riconoscendo l'importanza di facilitare il ricongiungimento e di ridurre così le cause che spingono le persone a spostarsi verso altri Stati membri. Tuttavia, pur esprimendo l'intenzione di 'consentire un più rapido ricongiungimento familiare', l'AMMR non introduce norme vincolanti che impediscano agli Stati di richiedere prove eccessivamente onerose[68]. Il regolamento si limita a fornire raccomandazioni, a prevedere un obbligo di motivazione e a imporre un generico dovere di dare priorità alle richieste fondate sui criteri familiari[69]. Questa lacuna è particolarmente significativa se letta in combinazione con la debolezza del pilastro solidaristico, per cui in assenza di meccanismi vincolanti di ricongiungimento e di standard omogenei di accoglienza, i movimenti secondari restano una risposta razionale, ancorché irregolare, alle disfunzioni strutturali del sistema. Sanzionarli senza rimuoverne le cause equivale a trattare il sintomo ignorando la patologia.

7. *Riflessioni conclusive*

A quarant'anni dalla firma dell'Accordo di Schengen, il nuovo quadro normativo delineato dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e dalla riforma del Codice frontiere Schengen non sembra ricomporre le fratture che hanno reso strutturalmente fragile la *governance* dello spazio Schengen. Al contrario, l'analisi condotta evidenzia come l'era del Nuovo Patto segni il passaggio definitivo da uno spazio di libertà inteso come valore universale a uno spazio di circolazione differenziata, in cui la qualità degli standard di tutela dipende strettamente dal regime di mobilità in cui ciascun soggetto è incasellato. L'unità di Schengen viene preservata, essenzialmente, come spazio di circolazione "controllata", tramite un'articolata infrastruttura di banche dati, procedure accelerate e cooperazione bilaterale, ma non viene realmente rafforzata sul piano della convergenza degli standard di protezione e della piena effettività della tutela giurisdizionale.

In tal quadro sembra che i movimenti secondari irregolari continuino a rappresentare una delle principali sfide, e che la loro gestione richieda strumenti diffusi nelle nuove disposizioni ma sufficientemente flessibili da

[68] Sul punto si veda F. Maiani, *Responsibility-Determination under the New Asylum and Migration Management Regulation: Plus Ça Change*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 18 giugno 2024.

[69] Art. 40, par. 6, del regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e abroga il regolamento (UE) n. 604/2013.

garantire l'effettività dei trasferimenti, senza compromettere la tutela dei richiedenti protezione internazionale. L'Unione, attraverso gli strumenti del Nuovo Patto rinforza la politica del "nessuna libertà di scelta", impedendo ai richiedenti asilo di scegliere liberamente in quale Stato membro presentare domanda. Questo principio non è imposto dal diritto UE né dal diritto dei rifugiati, ma è una scelta politica basata sull'idea che ogni spostamento non autorizzato all'interno dell'UE sia un abuso da prevenire o reprimere. Per attuarlo, il sistema si basa su criteri oggettivi di responsabilità (legami familiari, primo ingresso, documenti) e impone obblighi stringenti come presentare domanda nel primo Stato membro in cui si entra e rimanervi durante tutta la procedura, sotto la minaccia di perdere i benefici di accoglienza. In pratica, questa politica limita l'autonomia dei richiedenti protezione e scoraggia la mobilità, ma non affronta le cause profonde di tali spostamenti, come le differenze tra sistemi nazionali o la qualità dell'accoglienza. In sostanza, tali movimenti appaiono piuttosto scoraggiati in quanto incidono sulla gestione dei flussi migratori e sulla ripartizione della responsabilità tra Stati membri, oltre che in ragione dell'orientamento dell'Unione volto a rafforzare l'idea di uno "spazio di circolazione controllato" piuttosto che a garantire una piena libertà di scelta ai richiedenti protezione.

Si è visto come l'adozione del Nuovo Patto e delle relative riforme, non sembra segnare una vera e propria svolta sistemica in tal senso. Più che una rivoluzione, il nuovo quadro normativo appare come un tentativo di razionalizzare l'esistente, lasciando irrisolte alcune delle tensioni che minano l'unità dello spazio Schengen senza controlli interni.

Sembra pertanto che il cuore della fragilità di Schengen risieda oggi nella coesistenza di due paradigmi di tutela contrapposti. Da un lato, il paradigma personalistico, che continua a informare la libera circolazione dei cittadini dell'Unione; dall'altro, un paradigma securitario-gestionale che riduce il migrante a oggetto di ripartizione di responsabilità tra Stati. Questa biforcazione non è una mera disfunzione tecnica, ma una scelta politica che svuota di contenuto l'universalità dei diritti fondamentali. La creazione di una "giustizia sommaria di frontiera" esemplificata dalle procedure di trasferimento in 24 ore prive di effetto sospensivo, cristallizza una zona grigia del diritto dell'Unione in cui l'articolo 47 della Carta opera in modo attenuato, rendendo il diritto alla difesa un simulacro procedurale a fronte di un'esecuzione immediata e spesso irreversibile.

In questo contesto, le riforme adottate appaiono più come un intervento di rifinitura del sistema esistente che come una reale trasformazione del modello di gestione della mobilità secondaria nello spazio Schengen,

lasciando aperti interrogativi sostanziali sull'effettiva capacità del nuovo assetto di garantire un equilibrio tra esigenze di controllo e tutela dei diritti fondamentali. In sostanza ne risulta un quadro bifronte in cui da un lato, vi è una maggiore formalizzazione delle garanzie; e dall'altro, la perdurante centralità di strumenti che privilegiano la gestione immediata dei movimenti secondari rispetto alla piena conformità delle prassi agli standard di tutela dell'Unione[70].

Questa evoluzione mette in luce come la risposta ai movimenti secondari alle frontiere interne dell'Unione abbia seguito un percorso graduale, ma significativo. Si è passati da interventi eminentemente unilaterali, adottati dagli Stati membri per far fronte a pressioni migratorie percepite come emergenziali, a forme più strutturate di cooperazione bilaterale (e informali), spesso nate per supplire alle lacune del quadro normativo dell'Unione. Oggi, con il pacchetto di riforme del Nuovo Patto, tale dinamica appare consolidata in una dimensione propriamente europea, all'interno della quale si tenta di definire un equilibrio più stabile e coerente che limiti questi spostamenti.

Il nuovo Codice Frontiere Schengen, si propone infatti di affrontare in modo armonizzato il problema dei movimenti non autorizzati nello spazio senza controlli, evitando al contempo il ricorso a controlli di frontiera in senso proprio. Da un lato, infatti, si mira a circoscrivere e rendere proporzionati i controlli di polizia nelle zone di frontiera interna, evitando che essi si traducano, di fatto, in controlli di frontiera mascherati e vietati dal diritto dell'UE. Dall'altro, il nuovo pacchetto di riforme introduce misure punitive rivolte specificamente ai movimenti secondari, che si traducono in procedure più severe e restrittive. In particolare, si osserva una drastica riduzione delle garanzie procedurali, con ricorsi non sospensivi, tempistiche estremamente rapide e limitazioni alla tutela dei richiedenti protezione internazionale. Questi dispositivi, mostrano un intento legislativo più orientato alla repressione e alla deterrenza che alla protezione dei diritti, in cui si avverte la tensione tra l'obiettivo di assicurare un controllo efficace dei movimenti secondari e la necessità di rispettare i principi fondamentali dello spazio Schengen e del diritto d'asilo.

In questo contesto, il pilastro della solidarietà obbligatoria si rivela un contrappeso drammaticamente debole. Configurata come uno strumento di

[70] D. Thym, *Secondary Movements: Improving Compliance and Building Trust among the Member States?'* in D. Thym (ed.), *Reforming the Common European Asylum System, Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum*, Baden-Baden, 2022, p. 129 ss.

gestione intergovernativa e *statocentric*a, la solidarietà dell'AMMR non riesce a incidere sulle asimmetrie strutturali, tra standard di accoglienza divergenti e tassi di riconoscimento difformi, che costituiscono il motore reale dei movimenti secondari. Sanzionare questi spostamenti attraverso la perdita del tempo di residenza maturato ai fini del lungo soggiorno o attraverso restrizioni materiali all'accoglienza significa trattare il movimento come una colpa individuale, ignorando le patologie sistemiche di un'architettura europea ancora profondamente iniqua.

L'unità di Schengen viene così preservata solo in apparenza, trasformandosi in un'infrastruttura di banche dati interoperabili e tracciamento biometrico volta a garantire una circolazione controllata. La centralità assunta da Eurodac e dal SIS nel monitoraggio dei movimenti secondari indica una traiettoria in cui la tecnologia e la rapidità amministrativa prevalgono sulla pienezza del sindacato giurisdizionale. Ne deriva una tutela a zone, in cui i confini interni dell'Unione diventano anche i confini di una giustiziabilità ridotta.

In conclusione, il Nuovo Patto non risolve la tensione tra sicurezza e libertà, ma la normalizza attraverso la codificazione di prassi emergenziali e la compressione dei rimedi effettivi. La sfida per il futuro dello spazio Schengen non riguarda solo la tenuta delle frontiere, ma la capacità dell'ordinamento dell'Unione di resistere alla tentazione di creare regimi differenziati per categorie di persone speciali. Se la tutela giurisdizionale continuerà a essere modulata in base allo *status* e al tipo di mobilità, l'unità di Schengen rimarrà non solo fragile, ma intrinsecamente contraddittoria rispetto ai valori fondanti del progetto di integrazione europea. Spetterà ora più che mai alle corti nazionali e sovranazionali, il compito di agire come ultimo baluardo di coerenza, rivendicando l'effettività dell'articolo 47 della Carta anche laddove la logica della frontiera sembra volerlo sospende.

Abstract (ita)

A quarant'anni dalla firma dell'Accordo di Schengen, il contributo analizza le trasformazioni inttodotte dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e dalla riforma del Codice frontiere Schengen, interrogandosi sulla tenuta del progetto di libera circolazione di fronte alla gestione dei movimenti secondari irregolari. L'indagine si concentra sulla progressiva normalizzazione di misure eccezionali, quali il ripristino dei controlli alle frontiere interne e le procedure accelerate di trasferimento e rimpatrio previste dal nuovo art. 23-*bis* del Codice Schengen. L'analisi evidenzia come il Nuovo Patto, lungi dal costituire una svolta sistemica, consolidi una frammentazione della tutela giurisdizionale: da un lato, il paradigma della libera circolazione riservato ai cittadini dell'Unione e ai titolari di diritti consolidati; dall'altro, un regime restrittivo fondato sulla deterrenza e sulla compressione delle garanzie procedurali per richiedenti asilo e beneficiari di protezione internazionale. Emerge così una "zonizzazione" della tutela, in cui la solidarietà obbligatoria si rivela un contrappeso debole rispetto alla logica securitaria. Il contributo si chiude con una riflessione critica sull'erosione del diritto a un ricorso effettivo e sull'incompatibilità tra l'urgenza delle procedure accelerate e i principi fondamentali dello Stato di diritto.

Abstract (eng)

Forty years after the signing of the Schengen Agreement, this article examines the transformations introduced by the New Pact on Migration and Asylum and the reform of the Schengen Borders Code, questioning the resilience of the free movement project in the face of irregular secondary movements management. The investigation focuses on the progressive normalisation of exceptional measures, such as the reintroduction of internal border controls and the accelerated transfer and return procedures set out in the new Article 23-*bis* of the Schengen Code. The analysis shows that the New Pact, far from constituting a systemic shift, consolidates a fragmentation of judicial protection: on the one hand, the paradigm of free movement reserved for EU citizens and holders of established rights; on the other, a restrictive regime based on deterrence and the curtailment of procedural safeguards for asylum seekers and beneficiaries of international protection. This results in a 'zoning' of protection, in which mandatory solidarity proves to be a weak counterweight to the security logic. The article concludes with a critical reflection on the erosion of the right to an effective remedy and the incompatibility between the urgency of accelerated procedures and the fundamental principles of the rule of law.

LE SEGNALAZIONI SIS AI FINI DEL RESPINGIMENTO, DEL RIFIUTO DI SOGGIORNO O PER IL RIMPATRIO: USO STRUMENTALE, MANCATA EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI DI ACCESSO E CANCELLAZIONE, CARENZA DI TUTELA

Marcella Cometti*

SOMMARIO: 1. Introduzione sul Sistema d'Informazione Schengen. – 2. La segnalazione nel SIS ai fini del respingimento o del rifiuto di soggiorno (reg. 2018/1861). – 2.1. Segnalazione nel SIS per minaccia all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica o nazionale. 2.1.1. – L'utilizzo di informazioni provenienti da Stati terzi per l'inserimento di una segnalazione nel SIS e le ripercussioni sul diritto al riconoscimento della protezione internazionale. – 2.1.2. Segnalazioni nel SIS per scopi politici. – 2.1.3. Segnalazioni nel SIS per elusione della normativa sull'ingresso e soggiorno negli Stati membri: l'automatismo ostativo alla valutazione dell'istanza di emersione. – 2.2. La segnalazione nel SIS per divieto di ingresso (reg. 2018/1861): rinvio. – 3. La segnalazione SIS a seguito di una decisione di rimpatrio (reg. 2018/1860) ed emissione di un divieto d'ingresso (reg. 2018/1861). – 4. Come rafforzare l'effettivo esercizio dei diritti delle persone segnalate nel SIS? – 5. Segnalazioni nel SIS in prospettiva del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: brevi conclusioni.

1. *Introduzione sul Sistema d'Informazione Schengen*

Il Sistema d'Informazione Schengen (SIS), banca dati su larga scala, rappresenta una delle principali infrastrutture per la sicurezza interna dell'UE.

Il SIS ha storicamente svolto un ruolo fondamentale nella creazione dello spazio Schengen: quando, nel 1985, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi decisero di abolire i controlli alle frontiere interne, firmando l'accordo di Schengen, ciò è stato possibile solo a condizione che venissero istituite misure di compensazione quali pratiche di controllo armonizzate alle frontiere esterne, una politica comune in materia di visti e la creazione

* Dottoressa in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Ferrara. Il presente contributo è stato scritto nell'ambito delle attività del progetto di ricerca di interesse nazionale (PRIN 2022) Community Sponsorship for Migrants and Refugees in Europe – CoSME (www.cosmeproject.eu), Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU.

del SIS[1]. Quest'ultimo era considerato una misura chiave per la cooperazione pratica tra le autorità delle Parti contraenti in quanto consentiva alle stesse, per mezzo di una procedura d'interrogazione automatizzata, di disporre di un unico *database* contenente segnalazioni di persone e di oggetti inserite in occasione di controlli alle frontiere e di altri controlli di polizia e doganali effettuati all'interno del Paese[2].

Oggi, l'architettura del SIS si sviluppa principalmente su due livelli, uno centrale e l'altro nazionale. Invero, il sistema è costituito da una banca dati centrale (C-SIS) e da banche dati in ciascuno dei Paesi Schengen (N-SIS). I sistemi nazionali sono collegati alla banca dati centrale e vengono utilizzati per inserire, aggiornare, cancellare e consultare direttamente i dati memorizzati nella banca dati centrale. In questo modo, le autorità di ogni Paese possono accedere alle informazioni prodotte dalle altre autorità statali e agire di conseguenza, e viceversa. Ciascun Paese Schengen è tenuto a designare un'autorità (ufficio N.SIS) che ha la competenza centrale per il rispettivo N.SIS e un'altra autorità, operativa 24 ore su 24 e 7 giorni su 7, che garantisce lo scambio e la disponibilità di tutte le informazioni supplementari (ufficio SIRENE)[3]. In Italia, ad esempio, la divisione N.SIS e la divisione SIRENE sono istituite in senso alla Direzione Centrale della Polizia Criminale presso il Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno[4].

Invece, la gestione operativa delle componenti centrali del SIS è esercitata dall'eu-LISA, l'Agenzia dell'UE per la gestione operativa dei sistemi IT su larga scala nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia[5].

Nel corso degli anni il SIS da semplice *database* per la condivisione delle informazioni si è trasformato in uno strumento estremamente versatile[6] o,

[1] M. Leese, V. Ugolini, *Politics of creep: Latent development, technology monitoring, and the evolution of the Schengen Information System,* in *European Journal of International Security*, n. 9, 2024, p. 344.

[2] Art. 92, Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

[3] Art. 7, regolamento (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) n. 1987/2006.

[4] C/2025/3579, Elenco degli uffici N.SIS e degli uffici SIRENE nazionali, 31.7.2025.

[5] Considerando 13 e Capo III, regolamento (UE) 2018/1861.

[6] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *Il SIS fra trattamento illecito di dati, paradossi applicativi e deficit di tutela,* in F. Biondi Dal Monte, M. Forti, L. Raineri (a cura di), *Migrazioni e governance digitale,* Roma, 2024, p. 69.

con un giudizio più netto, in una vera e propria banca dati investigativa[7]; una tale evoluzione ha dato adito a preoccupazioni riguardo all'aumento delle capacità di sorveglianza e a critiche per quanto concerne la scarsa trasparenza che lo connota[8].

Precisamente, il sistema ha subito trasformazioni significative sin da quando il SIS I è stato istituito nel 1995: la prima si è avuta nel 2006[9], quando è stato istituito il sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), operativo dal 2013. Più recentemente, il SIS è stato rafforzato da tre regolamenti del 2018[10], che hanno sostituito i regolamenti del 2006 introducendo ulteriori categorie di segnalazioni[11] ed estendendo l'accesso alla banca dati a diverse autorità nazionali e dell'Unione[12]. Il nuovo "pacchetto" è divenuto operativo a partire da marzo del 2023.

Ad oggi, quindi, ai sensi del reg. 2018/1862, il SIS contiene, ad esempio, segnalazioni relative a persone per le quali è stato emesso un mandato d'arresto europeo o una richiesta di estradizione; per ritrovare persone scomparse; per individuare il luogo di residenza o di domicilio di persone ricercate per collaborare a procedimenti giudiziari penali (ad es. testimoni)

[7] M. Leese, V. Ugolini, *op. cit.*, p. 341.

[8] E. Brouwer, *Digital Borders and Real Rights: Effective Remedies for Third-Country Nationals in the Schengen Information System,* Leiden, 2008; M. Besters, F. Brom, *"Greedy" Information Technology: The Digitalization of the European Migration Policy* , in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 12, n. 4, 2010, p. 455 ss.

[9] Regolamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'accesso al sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) dei servizi competenti negli Stati membri per il rilascio delle carte di circolazione; regolamento (CE) n. 1987/2006 del 20 dicembre 2006 sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II). Sulle novità introdotte dal SIS II si rimanda a M. Leese, V. Ugolini, *op. cit.*, p. 345, 346 ss.

[10] Regolamento (UE) 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, relativo all'uso del sistema d'informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; regolamento (UE) 2018/1861; regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale. F. Tassinari, *A Revolutionary Schengen Information System? From the first to the second-second generation of the SIS*, in *Adim Blog*, Analisi e Opinioni, giugno 2022.

[11] Quali segnalazioni per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (art. 40, regolamento (UE) 2018/1862); segnalazioni di ignoti ricercati a fini di identificazione in conformità del diritto nazionale; segnalazioni preventive di minori a rischio di sottrazione da parte di un genitori, un famigliare o un tutore a cui deve essere impedito di viaggiare (art. 32, par. 1, lett. c) e lett. e) regolamento (UE) 2018/1862) e segnalazione di persone e oggetti ai fini di controlli di indagine (art. 36 e 37 regolamento (UE) 2018/1862).

[12] Art. 17 regolamento (UE) 2018/1860; art. 35 e 36 regolamento (UE) 2018/1861.

e segnalazioni di persone sconosciute che sono ricercate. Il SIS contiene, inoltre, segnalazioni per ottenere informazioni su persone o oggetti correlati a controlli discreti, controlli di indagine o controlli specifici e segnalazioni relative a oggetti (ad esempio veicoli, documenti di viaggio, targhe automobilistiche e attrezzature industriali) ricercati per essere sequestrati o utilizzati come prove in procedimenti penali.

Invece, per quel interessa ai fini del presente contributo, secondo il reg. 2018/1860 e 2018/1861, il SIS contiene segnalazioni relative a cittadini di Paesi terzi destinatari di decisioni di rimpatrio emesse dai Paesi Schengen e segnalazioni relative a cittadini di Paesi terzi che non hanno il diritto di entrare o soggiornare nello spazio Schengen.

Il SIS, quindi, conserva le informazioni sotto forma di segnalazioni. Ogni segnalazione relativa a una persona contiene informazioni biografiche – quali nome, data di nascita, sesso e nazionalità – ma anche impronte digitali e fotografie[13]. Le ricerche, perciò, possono essere effettuate sulla base di dati alfanumerici (ad esempio nomi, numeri di passaporto, targhe automobilistiche) o di dati biometrici.

Si verifica un riscontro positivo nel SIS (c.d. *hit*) quando una ricerca effettuata da un utente – inserendo, per l'appunto, dati biometrici o alfanumerici – rivela l'esistenza di una segnalazione emessa da un altro Paese e i dati relativi alla segnalazione corrispondono ai dati ricercati. In tal caso – ovverosia quando una ricerca produce una corrispondenza nel sistema – le autorità nazionali accedono alle informazioni memorizzate su quella specifica segnalazione e ricevono istruzioni sulle azioni da intraprendere (ad esempio, arrestare una persona oppure notificarle che è ricercata per collaborare a procedimenti giudiziari penali).

Guardando al dato quantitativo, è di particolare interesse notare come solo l'1,8% delle segnalazioni in banca dati riguardano persone[14]. Di queste, ben più della metà concerne segnalazioni effettuate ai sensi dell'art. 24 reg. 2018/1860 e 2018/1861, rispettivamente sull'uso del SIS per il rimpatrio di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del SIS nel settore delle verifiche di frontiera, ai fini del respingimento o del rifiuto del soggiorno di cittadini di Paesi terzi[15].

A fronte dell'importanza (come vedremo non solo quantitativa) di tale profilo, il contributo si sofferma su questa tipologia di segnalazioni con

[13] M. Leese, V. Ugolini, *op. cit.*, p. 345.

[14] EU-Lisa, *EU-Lisa annual activity report 2024*, p. 4 e p. 11.

[15] EU-Lisa*, EU-Lisa 2024 Annual Statistics*, in https://www.eulisa.europa.eu/our-publications/sis-annual-statistics-report-2024-report, p. 12.

l'obbiettivo di mettere in risalto i limiti applicativi della normativa UE in termini di delimitazione dei poteri e precisazione degli obblighi degli Stati Schengen nell'utilizzo del SIS.

In particolare, attraverso alcuni casi studio, il contributo indaga le difficoltà di accesso ai motivi su cui si basano le segnalazioni, la compressione dei diritti di cancellazione[16] e la debolezza delle tutele (giurisdizionali e non) contro l'inerzia amministrativa.

2. *La segnalazione nel SIS ai fini del respingimento o del rifiuto di soggiorno (reg. 2018/1861)*

Il regolamento 2018/1861 prevede che gli Stati membri inseriscano segnalazioni nel SIS ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno di cittadini di Paesi terzi all'avverarsi di condizioni che «si riferiscono sia a ipotesi di violazione della disciplina dell'immigrazione, sia a situazioni connotate da esigenze di tutela della sicurezza *lato sensu* intesa»[17].

Dunque, più semplicemente, una segnalazione SIS ai sensi del reg. 2018/1861 può comportare il respingimento, il rigetto di un'istanza di rilascio di un permesso di soggiorno o il rifiuto di concedere un visto d'ingresso[18].

Tali segnalazioni possono essere inserite nella banca dati se si verifica una delle condizioni previste dall'art. 24 del reg. 2018/1861.

In primo luogo, lo Stato membro deve segnalare nel SIS la persona considerata una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale[19] (par. 2.1). Questa condizione si realizza *i)* quando una persona è stata condannata da uno Stato Schengen per un reato punibile con una pena detentiva di almeno un anno ovvero *ii)* se esistono fondati motivi per ritenere che abbia commesso un reato grave, compreso un reato di terrorismo, o esistono indizi concreti della sua *intenzione* di commettere un tale reato nel territorio di uno Stato membro (si veda *infra* par. 2.1.1 e 2.1.2). Inoltre, *iii)* è necessario procedere alla segnalazione nel SIS quando il

[16] Art. 40, regolamento (UE) 2018/1861.

[17] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 72.

[18] Art. 6, par. 1, lett. d), 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 (d'ora in avanti: Codice frontiere Schengen); art. 32, par. 1, lett. a) (v), regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009 , che istituisce un codice comunitario dei visti (d'ora in avanti: Codice dei visti); art. 5, comma 1, lett. d) Convenzione di attuazione dell'Accordo di Schengen.

[19] Art. 24, par. 1, lett. a), regolamento (UE) 2018/1861.

cittadino di un Paese terzo ha eluso o tentato di eludere la normativa dell'UE o nazionale che disciplina l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri (vedi *infra* par. 2.1.3) [20].

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 24, lett. b), del reg. 2018/1861, lo Stato membro deve segnalare nel SIS la persona nei cui confronti ha emesso un divieto d'ingresso secondo procedure conformi alla direttiva rimpatri 2008/115/CE (vedi *infra* par. 2.2). Questa specifica categoria di segnalazioni verrà analizzata congiuntamente a quelle inserite nel SIS ai sensi del reg. 2018/1861, ovverosia a seguito di una decisione di rimpatrio (par. 3).

Per quanto riguarda il contenuto delle segnalazioni SIS nel settore delle verifiche di frontiera, queste includono diverse informazioni sulle persone segnalate: oltre ai dati anagrafici e dattiloscopici, la copia dei documenti di identificazione e le fotografie della persona, viene indicato se questa è armata, violenta, pone una minaccia per la salute pubblica oppure è coinvolta in attività terroristiche. La segnalazione, inoltre, riporta l'autorità che ha inserito la segnalazione, la decisione che ha dato origine alla stessa e l'azione da intraprendere in caso di riscontro positivo (*hit*); indica, per altro, se la persona segnalata è familiare di un cittadino dell'Unione o di un'altra persona beneficiaria del diritto di libera circolazione. Viene, infine, specificato se la segnalazione si basa su una o più delle condizioni di cui all'art. 24, par. 1, lett. a) (e quale delle tre ipotesi *supra* descritte), par. 1, lett. b), o entrambe[21].

Il reg. 2018/1861 riconosce due importanti restrizioni alla discrezionalità degli Stati membri per quanto riguarda l'inserimento di una segnalazione nel SIS ai fini del respingimento o del rifiuto di soggiorno.

In primis, l'art. 21 prevede il soddisfacimento di un requisito di proporzionalità: prima di inserire una segnalazione, gli Stati membri sono tenuti a verificare se l'adeguatezza, la pertinenza e l'importanza del caso giustificano la segnalazione nel SIS. La stessa disposizione, tuttavia, prevede una deroga a tale clausola per quanto concerne gli *alerts* relativi a persone per le quali sussistano fondati motivi di ritenere che abbiano commesso un reato grave – incluso uno di natura terroristica – o vi siano chiare indicazioni della loro intenzione di commetterlo, in quanto queste segnalazioni sono di per sé considerate «adeguate, pertinenti e sufficientemente importanti»[22].

Inoltre, le segnalazioni per minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale devono basarsi su una valutazione

[20] Art. 24, par. 2, regolamento (UE) 2018/1861.

[21] *Ivi,* art. 20.

[22] *Ivi,* art. 21.

individuale comprendente anche una valutazione delle circostanze personali dell'interessato e delle conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno.

Tenuto conto dei limiti appena menzionati, una segnalazione nel SIS ai sensi del reg. 2018/1861 può essere inserita dagli Stati membri, anche sulla base di informazioni fornite da Stati terzi riguardanti, ad esempio, i c.d. combattenti terroristi stranieri (FTF)[23]. In altre parole, quando utilizzano il SIS, gli Stati non si basano solo su informazioni reciproche, ma si affidano e utilizzano anche informazioni provenienti da Paesi terzi. A tal proposito, l'Italia prevede una specifica procedura «for entering information from trusted third countries on non-EU FTF suspects in the SIS»[24].

A poter accedere alle segnalazioni SIS effettuate *ex* reg. 2018/1861 sono diverse autorità degli Stati membri, quali quelle competenti per controlli di frontiera, controlli di polizia e alle dogane, per il rilascio di visti e di permessi di soggiorno[25]. Diverse sono le finalità che permettono l'accesso al SIS, quali il rimpatrio dei cittadini stranieri, i controlli sui cittadini stranieri che entrano o soggiornano in modo irregolare e i controlli di sicurezza sui richiedenti asilo[26].

Anche le autorità giudiziarie nazionali, comprese quelle competenti per l'avvio dell'azione penale e per le indagini preliminari, nell'assolvimento delle loro funzioni, hanno diritto di accesso ai dati del SIS[27].

Inoltre, anche Europol[28] e Frontex[29] dispongono di un accesso di sola lettura (*read-only access*) al SIS, ovvero hanno la possibilità di effettuare ricerche e consultare la banca dati, ma non di aggiornare o cancellare i dati o le segnalazioni. Europol ha accesso a tutte le categorie di segnalazioni

[23] E. Brouwer, *op. cit.*, p. 490. Si veda anche: Consiglio dell'Unione europea, doc. 6322/20, LIMITE, 26 febbraio 2020, in: https://statewatch.org/wp-content/uploads/2026/04/eu-council-sis-third-countries-terrorism-suspects-6322-20.pdf. «Only EU Member States and Schengen associated countries can create alerts in the SIS. The SIS Regulations do not prevent Member States from creating alerts on the basis of information provided by a third country […]. […] EU Member States and agencies have access to biographic and biometric data of suspected non-EU terrorists received from selected trusted third countries».

[24] *Ibid.*

[25] Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Misuse of the Schengen Information System by Council of Europe Member States as a Politically-motivated Sanction,* Doc. 15600, Strasburgo, 6 settembre 2022.

[26] Art. 34, par. 1, regolamento (UE) 2018/1861.

[27] *Ivi,* art. 34.

[28] *Ivi,* art. 35.

[29] *Ivi,* art. 36. I. Maicher, *The Schengen-wide Entry Ban: How Are Non-citizens' Personal Data Protected?* , in *Journal of Ethnic and Migration Studies,* Vol. 48, No. 8, 2022, p. 1950.

memorizzate nel SIS[30], mentre Frontex ha un accesso riservato a determinate squadre operative e limitato a scopi specifici[31].

A fronte di questo quadro, il reg. 2018/1861 assicura una serie di diritti e garanzie a coloro che sono interessati da una segnalazione SIS. Segnatamente, il regolamento disciplina il diritto al riesame[32], il diritto di accesso ai dati trattati nel SIS[33], il diritto di rettifica dei dati inesatti[34], il diritto alla cancellazione delle segnalazioni[35] e dei dati conservati in modo illecito[36] e il diritto di adire le vie giurisdizionali o le autorità di controllo competenti per accedere, rettificare, cancellare, ottenere informazioni o ottenere un risarcimento in relazione ad una segnalazione[37].

Nello specifico, il diritto al riesame delle segnalazioni SIS è disciplinato all'art. 39 del reg. 2018/1861, il quale prevede che le segnalazioni debbano essere conservate esclusivamente per il periodo necessario a realizzare le finalità per le quali sono state inserite. Lo Stato membro segnalante deve riesaminare la necessità di conservare la segnalazione entro tre anni dall'inserimento della stessa, ed entro cinque anni se la decisione nazionale su cui si basa prevede un periodo di validità superiore a tre anni. Nel periodo di riesame lo Stato membro segnalante può decidere di mantenere la segnalazione per un periodo più lungo del periodo di riesame, ove ciò sia necessario e proporzionato alle finalità per le quali la segnalazione stessa era stata inserita, sempre con i limiti temporali di 3 e 5 anni. Le segnalazioni sono cancellate automaticamente allo scadere del periodo di riesame, salvo proroghe.

L'art. 40 del reg. 2018/1861 disciplina, invece, la cancellazione delle segnalazioni SIS, prevedendo che la segnalazione inserita ai sensi dell'art. 24 sia cancellata allorché la decisione su cui si basa è stata revocata o annullata dall'autorità competente oppure a seguito di procedure consultive tra Stati membri (previste agli artt. 27 e 29). Se, invece, la segnalazione di un cittadino

[30] Art. 35, par. 1, regolamento (UE) 2018/1861; art. 48, par. 1, regolamento (UE) 2018/1862.

[31] Art. 36, par. 1, regolamento (UE) 2018/1861; art. 50, par. 1, regolamento (UE) 2018/1862. Si veda anche: Coordinated Supervision Committee, *The Schengen Information System, A Guide for Exercising Data Subjects' Rights: The Right of Access, Rectification and Erasure,* p. 6, in https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-04/csc_guide_right_of_access_rectification_and_erasure_20230403_en.pdf.

[32] Art. 39, regolamento (UE) 2018/1861.

[33] *Ivi,* art. 53.

[34] *Ibid*.

[35] Art. 40, regolamento (UE) 2018/1861.

[36] *Ivi,* art. 53.

[37] *Ivi,* art. 54.

di Paese terzo dipende da un provvedimento restrittivo diretto a impedirne l'ingresso o il transito nel territorio degli Stati membri, questa è cancellata quando prende fine, è sospeso o è annullato il provvedimento restrittivo.

Ancora, come anticipato, gli interessati possono esercitare i diritti di accesso, rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente[38]. A seguito di una richiesta di questo tipo, lo Stato membro è tenuto a informare l'interessato quanto prima e, in ogni caso, entro i termini previsti dall'articolo 12, par. 3, del regolamento (UE) 2016/679[39], sull'esito della propria istanza, indipendentemente dal fatto che l'interessato si trovi o meno in un Paese terzo.

Mentre il regolamento nient'altro aggiunge con riferimento al diritto di rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente, si sofferma ulteriormente sul diritto di accesso, specificandone alcuni limiti. Invero, gli Stati membri possono decidere di non fornire, in tutto o in parte, le informazioni richieste dall'interessato, «conformemente alla legislazione nazionale, qualora tale limitazione risulti necessaria e proporzionata in una società democratica e tenuto in debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi dell'interessato»[40]. Segnatamente, gli Stati membri possono opporre una limitazione al diritto di accesso al fine di non ostacolare indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; non compromettere la prevenzione, l'accertamento, l'indagine o il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali; proteggere la sicurezza pubblica; tutelare la sicurezza nazionale oppure salvaguardare i diritti e le libertà altrui. In tali casi, allo Stato membro sono imposti una serie di obblighi: anzitutto, deve informare l'interessato, senza ingiustificato ritardo e per iscritto, della decisione di rifiutare o limitare l'accesso, indicando i motivi del provvedimento. Tuttavia, queste informazioni possono essere omesse se la loro comunicazione rischia di compromettere una delle finalità sopra elencate. Le autorità statali devono, inoltre, informare l'interessato della possibilità di proporre un reclamo ad un'autorità di controllo o di adire le vie giurisdizionali; devono essere, poi, precisati i motivi di fatto o di diritto su cui si basa la decisione di non fornire le informazioni all'interessato. Infine, lo Stato è tenuto ad informare l'interessato, non appena possibile e comunque entro i termini di cui all'art. 12, par. 3, del reg. (UE) 2016/679, del seguito dato all'esercizio dei diritti appena menzionati.

[38] *Ivi,* art. 53.

[39] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

[40] Art. 53, par. 3, regolamento (UE) 2018/1861.

In conclusione, a chiunque è riconosciuto il diritto di rivolgersi a qualsiasi autorità competente – inclusi gli organi giurisdizionali – in base alla legislazione di uno qualsiasi degli Stati membri, al fine di esercitare i propri diritti di accesso, rettifica, cancellazione, di ottenere informazioni o di richiedere un indennizzo in relazione a una segnalazione che lo riguardi. Gli Stati membri si impegnano reciprocamente a dare esecuzione alle decisioni definitive emesse dai giudici o dalle altre autorità indicate dal regolamento[41].

2.1. *Segnalazioni nel SIS per minaccia all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica o nazionale*

Diverse sono le questioni che possono emergere a causa di una segnalazione SIS inserita per minaccia all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica o nazionale. Alcune di queste verranno messe in luce tramite l'analisi di casi studio selezionati con l'obbiettivo, come già anticipato, di sottolineare come il quadro normativo di riferimento non sia in grado di fornire opportuni argini a prassi illegittime messe in atto da autorità nazionali.

Tali prassi raramente e difficilmente trovano accertamento e freno grazie a pronunce di organi giurisdizionali a causa della difficoltà di accedere a rimedi effettivi per le persone destinatarie di tali segnalazioni.

Come verrà meglio illustrato nelle pagine che seguono, segnalazioni SIS per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e nazionale possono avere ripercussioni decisive sul diritto al riconoscimento della protezione internazionale e risolversi in uno strumento di *refoulement* indiretto quando sono inserite in banca dati sulla base di informazioni provenienti da Paesi terzi attori delle persecuzioni (par. 2.1.1) [42].

Una segnalazione SIS, poi, può essere inserita strumentalmente dalle autorità nazionali per mettere in atto misure sanzionatorie nei confronti di attivisti e attiviste politiche, aprendo a questioni che toccano anche lo Stato di diritto (par. 2.1.2).

Infine, l'automatismo che, in alcuni ordinamenti nazionali, impone l'inserimento di una segnalazione SIS ogniqualvolta un cittadino di un Paese terzo ha eluso o tentato di eludere la normativa sull'ingresso e il soggiorno può dar vita a conseguenze paradossali per chi intende "regolarizzare" la propria posizione. In quest'ultimo caso, diversamente dai precedenti, la normativa in materia (segnatamente, il reg. 2018/1861) e i diritti ivi contenuti possono

[41] *Ivi,* art. 54.

[42] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 79.

rappresentare uno strumento utile a contenere disposizioni nazionali che prevedono simili automatismi (par. 2.1.3).

2.1.1. *L'utilizzo di informazioni provenienti da Stati terzi per l'inserimento di una segnalazione nel SIS e le ripercussioni sul diritto al riconoscimento della protezione internazionale*

Mohamed Dihani (M. D.) giungeva per la prima volta in Italia nel 2002, all'età di sedici anni, per ricongiungersi al padre; nell'agosto del 2007 presentava richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno per attesa occupazione e, nelle more del procedimento, il primo novembre 2008, si recava in Marocco a fare visita ai propri familiari. Qui giunto, M. D. – in ragione della sua attività di difensore dei diritti fondamentali del popolo saharawi – era vittima di plurimi atti di persecuzione, fino alla sparizione forzata e detenzione arbitraria. Negli stessi anni, in Marocco si instaurava un procedimento penale nei suoi confronti, all'esito del quale veniva condannato per terrorismo dalla Corte d'Appello di Rabat, data l'asserita partecipazione a un'associazione jihadista che avrebbe programmato il compimento di atti terroristici in Italia, in Danimarca e nello Stato Vaticano. A tal proposito, il Gruppo di Lavoro sulla Detenzione Arbitraria delle Nazioni Unite definiva «la detenzione e la condanna [del sig. Dihani] basate esclusivamente sulle confessioni ottenute sotto tortura e rese da un co-accusato, senza alcuna prova e indagine idonea a valutare la fondatezza delle accuse […] e pertanto contraria alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo»[43].

M. D. veniva rilasciato solo nel 2015 in condizioni di salute gravemente compromesse a causa delle torture subite, e bisognoso di cure specialistiche non disponibili in Marocco, ragion per cui richiedeva un visto d'ingresso per cure mediche in Italia. L'istanza, tuttavia, veniva respinta per via della presenza di una segnalazione nel SIS, registrata dalle autorità italiane per la prima volta nel 2010, «in base a informazioni acquisite nel contesto dell'attività del comparto intelligence» M. D. risultava essere «già dal 2008, un individuo legato a organizzazioni terroristiche responsabili della pianificazione di progettualità ostili nei confronti di obiettivi italiani»[44]. La segnalazione del gennaio 2010 veniva poi confermata nel 2019 e nel 2022, essendo stati «valutati ancora attuali i motivi che [facevano] ritenere lo straniero un rischio per la sicurezza»[45]. Sul punto, si voglia notare come le

[43] *Ibid*., p. 74.

[44] Tribunale ordinario di Roma ord. 15 luglio 2022, n. 15094/2022.

[45] *Ibid*.

ragioni su cui si basava la segnalazione non venivano portate a conoscenza del sig. M. D. in fase di rigetto dell'istanza di visto, bensì emergevano solo successivamente in fase di ricorso. Invero, M. D. «presentava una prima istanza di accesso ai documenti amministrativi alla Divisione N.SIS. del Ministero dell'Interno italiano, che la rigettava basandosi sulle previsioni che consentono di negare l'accesso ai documenti per motivi di ordine e sicurezza pubblica e ai fini della prevenzione e repressione della criminalità»[46].

Nel mentre, a causa del perseverare di atti di persecuzione posti in essere dalle autorità marocchine nei suoi confronti e impossibilitato a rientrare in Italia a causa della segnalazione presente nel SIS, M. D. – supportato da Amnesty International Italia – fuggiva in Tunisia, in quanto necessitava di assistenza psichiatrica prolungata e cure urologiche. Anche qui, tuttavia, subiva intimidazioni da parte delle autorità tunisine[47].

Pertanto, M. D. depositava «un'istanza di accesso ai dati personali contenuti nel SIS, domandando altresì la cancellazione degli stessi in quanto ritenuti espressione delle persecuzioni […] patite»[48] e, contestualmente, chiedeva che venisse riconosciuto – per via giudiziaria – il diritto all'ingresso in Italia per poter presentare domanda di protezione internazionale o complementare.

Sotto il primo profilo, «la Divisione N.SIS, limitandosi a indicare che questi risultava segnalato poiché ritenuto una minaccia per la sicurezza nazionale, respingeva […] tale istanza, fondandosi ancora una volta su previsioni legislative che in simili casi consentono di escludere il diritto di accesso. Il reclamo proposto al Garante per la protezione dei dati personali avverso tale decisione non riceveva alcun riscontro, rendendosi così necessaria la proposizione di un ricorso dinanzi al Tribunale ordinario di Roma»[49].

Per quanto concerne, poi, l'accertamento del diritto di M. D. a presentare istanza di protezione internazionale o complementare in Italia, veniva presentato ricorso *ex* art 700 c.p.c. al Tribunale di Roma che definiva illegittima la segnalazione SIS[50], dichiarava il diritto di M.D. a presentare domanda di protezione internazionale in Italia e ordinava alle

[46] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 75.

[47] Tribunale ordinario di Roma ord. 15 luglio 2022, n. 15094/2022.

[48] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 75.

[49] *Ibid.*

[50] Tribunale ordinario di Roma ord. 24 maggio 2022, n. 15094/2022 e ord. 15 luglio 2022, n. 15094/2022, p. 4-5.

amministrazioni competenti di emanare tutti gli atti ritenuti necessari a consentire il suo immediato ingresso nel territorio dello Stato italiano[51].

Arrivato in Italia a luglio del 2022 grazie a tali decisioni, Dihani presentava immediatamente domanda di protezione internazionale che, tuttavia, veniva rigettata dalla autorità amministrativa competente sulla base della provenienza da un Paese designato di origine sicuro e della pericolosità per la sicurezza nazionale del richiedente asilo, desunta dalla segnalazione SIS. Avverso tale provvedimento, Dihani proponeva ricorso al Tribunale di Roma che, nel settembre 2024, gli riconosceva lo *status* di rifugiato[52]. Tale sentenza, tuttavia, veniva impugnata dal Ministero dell'Interno in Cassazione. Quest'ultima, con ordinanza del 15 agosto 2025, rigettava il ricorso, sostenendo che l'accoglimento definitivo della domanda di cancellazione integrale dei dati personali relativi alla segnalazione SIS, determinato dalla sua precedente decisione n. 1491/2025, destituisse di fondamento la doglianza del Ministero relativa la sussistenza di una clausola di esclusione dello *status* di rifugiato per la presunta pericolosità del sig. Dihani.

Per vero, con riguardo all'appena citata decisione n. 1491/2025, a fronte del rifiuto della Divisione N.SIS. di accedere ai dati personali contenuti nel SIS e di cancellare gli stessi, e constatato che il reclamo proposto al Garante avverso tale decisione non aveva ricevuto alcun riscontro, M. D. presentava ricorso al Tribunale ordinario di Roma[53] che dichiarava illegittima la segnalazione SIS e ne ordinava la cancellazione[54]. Eppure, anche questa decisione veniva impugnata dal Ministero dell'Interno in Cassazione che, per l'appunto, con sentenza n. 1491/2025, rigettava il ricorso[55]. Precisamente, con tale decisione la Corte di Cassazione confermava non soltanto il diritto di M. D. di accedere ai dati contenuti nel SIS, ma anche l'illegittimità degli stessi e l'obbligo di una loro cancellazione, rimandando la competenza al Garante per la protezione dei dati personali.

Diverse sono le riflessioni che si possono svolgere alla luce del caso appena illustrato.

[51] Le due ordinanze del Tribunale ordinario di Roma, pubblicate rispettivamente il 24 maggio e il 15 luglio 2022, sono consultabili sul portale "Melting Pot Europa": https://www.meltingpot.org/2022/09/ordinatolingresso-di-un-attivista-saharawi-al-fine-di-domandare-asilo-in-italia/.

[52] Altreconomia, *L'Italia riconosce finalmente lo status di rifugiato all'attivista saharawi Mohamed Dihani,* 23 settembre 2024, in: https://altreconomia.it/litalia-riconosce-finalmente-lo-status-di-rifugiato-allattivista-saharawi-mohamed-dihani/.

[53] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 75.

[54] Tribunale ordinario di Roma sent. del 3-5 ottobre 2023, n. 14074/2023.

[55] Cass. ord. del 15 agosto 2025, n. 22802/2024, p. 5.

Anzitutto, una segnalazione SIS ai sensi dell'art. 24 reg. 2018/1861 può avere determinanti ripercussioni sul diritto al riconoscimento della protezione internazionale, sia perché può venire considerato preminente l'interesse alla sicurezza nazionale sul diritto di asilo della persona segnalata, sia perché l'*alert* nella banca dati può essere strumentalmente usato come elemento a sostegno della sussistenza di una causa di esclusione dallo *status* di rifugiato.

Il caso di M. D., poi, sollecita alcune riflessioni in merito all'effettività dei diritti, ripetutamente negati, di accesso, rettifica di dati inesatti e cancellazione di dati archiviati illecitamente nel SIS. Sotto questo profilo il caso di M. D. non è isolato: secondo le statistiche inviate dagli Stati membri ai sensi del considerando 15 del reg. 2018/1861, le richieste individuali di accesso ai dati contenuti nel SIS hanno avuto esito positivo in media nel 65% dei casi. Tuttavia, scorporando i dati per Stato membro, pare d'interesse riportare le statistiche inviate dal nostro Garante per la protezione dei dati personali, secondo cui, tra il 7 marzo e il 31 dicembre 2023, nel 100% dei casi le competenti autorità italiane hanno fornito una risposta negativa a tutte le richieste di accesso ricevute. Specificamente, è stato negato l'accesso a 4.250 richieste inviate ai sensi del reg. 2018/1861. In 373 di questi casi è stato presentato reclamo al Garante per la protezione dei dati personali, reclamo che non è mai sfociato in una decisione di accoglimento[56].

Come già anticipato *supra,* il regolamento assicura, in via generale, il diritto di accesso alle informazioni contenute nel SIS; al contempo, concede agli Stati membri la possibilità decidere di non fornire informazioni all'interessato, in tutto o in parte, in casi tassativi[57] (ad esempio, per proteggere la sicurezza nazionale) ed in conformità della legislazione nazionale. La normativa dell'UE, dunque, prevede un contemperamento del diritto di accesso al fascicolo (corollario del diritto di difesa) a fronte della tutala di interessi dello Stato correlati, ad esempio, alla sicurezza nazionale. Tale conciliazione può portare ad una compressione del diritto di accesso solo qualora la divulgazione di tali elementi sia suscettibile di compromettere in maniera *diretta e particolare* la sicurezza nazionale dello Stato membro (in quanto mette in pericolo la vita, la salute o la libertà di persone) o svelare metodi di indagine specificamente utilizzati da organi incaricati di funzioni specializzate connesse alla sicurezza nazionale e, in tal modo, ostacolare

[56] Garante per la protezione dei dati personali, in https://www.statewatch.org/media/4824/italy.pdf.

[57] L'accesso può essere negato nei casi elencati dall'art. 53, par. 3, da lett. a) a lett. e), regolamento (UE) 2018/1861.

seriamente, o addirittura impedire, il futuro espletamento dei compiti di tali organi[58].

Inoltre, tale ponderazione non può privare di qualsiasi effettività i diritti di difesa della persona interessata né svuotare del suo contenuto il diritto di ricorso, segnatamente non comunicando a detta persona, o al suo consulente, almeno il contenuto essenziale della motivazione su cui si basa la decisione presa e gli elementi determinanti inseriti nel fascicolo[59].

Ai sensi dell'art. 53 del reg. 2018/1861, qualora, poi, le competenti autorità decidano di non fornire informazioni, devono comunque informare l'interessato, senza ingiustificato ritardo e per iscritto, dei motivi del rifiuto o della limitazione.[60] Tuttavia, questo obbligo non solo non è stato rispettato nel caso poco *supra* analizzato[61] ma, più in generale, sembra che la maggior parte degli Stati tenda a non fornire tali motivazioni, limitandosi ad un rifiuto di accedere ai dati redatto in termini generici[62].

L'importanza di garantire effettività al diritto di accesso (e, quindi, di rettifica di dati inesatti e cancellazione dei dati archiviati illecitamente) risulta ancor più evidente se si tiene a mente che, sebbene le informazioni contenute all'interno del SIS sono inserite esclusivamente dalle autorità di uno Stato membro, queste possono basarsi anche su informazioni provenienti da Paesi terzi. Ciò, di fatto, come nel caso del sig. M. D., può risolversi in uno strumento di *refoulement* mascherato. Per vero, come già osservato da altre[63], mediante una segnalazione SIS, basata su informazioni *undisclosed* e fornite dal Paese autore delle persecuzioni, si impedisce alla persona che ha subito tali persecuzioni di entrare nel territorio degli Stati Schengen per presentare domanda di protezione internazionale.

Vero è che il rischio che vengano inseriti *alerts* sulla base di indicazioni di Paesi terzi ove è impedito l'esercizio di diritti fondamentali e libertà democratiche, e/o che sono essi stessi agenti di persecuzione dovrebbe esser

[58] Corte giust. 22 settembre 2022, C-159/21, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság and Others*.

[59] *Ivi*, punti 50-53.

[60] Corte giust. 15 dicembre 2023, C-333/22, *Ligue des droits humains*, punto 70.

[61] Tribunale ordinario di Roma ord. 15 luglio 2022, n. 15094/2022: a fronte di una specifica richiesta formulata dal Tribunale al Ministero degli Interni sulla natura e le ragioni della segnalazione e le fonti sulle quali si basava, «nessuna risposta soddisfacente è stata fornita, limitandosi il Ministero ad affermare che la segnalazione era fondata su corrispondenza qualificata come riservata» e nessun documento è stato depositato in giudizio».

[62] Statewatch, *Italy: The End of the Systematic Denial of Data Protection Rights?* , 4 marzo 2025, in: https://www.statewatch.org/analyses/2025/italy-the-end-of-the-systematic-denial-of-data-protection-rights/.

[63] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit*., p. 79

arginato da quanto previsto dall'art. 21[64] e dall'art. 24, par., 1 lett. a)[65], del reg. 2018/1861. Queste disposizioni prevedono, rispettivamente che, prima di inserire una segnalazione, lo Stato membro *i)* verifichi se l'adeguatezza, la pertinenza e l'importanza del caso giustificano la segnalazione *ii)* svolga un esame individuale, comprendente anche una valutazione delle circostanze personali della persona interessata.

Ciononostante, di fatto, tali obblighi non sono stati utili né ad arginare l'inserimento di una segnalazione basata su informazioni derivanti dallo Stato attore della persecuzione, né a delimitare un uso del SIS a fini politici (si veda subito *infra* par. 2.1.2).

2.1.2. *Segnalazioni nel SIS per scopi politici*

Lyudmyla Kozlovska (L. K.), cittadina ucraina, è presidente di una fondazione polacca impegnata principalmente nella difesa dei diritti umani e nel rafforzamento dello Stato di diritto nei Paesi c.d. post-sovietici. Grazie alla sua attività per il tramite della fondazione, L. K. conduceva diverse campagne criticando il governo polacco – guidato, dal 2015 ad ottobre 2023, dal partito Diritto e Giustizia. Il 1° marzo 2018, L. K., che viveva in Polonia da oltre dieci anni, presentava domanda per ottenere lo *status* di residente di lungo periodo. Poco dopo, il 13 dicembre 2018, a seguito di un controllo passaporti presso l'aeroporto di Bruxelles, veniva arrestata sulla base di una segnalazione SIS inserita dalla Polonia[66] per motivi di sicurezza nazionale[67]. Le autorità di frontiera belghe procedevano, quindi, ad espellere L. K. verso Kiev[68].

[64] Ai sensi dell'art. 21, prima di inserire una segnalazione nel SIS, gli Stati membri sono tenuti a verificare se l'adeguatezza, la pertinenza e l'importanza del caso giustificano la segnalazione nel SIS. Tale requisito di proporzionalità non si applica tuttavia alle segnalazioni SIS relative a reati di terrorismo, in quanto queste segnalazioni sono di per sé considerate «adeguate, pertinenti e sufficientemente importanti».

[65] Ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. a), le segnalazioni SIS devono basarsi su una valutazione individuale comprendente anche una valutazione delle circostanze personali del cittadino di paese terzo interessato e delle conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno.

[66] E. Brouwer, *Schengen Entry Bans for Political Reasons? The Case of Lyudmyla Kozlovska*, in V*erfassungsblog*, 30 agosto 2018.

[67] Voivodship Administrative Court, Judgement, Case file no. IV SA/Wa 2067/23, in: https://en.odfoundation.eu/content/uploads/2023/01/sworn_translation_1_2023_kozlovska_l_judgment_with_statement.pdf.

[68] Art. 6, par. 1, lett. d), Codice frontiere Schengen; art. 32, lett. a) (v), Codice visti; art. 5, comma 1, lett. d), Convenzione di attuazione dell'Accordo di Schengen.

Il 31 agosto 2018, L.K. richiedeva alle autorità polacche la cancellazione della segnalazione dal SIS. Queste si rifiutavano di procedere in tal senso, emettendo una decisione di non cancellazione e confermando tale posizione anche a seguito di un ricorso per il riesame del caso. L. K. si rivolgeva, dunque, alla *Voivodship Administrative Court* di Varsavia che, nell'aprile 2019, revocava entrambe le precedenti decisioni di non cancellazione, chiedendo all'autorità competente di riesaminare il caso[69].

Dagli atti del giudizio emergeva come, secondo l'autorità polacca, l'inserimento nel SIS era necessario per motivi di sicurezza nazionale. Tuttavia, come nel caso Dihani, l'autorità polacca si rifiutava di fornire a L. K. informazioni riguardanti i motivi che giustificavano l'inserimento nel SIS, in quanto classificate come segrete.

Dando seguito all'ordinanza della *Voivodship Administrative Court*, con una decisione del 9 gennaio 2020, confermata dalla decisione sul riesame del 30 aprile 2020, le autorità polacche riesaminavano il caso e rifiutavano nuovamente la cancellazione della segnalazione.

Nonostante tale rifiuto, durante la pendenza dei procedimenti, il Belgio rilasciava a L. K. un permesso di soggiorno per lungo periodo. Così, il 13 giugno 2019, veniva cancellata la segnalazione SIS, in applicazione Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen[70] e dell'art. 27, lett. f), del reg. 2018/1861.

Si voglia notare che, prima del rilascio del titolo di soggiorno, benché il Belgio avesse avviato la procedura prevista dall'art. 25, par. 1, primo capoverso, reg. 2018/1861, consultando preliminarmente e tenendo conto degli interessi della Polonia, quest'ultima non metteva a disposizione dei funzionari belgi, nonostante le ripetute richieste, il fascicolo di L. K.[71].

Come evidenziato anche dalla Commissione per gli Affari legali e i diritti umani dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[72], il caso appena illustrato è tutt'altro che isolato.

Invero, nel novembre 2017, le autorità polacche segnalavano nel SIS Svyatoslav Sheremeta, politologo e funzionario pubblico ucraino che si

[69] Voivodship Administrative Court, Judgement 16 Aprile 2019, Case file no. IV SA/Wa 521/19.

[70] Voivodship Administrative Court, Judgement, Case file no. IV SA/Wa 2067/23, cit..

[71] *Ibid.* «[…] Poland did not make the Complainant's classified file available to the Belgian officials despite repeated requests and assertions by the Belgian officials that, if the classified material would have supported the refusal to grant the right of residence to the Complainant in Belgium, it would have been made available».

[72] Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Misuse of the Schengen Information System by Council of Europe Member States as a Politically-motivated Sanction*, *cit.,* parte b), par. 2, Issues at stake.

occupa di questioni relative alla memoria storica, accusato di essere "anti-polacco". Conseguentemente, pur in possesso di un visto Schengen tedesco, gli veniva negato l'ingresso in Polonia. Alcune settimane dopo, nonostante la segnalazione, la Germania consentiva l'ingresso[73].

Ancora, nell'aprile 2019, l'Estonia emetteva un divieto di ingresso nello spazio Schengen della durata di cinque anni nei confronti di due giornalisti del canale televisivo Russia-1 dopo che questi avevano utilizzato telecamere nascoste per riprendere alcuni membri della comunità dei Testimoni di Geova a Tallinn. Le autorità ritenevano che «le azioni dei giornalisti fossero volte a deridere questo gruppo religioso e costituissero una discriminazione religiosa che sarebbe potuta sfociare in incitamento all'odio»[74].

Più recentemente, nell'ottobre 2023, Muhammad Rabbani, di nazionalità britannica e direttore del gruppo di attivisti Cage, ha affermato di essere stato espulso dalla Polonia (dove doveva tenere un intervento ad una conferenza organizzata dall'OCSE) verso il Regno Unito su richiesta delle autorità francesi. A luglio dello stesso anno, Rabbani veniva espulso dalla Francia[75]. L'espulsione, anche in questo caso, sembrerebbe derivare da una segnalazione SIS inserita dalla Francia. Invero, in un documento del 31 ottobre 2022, il Ministero degli interni francese dichiarava: «given the particularly high terrorist threat, his presence on national territory would constitute a serious threat to public order and the internal security of France»[76].

Tra fine aprile ed inizio maggio 2024, al chirurgo palestinese Ghassan Abu Sitta veniva negato l'ingresso in Germania, Francia e Paesi Bassi sulla base di una segnalazione SIS inserita dalla Germania ai sensi del reg. 1861/2024[77]. Tuttavia, a seguito di un ricorso d'urgenza, già a metà maggio il tribunale amministrativo di Potsdam, accertato che la polizia federale non aveva fornito alcuna motivazione in base all'art. 24 del reg. 2018/1861 – e

[73] *Ibid.*

[74] *Ibid.*

[75] The Guardian, *Cage Director Banned from France as 'Threat to Public Order',* 16 luglio 2023, in https://www.theguardian.com/news/2023/jul/16/cage-director-banned-from-france-as-threat-to-public-order.

[76] The Guardian, *UK Campaign Group Chief Says Poland Deported him at France's Request,* 3 ottobre 2023, in https://www.theguardian.com/news/2023/oct/03/cage-uk-director-muhammad-rabbani-claims-deportation-from-poland-at-france-request.

[77] Middle East Eye, *Palestinian Surgeon Ghassan Abu-Sittah's Schengen-wide Travel Ban Overturned,* 14 maggio 2024, in https://www.middleeasteye.net/news/palestinian-surgeon-ghassan-abu-sittas-schengen-wide-travel-ban-overturned; Human Rights Watch, *Germany: British-Palestinian Doctor Denied Schengen Entry,* 10 maggio 2024, in https://www.hrw.org/news/2024/05/10/germany-british-palestinian-doctor-denied-schengen-entry.

che, quindi, l'inserimento di Ghassan Abu Sittah nel SIS non aveva alcun fondamento giuridico – dichiarava che tale inserimento doveva essere immediatamente revocato.

L'utilizzo del SIS come strumento sanzionatorio fondato su ragioni politiche solleva preoccupazioni in merito alla tutela di diritti fondamentali quali il diritto alla libera circolazione, ad un ricorso effettivo, alla libertà di espressione[78] e al rispetto della vita privata e familiare. Il SIS non dovrebbe in nessun caso essere impiegato in modo improprio per negare a cittadini di Paesi terzi l'accesso allo spazio Schengen per motivi che violano la normativa dell'Unione.

Per arginare tale utilizzo distorto appare quanto più necessario assicurare il diritto di accesso alle informazioni su cui si basa la segnalazione che, anche nei casi appena *supra* descritti – come in quello del sig. Dihani – risulta violato. Segnatamente, nel caso della sig.ra Kozlovska, la Polonia non condivideva tali informazioni neppure con il Belgio ai fini delle consultazioni preliminari previste ai sensi dell'art. 25, par. 1, comma 1, della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e dell'art. 27, lett. f), del reg. 2018/1861.

Ancor più, dovrebbero essere a disposizione delle parti rimedi giurisdizionali effettivi. Ciò ha garantito, ad esempio nel caso del sig. Abu Sittah, la cancellazione della segnalazione SIS in tempi relativamente brevi. Diversamente, essendo la cancellazione della segnalazione SIS subordinata all'annullamento, da parte dell'autorità che l'ha emessa, della decisione su cui si basa la stessa[79], nel caso di L. K. i rimedi giurisdizionali aditi non hanno permesso altrettanta celerità. Tant'è vero che la Polonia cancellava l'*alert* in quanto a L.K. veniva rilasciato un permesso per lungo soggiorno dal Belgio[80]. Se l'interessata non avesse ottenuto un tale permesso, probabilmente la richiesta di cancellazione della segnalazione SIS – risalente

[78] Si rimanda alla Risoluzione 1894 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *The Inadmissibility of Restrictions on Freedom of Movement as Punishment for Political Positions*, del 29 giugno 2012, in https://pace.coe.int/en/files/18961, che si sofferma sul collegamento tra libertà di movimento e libertà di espressione e precisa che: «[…] freedom of movement should not be restricted as a sanction for the expression of peacefully held political opinions» e che le segnalazioni inserite nel SIS non devono essere utilizzate in modo improprio per negare a persone che non sono cittadini di uno Stato membro dell'UE l'accesso allo spazio Schengen come punizione per aver espresso tali opinioni.

[79] Art. 40, regolamento (UE) 2018/1861.

[80] Art. 25, Convenzione di applicazione dell'accordo Schengen e art. 27, lett. f), regolamento (UE) 2018/1861.

al 31 agosto 2018 – non avrebbe ricevuto riscontro fino alla decisione del tribunale amministrativo di Varsavia del 28 novembre 2023[81].

2.1.3. *Segnalazioni nel SIS per elusione della normativa sull'ingresso e soggiorno negli Stati membri*[82]*: l'automatismo ostativo alla valutazione dell'istanza di emersione*

Il Consiglio di Stato, il 5 maggio 2025, in un procedimento relativo al diniego di un'istanza di regolarizzazione a causa di una segnalazione SIS, sollevava un quesito di legittimità costituzionale su cui la Consulta si è recentemente pronunciata con sentenza n. 6/2026[83].

Secondo i fatti di causa, il 9 maggio 2023 la Questura di Salerno emetteva un provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 103 del D.L. 34/2020 del sig. X.

Questa disposizione ha introdotto nell'ordinamento italiano due diverse ipotesi di regolarizzazione, di cui una consentiva ai datori di lavoro di presentare un'istanza per la stipula di un contratto di lavoro subordinato con uno straniero presente sul territorio nazionale, ovvero l'emersione di un rapporto di lavoro irregolare già in essere al 19 maggio 2020 con un cittadino straniero. In entrambi i casi, gli stranieri dovevano dimostrare di essere presenti in Italia prima dell'8 marzo 2020[84].

La decisione della Questura di non rilasciare questa tipologia di permesso al sig. X si basava sull'esistenza di un motivo ostativo all'accoglimento della

[81] La sig.ra Kozlovska, invero, rimane iscritta negli elenchi nazionali delle persone segnalate (ai sensi dell'art. 435(1)(4) dell'*Act on Foreigners*). Per la cancellazione di tale segnalazione si susseguivano tutta una serie di richieste, da parte di K. all'amministrazione, a cui seguivano sentenze dei competenti tribunali nazionali che revocavano le decisioni dell'amministrazione e fornivano indicazioni su come precedere nel caso. Tuttavia, tali decisioni rimanevano ineseguite fino alla sentenza del 28 novembre 2023 (Case file no. IV SA/Wa 2067/23, *cit.*). Con quest'ultima decisione il Tribunale amministrativo di Varsavia, osservando che il caso era già stato sottoposto più volte a controllo giurisdizionale e sostenendo pienamente il contenuto delle sentenze precedenti, stabiliva che il divieto di ingresso violava la legge in misura tale da doverlo revocare. Mentre tutte le sentenze precedenti erano favorevoli a K. ma si limitavano a rinviare il caso per un riesame da parte delle autorità statali, diversamente, con questa decisione la Corte non solo revoca le decisioni dell'autorità di non cancellare K. dalla lista nazionale, ma ordina direttamente la revoca del divieto di ingresso in quanto motivato da ragioni politiche.

[82] Art. 24, par. 1, lett. a), letto in combinato disposto con art. 24, par. 2, lett. c), regolamento (UE) 2018/1861.

[83] Cons. Stato ord. 5 maggio 2025, n. 108. Corte Cost. sent. 2 dicembre 2025, n. 6/2026.

[84] W. Chiaromonte, M. D'Onghia, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria, genesi, finalità e limiti*, in *DIC,* n. 3, 2020.

stessa, rappresentato da una segnalazione nella banca dati SIS, inserita dalle autorità francesi l'8 dicembre 2022 per motivi di ingresso irregolare in Francia[85]. Al tempo, tuttavia, il sig. X era già "regolare" in Italia, avendo inviato istanza di emersione nel 2020 (a mezzo del proprio datore di lavoro) e concluso il contratto di soggiorno il 14 luglio 2022.

Il provvedimento di rigetto della Questura veniva adottato ai sensi dell'art. 103, comma 10, lett. b), del D.L. 34/2020, secondo cui dovevano esser esclusi dalla possibilità di emersione i cittadini stranieri «segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore per l'Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato»[86]. Tale ipotesi – diversamente da quella prevista dalla lett. d) della stessa disposizione – rappresenta un automatismo ostativo che non permette alcuna valutazione in concreto della pericolosità o meno del cittadino straniero che potrebbe essere allontanato unicamente per aver fatto ingresso nel territorio sprovvisto di visto, pur non avendo commesso reati[87].

Il sig. X, quindi, impugnava il decreto della Questura davanti al TAR della Campania. Il giudice, tuttavia, respingeva il ricorso in quanto il rigetto dell'istanza di emersione derivava dall'esistenza di una segnalazione SIS e «la giurisprudenza assolutamente prevalente è nel senso della insindacabilità in sede giurisdizionale del reale rilievo ostativo di una simile segnalazione»[88].

A fronte di tale decisione, il sig. X presentava ricorso al Consiglio di Stato che, il 5 maggio 2025, sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 10, lett. b), del DL 34/2020, con riferimento agli artt. 3, 11 e 117 della Costituzione (quest'ultimi in relazione all'art. 25 della Convenzione Schengen e agli artt. 21, 24 e da 27 a 30 del regolamento (UE) 2018/1861), nella parte in cui prevede l'automatismo ostativo della segnalazione Schengen rispetto alla valutazione dell'istanza di emersione, precludendo all'amministrazione la verifica in concreto della pericolosità e comunque la sussistenza dei requisiti per l'accoglimento o meno della stessa.

Secondo il giudice del rinvio, avuto riguardo alla tipologia di permesso di soggiorno di cui il ricorrente richiedeva il rilascio, l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato – su cui si fondava la segnalazione SIS – costituiva uno degli *elementi costitutivi* della fattispecie oggetto di giudizio, essendo la finalità della normativa proprio quella di regolarizzare tale condizione, in presenza di un rapporto di lavoro avente le condizioni minimali stabilite

[85] Segnalazione inserita ai sensi dell'art. 24, par. 1, lett. a), letto in combinato disposto con art. 24, par. 2, lett. c), regolamento (UE) 2018/1861.

[86] Art. 103, co. 10, lett. b), del D.L. n. 34/2020.

[87] Cons. Stato ord. 5 maggio 2025, n. 108, p. 2/3, p. 10.

[88] *Ivi*, p. 2/3.

dalla stessa, e in assenza di pericoli per la sicurezza pubblica. In tal guisa, si creerebbe un irragionevole conflitto logico che frustra le finalità stesse della normativa in esame, innescando un evidente corto circuito fra presupposti della fattispecie e fattori impeditivi, in quanto si impedisce ad un soggetto entrato irregolarmente in un Paese aderente alla Convenzione di Schengen di ottenere in Italia la regolarizzazione della propria posizione, che è invece la finalità della normativa in questione[89].

Con sentenza n. 6 del 2026 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 103, comma 10, lett. b), del D.L. n. 34/2020 nella parte in cui non ammette alle procedure di regolarizzazione i cittadini stranieri che risultino segnalati nel SIS per il solo fatto di non avere osservato le regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno.

In base a quanto fin qui illustrato, seguono alcune considerazioni. Anzitutto, come nei casi *supra* riportati, le ragioni per cui era stata inserita la segnalazione Schengen ostativa all'istanza del cittadino straniero non erano evincibili dal provvedimento amministrativo impugnato dallo stesso. Peraltro, non venivano eseguite (o, comunque, non in modo soddisfacente) le tre ordinanze adottate dal Consiglio di Stato[90] con le quali lo stesso chiedeva alla Questura di Salerno «chiarimenti relativi alla segnalazione Schengen […], con particolare riferimento ai fatti cui la stessa si riferi[va]». Anche nel caso di M. D. la giudice del Tribunale ordinario di Roma aveva chiesto di spiegare la natura e le ragioni della segnalazione e le fonti sulle quali si basava «ma nessuna risposta soddisfacente [veniva] fornita, limitandosi il Ministero ad affermare che la segnalazione era fondata su una corrispondenza qualificata come riservata» e nessun documento veniva depositato in giudizio.

Ciò, lo si ripete, costituisce una violazione di quanto previsto dall'art. 53 del regolamento 2018/1861 che, pur prevedendo la possibilità per gli Stati membri, a determinate condizioni, di non fornire informazioni all'interessato, richiede che lo stesso sia comunque informato sui motivi del rifiuto.

Sotto altri profili, invece, diversamente dai casi *supra* illustrati, il caso di specie, non mostra solo i limiti applicativi della normativa in esame (reg.

[89] Si voglia notare come un orientamento giurisprudenziale minoritario ritiene, invece, che non sussista un automatismo tra segnalazione Schengen per ingresso irregolare e rigetto dell'istanza di emersione. Si veda: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 maggio 2024, n. 1584. Inoltre, in un caso simile, a fronte di un rigetto della richiesta di emersione a causa di una segnalazione nel SIS per un tentativo di ingresso non autorizzato in Grecia, il TAR aveva invece accolto il ricorso in quanto «la segnalazione [era] stata effettuata per motivi di ingresso irregolare nello Stato segnalante e quindi non [era] conseguita alla commissione di fatti penalmente rilevanti o ostativi secondo la normativa pattizia al rilascio del titolo di soggiorno […]», in https://www.eius.it/giurisprudenza/2021/632.

[90] Cons. Stato ord. n. 459/2024, n. 2344/2024, n. 2733/2024.

2018/1861) ma ne illustra anche le potenzialità. L'art. 103, comma 10, lettera b), per vero, prevedeva un automatismo ostativo che non permetteva alcuna valutazione in concreto, ponendosi in contrasto con la normativa dell'UE, la quale fornisce strumenti utili ad impedire il crearsi di una simile situazione. Come sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale, rilevano, in particolare, l'art. 21 e l'art. 24, par. 1, lett. a), del regolamento 2018/1861, i quali disciplinano, rispettivamente, il principio di proporzionalità e l'obbligo di una valutazione individuale comprendente anche una valutazione delle circostanze personali del cittadino di Paese terzo interessato, e le conseguenze di un respingimento e di un rifiuto di soggiorno. Sebbene questi due articoli facciano riferimento a oneri gravanti sullo Stato membro segnalante (nel caso di specie la Francia), non è da escludere la loro applicazione anche allo Stato membro che deve esaminare la possibilità di rilasciare un permesso di soggiorno ad un cittadino di Paese terzo destinatario di una segnalazione ai sensi del reg 2018/1861.

Peraltro, l'art. 27 del reg. 2018/1861 disciplina una sorta di procedura di consultazione tra lo Stato membro che intende rilasciare un permesso di soggiorno ad una persona segnalata nel SIS e lo Stato membro che ha proceduto a segnalare, quella stessa persona, nella banca dati di cui si tratta. Qualora il primo, dopo tale consultazione, decida di rilasciare il permesso di soggiorno, il secondo sarà tenuto a cancellare l'*alert*. Perciò, una segnalazione SIS ai sensi del diritto dell'UE non comporta un automatismo ostativo al rilascio del permesso di soggiorno né, tanto meno, una insindacabilità della segnalazione. Similmente, come già detto *supra,* anche l'art. 25 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen non attribuisce valore ostativo assoluto alla segnalazione ai fini del rilascio di un permesso di soggiorno.

Ciò premesso, seppur solo incidentalmente, ci si interroga sull'opportunità di sollevare una questione di legittimità costituzionale anziché procedere a disapplicazione per contrarietà della normativa nazionale con la summenzionata normativa di diritto dell'Unione; tutt'al più, dato che la questione si è posta di fronte al Consiglio di Stato, giudice di ultima istanza che, in assenza delle condizioni *Cilfit*, ha l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia, il giudice nazionale avrebbe potuto (*rectius* dovuto) sollevare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di giustizia. La scelta intrapresa, tuttavia, non stupisce, vista l'impostazione della nostra Corte Costituzionale – a partire dall'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017

fino a giungere alle più recenti pronunce del 2024[91] e 2025[92] – «che mira a preservare la centralità domestica del controllo di costituzionalità, anche a costo di incrinare la coerenza del dialogo tra le Corti»[93]. Ancora una volta, in tal modo, è in discussione la garanzia della uniforme applicazione del diritto UE in tutti gli Stati membri, per il tramite di una pronuncia *erga omnes* della Corte di giustizia, e altresì della immediatezza della tutela delle posizioni giuridiche dei singoli derivanti dal diritto dell'Unione, per il tramite della disapplicazione[94].

2.2. *La segnalazione nel SIS per divieto di ingresso (reg. 2018/1861): rinvio*

Come anticipato in apertura del contributo, secondo il reg. 2018/1861 gli Stati membri inseriscono una segnalazione non solo per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica o nazionale (ipotesi sin qui esaminata), ma anche quando lo Stato membro ha emesso, nei confronti di un cittadino di Paese terzo, un divieto d'ingresso secondo procedure conformi alla c.d. direttiva rimpatri 2008/115[95]. Con "divieto d'ingresso" s'intende una decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio[96].

[91] Corte cost. sent.12 febbraio 2024, n. 15 e Corte cost. sent. 19 novembre 2024, n. 181.

[92] Corte cost. sent. 3 gennaio 2025, n. 1.; Corte cost. sent. 4 febbraio 2025, n. 7 e Corte cost. ord. 20 febbraio 2025, n. 21.

[93] C. Amalfitano, "*Tono costituzionale": formalmente conciliante, sostanzialmente preoccupante. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza costituzionale n. 31/2025*, in *RCE*, n. 1, 2025; R.G. Contini, *Tono costituzionale e certezza del diritto: in memoria dell'interpretazione conforme al diritto UE*, in *RCE*, Fascicolo Speciale, 2025. Si veda anche: C. Favilli, *La possibile convivenza tra disapplicazione e questione di legittimità costituzionale dopo la sentenza n. 15 del 2024 del giudice delle leggi*, in *RCE*, n. 1, 2024; C. Pinelli, *Il rinvio pregiudiziale nel quadro della giurisprudenza costituzionale sul trattamento di leggi confliggenti col diritto UE direttamente applicabile*, in *Giustizia Insieme*, 2025; R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 1, 2025, p. 133 ss.; L.S. Rossi, *Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2025.

[94] C. Amalfitano, *op. cit*.

[95] Art. 24, par. 1, lett. b), direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

[96] Art. 3, n. 6), direttiva 2008/115/CE.

Questa segnalazione nel SIS viene inserita *ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno* e fa sì che il divieto di ingresso valga per tutto il territorio Schengen[97].

Inoltre, gli Stati membri, a seguito di una decisione di rimpatrio, debbono inserire immediatamente una segnalazione nel SIS ai sensi del reg. 2018/1860, *allo scopo di verificare l'adempimento dell'obbligo di rimpatrio e di essere di ausilio nell'esecuzione delle decisioni di rimpatrio*.

Benché, quindi, il fine di tali segnalazioni (*ex* reg. 2018/1860 e 2018/1861) sia differente, queste verranno trattate congiuntamente nel paragrafo successivo poiché le decisioni di rimpatrio sono corredate di un divieto d'ingresso ogniqualvolta non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure qualora non sia stato ottemperato l'obbligo di rimpatrio. Gli Stati membri, ai sensi della direttiva rimpatri, sono poi liberi di definire altre ipotesi all'avversarsi delle quali le decisioni di rimpatrio possono essere corredate dal divieto d'ingresso[98].

Da dati risalenti al 2017, risulta che la maggior parte degli Stati membri applica un divieto di ingresso nei due casi appena menzionati, mentre quattro Stati membri, tra cui l'Italia, applicano automaticamente un divieto di ingresso a tutte le decisioni di rimpatrio[99].

Ai sensi della direttiva rimpatri, la durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera, di norma, i cinque anni. Può comunque superare questo termine se il cittadino di un Paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale[100].

3. *La segnalazione nel SIS a seguito di una decisione di rimpatrio (reg. 2018/1860) ed emissione di un divieto d'ingresso (reg. 2018/1861)*

Ogni qualvolta un cittadino di Paese terzo è destinatario di una decisione di rimpatrio, questo verrà segnalato nel SIS secondo quanto previsto dal reg. 2018/1860. Se, poi, alla decisione di rimpatrio è annesso un divieto di reingresso – il che, come appena visto, avviene nella maggior parte dei casi – la persona dovrà essere segnalata nel SIS anche ai sensi del reg. 2018/1861.

[97] *Ivi,* considerando 18.

[98] *Ivi,* art. 11, par. 1.

[99] European Migration Network, *The Effectiveness of Return in UE Member States,* 2017, in https://www.emn.at/sites/default/files/2017/12/EMN-Synthesis-Report-2017-The-effectiveness-of-return-in-EU-Member-States.pdf, pp. 77 e p. 78.

[100] Art. 11, par. 2, direttiva 2008/115/CE.

Attraverso le segnalazioni Schengen *ex* reg. 2018/1860 gli Stati membri sono quindi in grado di verificare immediatamente se un cittadino di un Paese terzo fermato dall'autorità competente sia già oggetto di una decisione di rimpatrio emessa da un altro Stato membro. Secondo la Commissione[101], il valore aggiunto di questa funzionalità del SIS dipende dall'uso attivo delle segnalazioni di rimpatrio e dal fatto che vi sia dato un seguito adeguato, anche mediante il riconoscimento reciproco delle decisioni emesse in precedenza da altri Stati membri. In questo modo è possibile accelerare notevolmente e rendere più efficiente la procedura di rimpatrio.

Si voglia notare che le segnalazioni SIS per il rimpatrio devono indicare, tra le altre[102], se la decisione di allontanamento è stata emessa nei confronti di un cittadino di un Paese terzo che rappresenta una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale (c.d. *security flag*). Questa disposizione deve esser letta congiuntamente a quella della direttiva rimpatri che prevede la possibilità di applicare norme più severe ai cittadini di Paesi terzi che rappresentano un rischio per la sicurezza (per loro, ad esempio, non è previsto alcun periodo per la partenza volontaria e sono destinatari di un divieto di ingresso più lungo). Il regolamento sulla procedura di rimpatrio alla frontiera, poi, consente la detenzione delle persone che rappresentano un rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale[103].

In generale, come evidenziato dalla Commissione, gli *alerts* ai sensi del reg. 2018/1860 tornano utili per valutare non solo l'ottemperanza all'obbligo di rimpatrio ma anche l'entità dei movimenti secondari. A tal proposito, nel 2024 sono stati registrati alle frontiere esterne circa 18 000 *hit* in uscita, 10 000 *hit* all'ingresso e 49 000 riscontri positivi sul territorio degli Stati membri (movimenti secondari). Alla fine di dicembre 2024 nel SIS erano presenti circa 570 947 segnalazioni per il rimpatrio[104].

Se, quindi, queste segnalazioni costituiscono uno strumento utile agli Stati membri per il controllo della "immigrazione irregolare", all'individuazione di movimenti secondari, e per la prevenzione del terrorismo e altri reati,

[101] Raccomandazione (UE) 2023/682 della Commissione del 16 marzo 2023 relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di rimpatrio e all'accelerazione dei rimpatri nell'attuazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

[102] La segnalazione di rimpatrio inserita nel SIS contiene altri dati indicati esaustivamente all'art. 4 del regolamento (UE) 2018/1860.

[103] Considerando 11 e art. 5, par. 3, Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148.

[104] Consiglio dell'Unione europea, file interistituzionale 2025/0059 (COD), in https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6917-2025-ADD-2/en/pdf.

d'altro canto, anche con riferimento a questi *alerts*, come a quelli emessi per divieto d'ingresso, si riscontrano importanti violazioni dei diritti di accesso[105] e cancellazione che, a loro volta, hanno conseguenze nefaste in termini di tutela dei diritti fondamentali delle persone segnalate.

Come già anticipato, in Italia tutte le decisioni di rimpatrio sono corredate da un divieto di ingresso. Tuttavia, precedentemente le modifiche introdotte dal D.L. 10 marzo 2023 n. 10[106], quando il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno veniva rifiutato, contestualmente alla notifica del provvedimento di rigetto il questore concedeva allo straniero un termine, non superiore a 15 giorni, per presentarsi al posto di frontiera indicato e lasciare volontariamente il territorio dello Stato[107]. Questo lasso di tempo, c.d. esodo volontario, se rispettato, consentiva allo straniero di fare successivo ingresso legale in Italia e nell'area Schengen, evitando le conseguenze dell'espulsione, consistenti nel divieto di reingresso da 3 a 5 anni e nella segnalazione ai fini della non ammissione nel SIS (quindi ai sensi del reg. 2018/1861). Sempre nel provvedimento di rigetto del rilascio-rinnovo del permesso di soggiorno, il Questore avvisava l'interessato che, decorso tale termine e sussistendone i presupposti, si sarebbe proceduto all'esecuzione dell'espulsione[108].

Il D.L. n. 10 del 2023, eliminando il comma 2 dell'art. 12 del D.P.R. 394/1999, ha abrogato la concessione del termine di 15 giorni per il volontario esodo dal territorio dello Stato[109]. Contestualmente alla notificazione del diniego dell'istanza di rilascio/rinnovo di qualsiasi permesso di soggiorno può, quindi, essere adottata ed eseguita una decisione di rimpatrio immediatamente esecutiva, anche se sottoposta ad impugnazione.

Alla luce di tale novella, l'Amministrazione può dunque emettere, unitamente e contestualmente al rigetto della domanda di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, un decreto di espulsione (con annessi divieto di reingresso e segnalazione SIS), introducendo, di fatto, un profilo sanzionatorio nei confronti di chi abbia chiesto il rilascio o il rinnovo di un titolo, per il solo fatto che la domanda non è stata accolta o, ancora più grave, di chi abbia esercitato il diritto fondamentale di chiedere protezione internazionale.

[105] Consiglio dell'Unione europea, file interistituzionale 2024/0126(NLE), in https://www.statewatch.org/media/4801/eu-council-schengen-evaluation-dp-italy.pdf, p. 6, para. 29.

[106] Art. 9, comma 3, d.l. 10 marzo 2023 n. 10.

[107] Art. 12, comma 2, D.P.R. 394/1999.

[108] *Ivi,* art. 12, comma 1.

[109] G. Savio*, Le (apparentemente) minime modifiche alle disposizioni in materia di espulsioni apportate dal D.L. n. 20/2023,* in *Questione giustizia*, n. 3, 2023.

Per altro, la segnalazione SIS per il rimpatrio e quella ai fini del respingimento o del rifiuto di soggiorno esplicano i loro effetti in relazione a tutti i Paesi Schengen, permettendo a uno qualunque di questi di dare esecuzione alla decisione e di inibire il futuro rilascio di autorizzazione all'ingresso da parte non soltanto dell'Italia, ma di qualsiasi Stato membro, a cui risulterà un *hit* di sistema.

A fronte di questo quadro, vi è il rischio che l'irrogazione del divieto di reingresso sul territorio nazionale venga inserito all'interno della banca dati SIS nel momento in cui viene disposta l'espulsione (e non, quindi, quando vi è esecuzione della stessa). Ai sensi dell'art. 40 del reg. 2018/1861, qualora, poi, la persona riesca ad ottenere l'annullamento del decreto espulsivo, teoricamente la cancellazione della segnalazione SIS dovrebbe essere automatica. Tuttavia, l'esperienza pratica dimostra il contrario[110].

Chiaramente, ciò ha importanti implicazioni per la persona interessata la quale, pur avendo ottenuto l'annullamento dell'espulsione, rimane segnalata all'interno della banca dati, con relativa compressione della libertà di circolazione e impedimento al rilascio di un permesso di soggiorno. Per altro, «l'inserimento nel SIS svolge importanti effetti pratici in quanto impedisce il reingresso e comporta, in caso di violazione del relativo divieto, l'arresto obbligatorio, la sottoposizione a giudizio direttissimo e la condanna da uno a quattro anni di reclusione»[111].

Così, anche nei casi in cui l'espulsione venga annullata dall'autorità giudiziaria, questa continuerà, almeno parzialmente, a produrre i suoi effetti nella sfera giuridica dell'interessato.

Peraltro, vi sono casi in cui, anche a seguito di istanza di cancellazione successiva all'annullamento della decisione di rimpatrio, da rivolgersi all'autorità che ha effettuato la segnalazione, questa non procede a cancellazione[112]. Così, l'autorità che ha emesso la decisione di rimpatrio annullata può, grazie alla segnalazione nel SIS, ottenere che quella decisione continui a dispiegare alcuni dei suoi effetti. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, per il caso di Mohamed Mahmoud Ebrahim Shahin, cittadino egiziano residente a Torino da circa vent'anni. Ad inizio dicembre 2025, su iniziativa del Ministero dell'Interno, al sig. Shahin è stato revocato il permesso di soggiorno di lunga durata ai sensi dell'art. 13, comma 1 del TUI, che introduce la possibilità di espellere i cittadini stranieri allorquando presentino un profilo di pericolosità sociale o costituiscano una minaccia per

[110] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 81.

[111] *Ivi,* p. 82.

[112] *Ibid.*

la sicurezza nazionale[113]. Le accuse rivolte al sig. Shahin, che sono alla base del decreto di espulsione, includono «l'appartenenza a un'ideologia estremista» e l'aver partecipato a un blocco stradale durante una manifestazione contro il genocidio del popolo palestinese a maggio 2025[114]. Dopo essere stato trattenuto presso una stazione di polizia, M. S. è stato trasferito presso il CPR di Caltanissetta[115]. La richiesta di protezione internazionale, che ha presentato a seguito della revoca del permesso di soggiorno, in prima istanza è stata rigettata (ed esaminata con procedura accelerata). L'Egitto, infatti, è considerato "Paese di origine sicuro", e la Commissione territoriale – come nel caso di M. D. – non ha attribuito la giusta importanza ai rischi che M.S. correrebbe qualora fosse espulso.

Alla luce di quanto detto *supra,* pur essendo stato annullato il decreto di espulsione dall'autorità giudiziaria, la segnalazione SIS emessa nei suoi confronti potrebbe non esser cancellata automaticamente e il sig. Shahin, dunque, potrebbe essere costretto ad inviare un'apposita istanza al Ministero dell'Interno. Tuttavia, così come il decreto di espulsione emesso rappresenta uno strumento usato in chiave di «repressione del dissenso pacifico per mezzo della normativa in materia di sicurezza nazionale»[116], non stupirebbe che lo stesso possa valere per la segnalazione SIS, vista l'inerzia e l'ampia discrezionalità dell'autorità segnalante in queste procedure, ove manca un organismo di monitoraggio che possa assicurare l'effettività del diritto di cancellazione.

4. *Come rafforzare l'effettivo esercizio dei diritti delle persone segnalate nel SIS?*

I casi finora analizzati dimostrano come gli Stati membri detengano un certo potere discrezionale nel segnalare cittadini di Paesi terzi e che tali segnalazioni hanno la capacità di dispiegare significativi effetti sulle persone destinatarie, in *primis* in termini di limitazione della libertà di circolazione.

[113] Amnesty International, *Stop all'espulsione di Mohamed Shahin verso l'Egitto,* 2 dicembre 2025, in https://www.amnesty.it/stop-allespulsione-di-mohamed-shahin-verso-legitto/.

[114] *Ibid.*

[115] A marzo 2026 la Cassazione ha respinto il ricorso dell'Avvocatura dello Stato contro la decisione con la quale la Corte di Appello di Torino aveva annullato il trattenimento nel CPR.

[116] Amnesty International, *Stop all'espulsione di Mohamed Shahin verso l'Egitto,* cit.

Peraltro, nonostante nell'archivio comune di dati di identità (CIR) verranno "duplicati" i dati anagrafici e biometrici dei cittadini di Paesi terzi registrati nelle banche dati *European Asylum Dactyloscopie Database* (EURODAC), *Visa Information System* (VIS), *Entry/Exit System* (EES), *European Travel Information and Authorisation System* (ETIAS), *European Criminal Records Information System – Third Country Nationals* (ECRIS-TNC), ma non i dati del SIS[117], si pone comunque un rischio relativo l'interoperabilità dei sistemi informativi su larga scala[118]. La preoccupazione è che, nonostante le garanzie giuridiche e amministrative previste dalla normativa dell'UE in materia, che assicurano un accesso ed uso limitato di tali sistemi, le informazioni inserite da un'autorità in uno dei sistemi per uno scopo specifico possano essere utilizzate da un'altra autorità in un altro sistema per scopi diversi che non sono esplicitamente previsti dalla normativa in vigore.

Inoltre, i dati conservati nel SIS possono essere trasferiti al di fuori dell'UE da Europol ed Eurojust a fini di contrasto, con il consenso dello Stato membro che ha emesso la segnalazione, nonché dall'Interpol per i controlli nella sua banca dati[119].

Il reg. 2018/1861, poi, concede diritti di accesso a un ampio gruppo di soggetti (nazionali e a livello di UE), aumentando così la possibilità che i dati vengano utilizzati per scopi non previsti.

Alla luce di ciò, dovrebbero essere introdotti alcuni "aggiustamenti" all'attuale quadro normativo, ed altre accortezze potrebbero essere implementate a legislazione invariata per assicurare effettività al *corpus* di diritti previsti a livello di UE.

Anzitutto, sarebbe auspicabile che gli Stati membri stabiliscano linee guida e/o criteri normativi più stringenti relativamente all'inserimento di

[117] G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi,* in *DIC,* n. 1, 2020, p. 181; regolamento (UE) 2019/816 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN) e integrare il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziali.

[118] Sull'interoperabilità delle banche dati e relativi rischi si veda: P. Hande, D. Vitiello, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability"*, in E. Carpanelli, N. Lazzerini (eds.), *Use and Misuse of New Technologies,* Cham, 2019, p. 18 e ss. e S. Montaldo, *Swords Shielding Security? The Use of Databases in Criminal Cooperation within the European Union: Challenges and Prospects,* in E. Carpanelli, N. Lazzerini (eds.), *op. cit.*, p. 50 ss. Si veda anche: *Interoperability package*. Presentation by Julian King, Commissioner for the Security Union, at the LIBE Committee of the European Parliament, 15 gennaio 2018, LIBE/8/11944.

[119] S. Montaldo, *op. cit.*, p. 52.

segnalazioni nel SIS. Si fa riferimento, in particolare, all'ipotesi di cui all'art. 24, par. 1, lett. a), in cui l'*alert* viene inserito perché il cittadino di Paese terzo costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale.

Il Belgio, ad esempio, prevede un divieto di ingresso per motivi di sicurezza pubblica o nazionale solo in casi eccezionali, in presenza di gravi reati quali lo spionaggio o attività legate al terrorismo, e solo per le persone che hanno già soggiornato nel Paese. In Germania, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, una segnalazione di rifiuto di ingresso per motivi di minaccia alla sicurezza pubblica o nazionale e all'ordine pubblico può essere inserita solo nel caso in cui la minaccia associata alla presenza dello straniero sia di una certa di gravità; inoltre, gli obbiettivi perseguiti da una segnalazione nel SIS devono essere bilanciati con i diritti fondamentali della persona interessata[120].

Ancora, al fine di assicurare una maggior armonizzazione, potrebbero essere adottati atti di *soft law* a livello di UE relativi a uno standard minimo comune per le procedure di segnalazione che includano, ad esempio, un elenco specifico di reati gravi, compresa una chiara soglia di "gravità" del reato per il quale le persone possono essere oggetto di segnalazione, o una definizione più precisa di «rischio per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica e nazionale».

Inoltre, prima di negare l'ammissione o un visto di breve durata a un cittadino di un Paese terzo, la rete di uffici SIRENE dovrebbe essere utilizzata in modo più efficiente per scambiare le informazioni necessarie. La Corte di giustizia ha sottolineato tale obbligo in una pronuncia del 31 gennaio 2006[121], riguardante il rifiuto da parte della Spagna di concedere un visto d'ingresso a cittadini di Paesi terzi, coniugi di cittadine di Stati membri, sulla sola base della presenza di una segnalazione SIS ai fini della non ammissione, emessa dalla Germania. La Corte di giustizia sottolineava che le autorità spagnole (attraverso un contatto con il competente ufficio SIRENE tedesco) avrebbero dovuto verificare se le persone interessate rappresentassero o meno «una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della società».

Sotto il profilo del monitoraggio delle attività poste in essere dagli Stati membri, il Mediatore europeo, la *Fundamental Rights Agency*, il Garante

[120] Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Misuse of the Schengen Information System by Council of Europe Member States as a Politically-motivated Sanction*, Appendix – Summary of member States' responses to a questionnaire on the legislation and practice of member States concerning the Schengen Information System, par. 4.

[121] *Ibid.*

europeo per la protezione dei dati (GEPD) [122], o un organismo istituito *ex novo* potrebbero esser competenti ad esaminare se, al momento dell'inserimento di una segnalazione, le autorità nazionali abbiano applicato e rispettato le norme in materia. Peraltro, ispirandosi al modello del Responsabile per i diritti fondamentali previsto in seno a FRONTEX e all'EUAA[123], tale organismo potrebbe anche ricevere denunce/reclami. Ad oggi, invero, *ex* art. 54 del reg. 2016/1861, chiunque può adire qualsiasi autorità competente, tra cui un organo giurisdizionale, in base alla legislazione di qualsiasi Stato membro, per accedere, rettificare, cancellare, ottenere informazioni o per ottenere un indennizzo relativamente a una segnalazione che lo riguarda[124]. In tal guisa, alla persona segnalata è precluso rivolgersi ad autorità costituite a livello di Unione per presentare una denuncia. In Italia, ad esempio, a fronte di una richiesta di accesso, rettifica di dati inesatti o cancellazione di dati archiviati illecitamente, in caso di risposta insoddisfacente da parte della Divisione N.SIS, la persona interessata potrà esclusivamente adire il Garante nazionale per la protezione dei dati personali ovvero l'autorità giudiziaria nazionale[125].

Questo nuovo organismo potrebbe, quindi, ricevere sia reclami riguardanti l'accesso, la rettifica di dati inesatti o la cancellazione di dati archiviati illecitamente, sia denunce relative alla inesattezza/qualità dei dati inseriti nel SIS. Per quanto concerne quest'ultime, tuttavia, sarebbe auspicabile un rinvio all'EU-Lisa che, per vero, dovrebbe assumere la competenza di migliorare la qualità dei dati introducendo uno strumento di monitoraggio, presentare a intervalli regolari relazioni alla Commissione e agli Stati membri e offrire una formazione sull'uso del SIS agli organismi nazionali di formazione e agli uffici SIRENE e agli utenti finali[126].

[122] Art. 52 Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, art. 56 regolamento (UE) 1861/2018.

[123] Art. 109 regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea; art. 49 regolamento (UE) 2021/2303 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 relativo all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo.

[124] Per una panoramica sulle differenti modalità previste dalla normativa nazionale dei diversi Stati Schengen si rimanda a: Coordinated Supervision Committee, *The Schengen Information System, A Guide for Exercising Data Subjects' Rights: the Right of Access, Rectification and Erasure , cit.*, p. 13 e ss.

[125] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit*.

[126] Considerando 14, regolamento (UE) 2018/1861.

Ciò, probabilmente, potrebbe almeno parzialmente risolvere questioni che si vengono a creare nella prassi relative, ad esempio, ad un non chiaro riconoscimento di competenze in tal senso in capo ai Garanti per la protezione dei dati personali nazionali. Nel caso di M. D., invero, «[…] il Garante non [forniva] alcun riscontro in merito al reclamo proposto[127]. Nel giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Roma avverso il silenzio di quest'ultimo, il Garante […] ha persino affermato che "le valutazioni di merito, circa la sussistenza e la validità di una segnalazione inserita in SIS, riguardano […] i competenti organi del Ministero dell'interno. […] Non compete al Garante alcuna valutazione sul merito delle informazioni e degli atti conservati negli archivi del Ministero dell'interno e sulla possibile *disclosure*"»[128].

Ad ogni modo, per rendere effettivo il diritto a presentare una denuncia di fronte all'autorità amministrativa competente o un ricorso ad un organo giurisdizionale, dovrebbero essere assicurati una serie di presupposti: anzitutto, i richiedenti dovrebbero essere informati dei mezzi di ricorso disponibili contro le segnalazioni SIS, compresi quelli relativi alla protezione dei loro dati; sarebbe, poi, importante assicurare il diritto ad un contraddittorio effettivo «non tanto affinché si verifichi la mera esistenza di un'informazione, quanto perché il contenuto della stessa sia esaminato in giudizio»[129], in particolare nel caso in cui una segnalazione nel SIS si basi su informazioni di *intelligence* o provenienti dalle autorità di Paesi terzi.

Non da ultimo, sarebbe necessario ragionare sulla previsione di un meccanismo di *enforcement* delle decisioni assunte dalle autorità giurisdizionali dello Stato di soggiorno, indirizzate alle autorità dello Stato segnalante volte a cancellare o correggere le informazioni inserite nel SIS II. Infatti, benché la normativa vigente consenta l'attivazione dell'autorità giudiziaria del Paese di soggiorno ai fini della cancellazione della segnalazione effettuata da parte di un altro Stato membro[130], nulla è previsto nel (seppur raro[131]) caso in cui la persona segnalata riesca ad ottenere una decisione di cancellare o correggere le informazioni inserite nel SIS II ma l'autorità dello Stato membro segnalante non dia seguito all'ordine.

[127] Il reclamo può essere proposto ai sensi degli artt. 142 D. Lgs. n. 196/2003 e 39 D. Lgs. n. 51/2018. Il Garante deve provvedere entro un termine di nove mesi (prorogabile di ulteriori tre mesi), decorso il quale il reclamo si intende rigettato.

[128] C. Feoli, A. Dini Modigliani, *op. cit.*, p. 85.

[129] *Ivi*, p. 86.

[130] Art. 54, par. 2, regolamento (UE) 2018/1861.

[131] Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Misuse of the Schengen Information System by Council of Europe Member States as a Politically-motivated Sanction ,* cit.

5. *Segnalazioni nel SIS in prospettiva del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo: brevi conclusioni*

A partire da metà giugno 2026, con l'applicazione degli atti che compongono il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo[132], il SIS (come altre banche dati) avrà un ruolo sempre più centrale in diverse fasi della procedura di asilo e rimpatrio delineata dalla riforma.

Segnatamente, la presenza di segnalazioni SIS perché la persona costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sicurezza nazionale potrebbe avere determinanti ripercussioni sulla tipologia di procedura da applicarsi. Invero, ai sensi del regolamento procedure 2024/1348, se il richiedente costituisce un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, gli Stati membri possono prevedere un'eccezione al diritto dello stesso di rimanere nel loro territorio durante la procedura amministrativa[133]. Inoltre, in questo caso, gli Stati membri saranno tenuti ad esaminare in modo prioritario[134], o ad applicare una procedura di frontiera obbligatoria e accelerata[135]. Per giunta, sarà possibile applicare questa procedura anche ai minori stranieri non accompagnati qualora questi rappresentino un pericolo per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale[136].

La possibilità di applicare a questa categoria di persone procedure che compromettono notevolmente le garanzie previste per la procedura ordinaria deve essere letta congiuntamente al potenziamento di un concetto di sicurezza basato sulle informazioni, per cui le banche dati originariamente e principalmente progettate per perseguire scopi non penali sono diventate strumenti di contrasto. Un esempio in tal senso è il passaggio (almeno parziale) delle banche dati SIS, VIS, ed EURODAC da *database* per il controllo delle frontiere alla prevenzione, individuazione e indagine dei reati[137]. Per quanto concerne il SIS, l'analisi dei casi scelti ha offerto uno scorcio su come questa banca dati stia offrendo un contributo rilevante alla creazione di una

[132] Il Nuovo Patto si compone di nove regolamenti e una direttiva: Regolamento (UE) 2024/1347; regolamento (UE) 2024/1348; regolamento (UE) 2024/1349; regolamento (UE) 2024/1350; regolamento (UE) 2024/1352; regolamento (UE) 2024/1356; regolamento (UE) 2024/1351; regolamento (UE) 2024/1358; regolamento (UE) 2024/1359; direttiva (UE) 2024/1346; direttiva (UE) 2024/1346.

[133] Art. 10, par. 4, lett. b), Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

[134] *Ivi,* art. 34, par. 5, lett. c).

[135] *Ivi,* art. 42, par. 1, lett. f).

[136] *Ivi,* art. 42, par. 3, lett. b).

[137] S. Montaldo, *op. cit.*, p. 42; M. Leese, V. Ugolini, *op. cit.,* p. 352.

Security Union[138]*,* garantendo priorità alla sicurezza collettiva e alle scelte discrezionali degli Stati membri rispetto alla tutela di diritti fondamentali.

Ai sensi della proposta di regolamento su un sistema comune per il rimpatrio[139], anche le segnalazioni inserite nel SIS per rimpatrio o per divieto di ingresso avranno un impatto ancor più dirompente nei confronti delle persone a cui sono indirizzate. Per vero, è previsto un aumento significativo della durata del divieto di ingresso, che non dovrà superare i dieci anni, a meno che la persona non costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o nazionale (in tal caso il termine è raddoppiato). Peraltro, aumenteranno le ipotesi in cui le decisioni di rimpatrio saranno corredate di un divieto d'ingresso, ovverosia ogniqualvolta il cittadino di Paese terzo sia oggetto di allontanamento o costituisca un pericolo per la sicurezza, o qualora l'obbligo di rimpatrio non sia stato rispettato entro i termini fissati. Ancora, le autorità competenti potranno imporre un divieto d'ingresso senza emettere una decisione di rimpatrio a un cittadino di Paese terzo che abbia soggiornato irregolarmente nel territorio degli Stati membri e il cui soggiorno irregolare sia scoperto in occasione di verifiche di frontiera svolte all'uscita. La possibilità di imporre un divieto di ingresso a una persona che intende chiaramente lasciare volontariamente il territorio degli Stati membri sembra contraria alla logica dei divieti di ingresso, che è quella di sanzionare il mancato rispetto dell'obbligo di rimpatrio. Così, il divieto di ingresso – imposto all'uscita alle persone che stanno lasciando volontariamente il territorio – verrebbe utilizzato come strumento per penalizzare retroattivamente il soggiorno irregolare[140].

Inoltre, la proposta di regolamento non chiarisce del tutto come presentare ricorso contro un divieto d'ingresso. Ai sensi dell'art. 27, par. 4 della proposta, se il divieto d'ingresso è adottato separatamente dalla decisione di rimpatrio o costituisce l'unica decisione impugnata, esso può essere impugnato separatamente e i termini per avviare tale procedimento sono gli stessi previsti nel caso in cui il divieto d'ingresso sia impugnato

[138] C. Blasi Casagran, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 21, n. 2, 2021, pp. 433-457.

[139] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un sistema comune per il rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nell'Unione è irregolare e che abroga la direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2001/40/CE del Consiglio e la decisione 2004/191/CE del Consiglio, COM (2025) 1010 final, 11.3.2025.

[140] ECRE, *Comments on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Common System for the Return of Third-Country Nationals Staying Illegally in the Union*, giugno 2025, p. 22.

insieme alla decisione di rimpatrio. Tuttavia, non esiste una procedura chiara su come tale diritto possa essere esercitato quando la persona si trovi rimpatriata in un Paese terzo. Ciò è particolarmente preoccupante alla luce delle recenti segnalazioni secondo cui le autorità italiane, a fronte di richieste di accesso alle segnalazioni SIS, adottano una risposta standard secondo cui «the data subject has no entry bans in the Schengen territory», che è considerata fuorviante nei casi in cui all'interessato non vengono fornite informazioni relative alla segnalazione, ad esempio a causa di minacce alla sicurezza pubblica o nazionale[141].

In conclusione, a fronte dell'attuale e futuro quadro normativo, sarebbe indispensabile, per le persone colpite da tali misure, poter accedere ad un sistema di rimedi effettivi; come visto, tuttavia, si riscontrano delle gravi carenze in tal senso.

Alla luce di ciò, è dunque necessario, nel breve periodo assicurare che le attuali (poche) garanzie siano rispettate attraverso l'istituzione di sistemi di monitoraggio effettivi ed efficaci e, in una prospettiva di lungo termine, ripensare l'attuale assetto normativo integrandolo con maggiori tutele e garanzie nei confronti dei cittadini di Paesi terzi destinatari di segnalazioni SIS. Non vi è dubbio, invero, che rafforzare l'effettivo esercizio dei diritti individuali costituisce condizione necessaria per limitare un uso discrezionale del SIS da parte degli Stati, ancor più urgente alla luce della possibilità di accedere a tale banca dati da parte di sempre più attori e della futura interoperabilità tra banche dati a livello di Unione.

[141] Consiglio dell'Unione europea, file interistituzionale 2024/0126(NLE), cit., p. 6, par. 29.

Abstract (ita)

Secondo il reg. 2018/1861, gli Stati membri inseriscono una segnalazione nel Sistema d'Informazione Schengen (SIS) ai fini del respingimento e del rifiuto di soggiorno se la presenza di un cittadino di Paese terzo nel loro territorio costituisce una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o nazionale. Tale situazione si verifica quando esistono fondati motivi per ritenere che la persona abbia commesso un reato grave, compreso un reato di terrorismo, o esistono indizi concreti della sua intenzione di commettere un tale reato; oppure se il cittadino di Paese terzo ha eluso o tentato di eludere la normativa che disciplina l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri.

Inoltre, ai sensi del reg. 2018/1860, gli Stati membri inseriscono nel SIS le segnalazioni relative ai cittadini di Paesi terzi oggetto di una decisione di rimpatrio. Se, poi, alla decisione di rimpatrio è annesso un divieto di reingresso la persona dovrà essere segnalata nel SIS anche ai sensi del reg. 2018/1861.

Solo l'1,8% delle segnalazioni nel SIS riguarda persone. Di queste, ben più della metà concerne segnalazioni effettuate ai sensi dei reg. 2018/1860 e 2018/1861. A fronte dell'importanza (non solo quantitativa) di tale profilo, la relazione si sofferma su questa tipologia di segnalazioni con l'obbiettivo di risaltare i limiti applicativi della normativa UE in termini di delimitazione dei poteri e precisazione degli obblighi degli Stati Schengen nell'utilizzo del SIS.

In particolare, attraverso alcuni casi studio, il contributo indaga le difficoltà di accesso ai motivi su cui si basano le segnalazioni, la compressione dei diritti di cancellazione e la debolezza delle tutele (giurisdizionali e non) contro l'inerzia amministrativa. Rafforzare l'effettivo esercizio di tali diritti è condizione necessaria per limitare un uso discrezionale del SIS da parte delle autorità statali.

Abstract (eng)

Under Regulation 2018/1861, Member States shall enter an alert for refusal of entry and stay in the Schengen Information System (SIS) if the presence of a third-country national on its territory poses a threat to public policy, to public security or to national security. This situation shall arise where there are serious grounds for believing that a person has committed a serious criminal offence, including a terrorist offence, or there are clear

indications of his or her intention to commit such an offence; or where a third-country national has circumvented or attempted to circumvent Union or national law on entry into and stay on the territory of the Member States.

Moreover, according to Regulation 2018/1860, Member States shall enter into SIS alerts on third-country nationals subject to a return decision. If the return decision is accompanied by a re-entry ban, the person must also be flagged in the SIS pursuant to Regulation 2018/1861.

Only 1.8% of alerts in the SIS relate to individuals. Of these, well over half concern alerts issued pursuant to Regulation 2018/1860 and 2018/1861. Given the significance of this issue (not only in terms of volume), the paper focuses on this type of alerts with the aim of highlighting limitations of EU legislation regarding the powers and obligations of Member States in the use of the SIS.

In particular, through a number of case studies, this paper examines the difficulties in accessing the grounds on which alerts are based and in exercising the right to have them deleted, as well as the weakness of safeguards (both judicial and non-judicial) against administrative inaction. Strengthening the effective exercise of these rights is a necessary condition for limiting the discretionary use of the SIS by State authorities.

LA *CRISIFICATION* DELLE MIGRAZIONI A DIFESA DELLO SPAZIO SCHENGEN? UNA RIFLESSIONE SU INTEGRITÀ DEL SISTEMA, CERTEZZA DEL DIRITTO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL REGOLAMENTO CRISI E FORZA MAGGIORE

Giulia Colavecchio*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione dello spazio Schengen di fronte alle responsabilità asimmetriche e al paradigma dell'emergenza: un inquadramento introduttivo. – 2. La crisi come motore legislativo: contesto e *ratio* del regolamento crisi e forza maggiore. – 3. L'ambito di applicazione dell'atto: forza maggiore, crisi, strumentalizzazione dei migranti. – 3.1. Strumentalizzazione dei migranti, certezza del diritto e integrità dello spazio Schengen. – 4. La *fictio iuris* di "non ingresso" e la de-territorializzazione della tutela. – 5. Le deroghe previste e la loro (forse eccessiva) flessibilità. – 5.1. Pesi e contrappesi: limiti temporali, monitoraggio e obblighi informativi. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *L'evoluzione dello spazio Schengen di fronte alle responsabilità asimmetriche e al paradigma dell'emergenza: un inquadramento introduttivo*

La celebrazione dei quarant'anni dall'Accordo di Schengen impone una riflessione teleologica sul sistema di libera circolazione e sulle recenti dinamiche che ne hanno plasmato l'assetto normativo. La Commissione europea nella *Relazione sullo stato di Schengen* del 2025 ha evidenziato come «la qualità elevata della gestione europea integrata delle frontiere costituisce un elemento cruciale del successo dello spazio Schengen»[1]. Contestualmente, in questi quattro decenni, l'evoluzione del diritto dell'Unione in materia di migrazione e asilo ha subito un'imponente trasformazione[2], da ultimo

* Ricercatrice *Tenure Track* in Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina.

[1] COM(2025) 185 final, 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 del 2025*, del 23 aprile 2025, punto 4.2 rubricato «Maggiore sicurezza per i cittadini grazie a una solida gestione delle frontiere e a rimpatri più efficaci».

[2] I mutamenti della politica dell'Unione in materia di migrazione ed asilo non sono tuttavia andati nella medesima direzione del processo di integrazione relativo al mercato

sfociata negli strumenti normativi adottati nell'ambito del *Nuovo Patto europeo sulle migrazioni e l'asilo*[3]. Questo pacchetto legislativo evidenzia un ampio progetto di "comunitarizzazione" dei settori della migrazione e della protezione internazionale, con un significativo ricorso ai regolamenti come fonte principale della nuova disciplina, con l'obiettivo di superare la frammentazione e garantire una maggiore uniformità di applicazione[4].

Tuttavia, tale spinta verso l'uniformità normativa si scontra con ostacoli di diversa natura. Da un lato, sul piano valoriale, il dibattito resta polarizzato nella dicotomia tra un approccio *human rights oriented* e una visione marcatamente securitaria. Dall'altro, sul piano strutturale, permane l'irrisolto nodo della solidarietà e dell'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri.

Difatti, la dialettica, caratterizzata da un persistente conflitto negoziale sul principio di solidarietà – che vede contrapposti gli Stati membri tra loro, nonché questi ultimi alle istituzioni dell'Unione – affonda, almeno in parte, le proprie radici nell'esistenza di un sistema volto a stabilire lo Stato competente ad esaminare le domande di protezione internazionale presentate da cittadini di Paesi terzi e apolidi, imperniato sulla c.d. "regola del Paese di primo ingresso"[5].

interno, evidenziando una palese asimmetria nello sviluppo dei rispettivi quadri normativi. Per un interessante disamina di aporie e incoerenze dell'*acquis* di Schengen si rimanda a G. Cornelisse, *What's Wrong with Schengen: Border Disputes and the Nature of Integration in the Area without Internal Borders*, in *CMLR*, 2014, p. 741 ss.

[3] Il pacchetto approvato è composto da dieci fascicoli legislativi, pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 22 maggio 2024. Per una ricostruzione accurata delle tappe che hanno portato all'approvazione degli atti legislativi collegati al Patto si veda P. De Bruycker, *Genealogy of and Futurology on the Pact on Migration and Asylum*, in L. Tsourdi, D. Thym, I. Goldner Lang, C. Warin (eds.), *Special Collection on the EU Asylum and Migration Legislation after the Pact*, 2024, reperibile *online*. Per dei primi commenti d'insieme si rimanda *inter alia* a B. Nascimbene, *Editoriale*, in *DIC*, n. 2, 2024; A. Di Pascale, *Pubblicati gli atti che compongono il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *EJ*, 27 maggio 2024.

[4] F. Spitaleri, *La grande riforma del diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: un'analisi d'insieme nella prospettiva dei rapporti tra ordinamenti*, in *EJ*, n. 1, 2025, in particolare pp. 255-258.

[5] Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), del 26 giugno 2013. I criteri per la determinazione dello Stato competente all'analisi di una domanda di protezione internazionale si applicano in modo gerarchico secondo l'ordine stabilito dal capo III del Regolamento. Tuttavia – al netto delle situazioni nella prassi numericamente residuali quali l'esame delle domande dei minori non accompagnate, i ricongiungimenti familiari e le richieste presentate da persone già titolari di un titolo di soggiorno in corso di validità – la competenza grava in

Si tratta di un criterio che dovrebbe essere residuale, invece, nella prassi, rappresenta il sistema prevalente di ripartizione delle richieste di protezione internazionale, continuando a generare asimmetrie di responsabilità difficilmente sanabili attraverso i meccanismi di solidarietà finora prospettati[6].

L'effetto che ne deriva, come noto, è una maggiore pressione sugli Stati membri collocati sulla frontiera esterna dell'Unione che si trovano sulle principali rotte migratorie e, paradossalmente, sugli Stati che pongono in essere sistemi di *search and rescue* efficienti[7].

Tali Stati pertanto, ormai da tempo, invocano una più equa condivisione degli oneri, sostenendo la necessità di definire criteri che superino le attuali asimmetrie[8]. Tuttavia, nonostante la modifica complessiva dell'apparato

capo allo Stato attraverso le cui frontiere esterne il richiedente sia entrato illegalmente, così come a quello Stato in cui venga presentata la domanda e, infine, a quello nella cui zona internazionale di transito di un aeroporto venga presentata la domanda. In dottrina sulla necessità di riforma del "sistema Dublino" si vedano: B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the "Dublin system". The Reasons for a Crisis*, in *EP*, n.1, 2016, p. 101 ss.; P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *SIE*, n. 2, 2018, p. 267 ss.; G. Caggiano, *L'insostenibile onere della gestione delle frontiere esterne e della competenza di "paese di primo ingresso" per gli Stati frontalieri del Mediterraneo*, in G. Caggiano (a cura di), *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, II ed., Torino, 2016, p. 51 ss.; M. Di Filippo, *Considerazioni critiche in tema di sistema di asilo dell'UE e condivisione degli oneri*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1, 2015, p. 47 ss.; G. Morgese, *Solidarietà e ripartizione degli oneri in materia di asilo nell'Unione europea*, in G. Caggiano (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione europea e diritto italiano*, Torino, 2014, p. 365 ss.; A. Geraci, *"There is not enough union in this Union". Principio di solidarietà e "Sistema di Dublino" alla prova del più imponente esodo di profughi dal secondo dopoguerra*, in *Federlismi.it*, n. 9, 2016.

[6] Sul tema S. Penasa, *Il Nuovo Patto e l'idea di solidarietà: principio fondativo del sistema europeo di asilo o metodo di allocazione delle responsabilità tra Stati membri?*, in *ADiM Blog*, novembre 2020; C. Favilli, *La solidarietà flessibile e l'inflessibile centralità del sistema Dublino*, in *DUDI*, n. 1, 2021, p. 85 ss.; T. Russo, *Quote di ricollocazione e meccanismi di solidarietà: le soluzioni troppo "flessibili" del Patto dell'Unione europea su migrazione e asilo*, in *FSJ*, n. 2, 2021, p. 281 ss.

[7] Cfr. M. Di Filippo, *Irregular Migration across the Mediterranean Sea: Problematic Issues Concerning the International Rules on Safeguard of Life at Sea*, in *Paix et Sécurité Internationales*, 2013, p. 60 ss.

[8] Si consideri che l'assenza di uno *status* di protezione internazionale riconosciuto a livello dell'Unione o comunque il riconoscimento reciproco delle decisioni positive in materia di asilo degli Stati membri accompagnato dalla libera circolazione dei rifugiati, la responsabilità di uno Stato membro di esaminare una domanda i traduce anche nella responsabilità di fornire protezione se la domanda viene accettata, con tutti gli oneri che ne conseguono. In tal senso vedi anche C. Costello, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, in *Human Rights Law Review*, 2012, p. 314. Di grande interesse le riflessioni a caldo sulla "crisi migratoria" del 2015 in G. Caggiano,

normativo di regolamentazione delle migrazioni e dell'asilo nell'Unione, la riforma resta incompiuta proprio rispetto alle norme principali che fissano i criteri di determinazione dello Stato membro responsabile dell'esame delle richieste di protezione internazionale[9] e più in generale del sistema di accoglienza. L'assenza di una previsione in tal senso e la configurazione generale che deriva dal Nuovo Patto rischia di far sì che l'unico strumento effettivo per gli Stati membri di sgravare il proprio sistema di accoglienza e di asilo sia il ricorso alla "categoria della crisi".

Si consideri a tal proposito che, sotto il profilo programmatico, proprio la *roadmap* della Commissione presentava il Nuovo Patto come la risposta all'esigenza di assicurare procedure rapide e senza interruzioni, che fossero «*crisis-proof*» e in grado di risolvere il nodo della solidarietà effettiva e della ripartizione delle responsabilità[10]. Al contrario, l'architettura che ne scaturisce sembra aver istituzionalizzato la crisi stessa, rendendola il presupposto necessario per attivare quei meccanismi di mutuo soccorso che dovrebbero essere, invece, la base di un sistema comune.

In questo contesto di profonda revisione, l'integrità dello spazio Schengen emerge quale *ratio* imprescindibile del regolamento (UE) 2024/1359 sulla gestione delle crisi e delle situazioni di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo[11].

Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui, in *SIE*, n. 3, 2015, p. 459 ss. In particolare, ai fini del presente lavoro, si sottolinea la chiara ed autorevole individuazione delle interconnessioni tra il funzionamento di Schengen, l'onere degli Stati membri di primo ingresso e il principio di solidarietà (pp. 485-486): «In questa fase della crisi è in discussione il nuovo ruolo dei Paesi Schengen frontalieri e l'adozione di meccanismi comunitari più equi per ridurre il loro insostenibile onere della gestione uti universi delle frontiere esterne e della applicazione del principio del Paese di primo ingresso. Tale onere viene ormai generalmente ritenuto iniquo e insostenibile, così da portare all'adozione di misure di maggiore coinvolgimento dell'Unione in quanto tale nella gestione delle frontiere esterne e la responsabilità/solidarietà degli Stati membri nell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale».

[9] Sul regolamento 2024/1351 e le sue criticità si veda P. De Pasquale, *Pensare al futuro, restando ancorati al passato: riflessioni sulla determinazione dello Stato competente alla luce del regolamento 2024/1351*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 115 ss., fascicolo speciale n. 4, 2024; seppur precedente all'approvazione del regolamento gestione, immutato negli elementi essenziali si veda T.M. Moschetta, *L'impasse Dublino: l'incompiuta riforma dei criteri di competenza nella proposta di regolamento su asilo e immigrazione*, in *I Post di AISDUE*, n. 6, 2020, p. 78 ss.

[10] Commissione europea, *Roadmap – New Pact on Migration and Asylum*, del 30 luglio 2020, p. 2.

[11] Regolamento (UE) 2024/1359 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e

Il presente contributo si propone di esaminare il regolamento in oggetto che, entrando in vigore solo dal primo luglio 2026, risulta a oggi privo di una prassi applicativa consolidata a supporto dell'analisi.

Per tale ragione si cercherà, a partire dal dato testuale, di evidenziare le misure previste e di individuare i punti di forza e le criticità che si ritiene siano presenti nell'atto, anche in comparazione con altri strumenti di tipo emergenziale previsti dal diritto dell'Unione europea in materia di migrazioni, in particolare l'articolo 78, paragrafo 3, del TFUE e la direttiva 2001/55/CE sulla protezione temporanea[12].

L'indagine muoverà dall'analisi del contesto e dalla *ratio* del regolamento crisi e forza maggiore, al fine di esaminare le misure derogatorie in esso contemplate. Tali previsioni saranno indagate quali manifestazioni sintomatiche di un più ampio processo di *crisification* dei flussi migratori, inteso come l'assunzione dell'emergenza a paradigma ordinario di governo.

Ci si interrogherà, infine, se l'elevazione dell'emergenza a canone ordinario di risposta possa essere considerata un'eccezione sostenibile per l'*acquis* di Schengen, o se, al contrario, ponga le premesse per un indebolimento strutturale che rischia di rendere la sospensione dell'ordinario una regola sistemica.

2. *La crisi come motore legislativo: contesto e* ratio *del regolamento crisi e forza maggiore*

A seguito della difficile gestione dell'aumento degli arrivi di migranti e richiedenti asilo nel 2015/2016 – percepita e nota come "crisi migratoria" – una riforma generale delle norme dell'Unione è diventata per quasi un decennio una delle priorità dell'agenda europea. Inoltre, in occasione di questo aumento della pressione migratoria, l'Unione ha adottato delle misure temporanee emergenziali sulla ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale[13] utilizzando per la prima volta come base giuridica l'articolo

dell'asilo e che modifica il regolamento (UE) 2021/1147.

[12] Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi.

[13] Decisione (UE) 2015/1523 del Consiglio, del 14 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia; Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio, del 22 settembre 2015, che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia. Relativamente a quest'ultima decisione di ricollocazione obbligatoria è scaturita la sentenza

78, paragrafo 3, del TFUE che prevede un meccanismo di risposta attivabile qualora si verifichi un afflusso massiccio e improvviso di cittadini provenienti da Stati terzi.

L'esperienza del 2015 ha, tuttavia, reso evidente l'inadeguatezza di una gestione basata su decisioni *ad hoc*, spingendo l'Unione verso la ricerca di una riforma strutturale[14]. Difatti, nelle intenzioni della Commissione, il Nuovo Patto avrebbe dovuto, tra le altre cose, instaurare un sistema stabile e prevedibile di solidarietà, capace di superare la logica dell'emergenza per divenire il perno del funzionamento ordinario del sistema europeo comune di asilo.

In questo quadro di revisione organica, la proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della

della Corte di giustizia in seguito ai ricorsi in annullamento presentati dalla Slovacchia e dall'Ungheria: Corte giust. 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15, *Slovacchia e Ungheria/Consiglio*. Sul mancato adempimento di entrambe le decisioni si veda, invece, Corte giust. 2 aprile 2020, C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione/Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca*. Per una valutazione delle misure di ricollocazione si rimanda, *ex multis*, a M. Di Filippo, *Le misure sulla ricollocazione dei richiedenti asilo adottate dall'UE nel 2015: considerazioni critiche e prospettive*, in *DIC*, n. 2, 2015, p. 33 ss.; M. Borraccetti, *"To quota" or "not to quota"? Facing Effective Solidarity*, in *EJ*, luglio 2015; P. Mori, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in *DUE* – Osservatorio Unione europea, settembre 2015; M. Messina, *La Corte di giustizia afferma la validità giuridica del meccanismo provvisorio di ricollocazione obbligatoria dei richiedenti protezione internazionale. A quando la volontà politica di alcuni Stati membri UE di ottemperarvi?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 4, 2017, p. 603 ss.; G. Morgese, *La ricollocazione dei richiedenti protezione: il problema delle quote nazionali*, in M. Savino (a cura di), *Per una credibile politica europea dell'immigrazione e dell'asilo*, Roma, 2018, p. 38 ss.; L. Rizza, *Obbligo di solidarietà e perdita di valori*, in *DIC*, n. 2, 2018, p. 1ss.; A. Circolo, *Il principio di solidarietà tra impegno volontario e obbligo giuridico. La pronuncia della Corte di giustizia (GS) nel caso Slovacchia e Ungheria c. Consiglio*, in *DPCE online*, n. 1, 2018, p. 165 ss.; G. Colavecchio, *Meccanismo di ricollocazione dei richiedenti protezione internazionale e limiti all'applicabilità dell'art. 72 TFUE quale clausola di esenzione dagli obblighi nello spazio di libertà sicurezza e giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2, 2020, p. 419 ss.

[14] Prima ancora della proposta del Nuovo Patto europeo si ricorda l'Agenda Europea sulla Migrazione (COM/2015/240 final, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Agenda Europea sulla Migrazione, del 13 maggio 2015) e la proposta di regolamento c.d. Dublino IV (COM/2016/270 final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di paese terzo o da un apolide (rifusione), del 4 maggio 2016). P. Mori, *La proposta di riforma del sistema europeo comune di asilo: verso Dublino IV?*, in *EJ*, 7 settembre 2016; F. Maiani, *The Reform of the Dublin System and the Dystopia of "Sharing People"*, in *MJECL*, 2017, p. 622 ss.; P. De Pasquale, *Verso la refusione del regolamento "Dublino III"*, in *SIE*, n. 2, 2018, p. 267 ss.

migrazione e dell'asilo[15] costituiva, fin dall'origine, parte integrante del progetto di riforma del 2020.

Tuttavia, nel lungo *iter* verso l'adozione del regolamento (UE) 2024/1359, il contesto geopolitico e sociale è stato profondamente mutato da fattori esogeni, in particolare il perdurare dell'emergenza pandemica da Covid-19 e l'aggressione russa all'Ucraina[16] hanno, infatti, generato sfide logistiche e pressioni migratorie inedite, incidendo sul processo legislativo in corso.

Proprio la possibilità di variazioni repentine ed impreviste dei flussi migratori in relazione all'«entità e la composizione degli arrivi»[17] costituisce il substrato su cui si impianta l'obiettivo del regolamento crisi e forza maggiore, ovvero l'inserimento nel quadro legislativo in materia di migrazioni ed asilo di uno strumento che doti l'Unione di regole specifiche per affrontare efficacemente una situazione eccezionale qualora si dovesse verificare.

Tale regolamento è stato concepito dal legislatore dell'Unione come una deroga funzionale, ritenuta indispensabile per disincentivare il ricorso generalizzato alle misure unilaterali, quali il ripristino dei controlli alle frontiere interne. La sua *raison d'être* è quindi la salvaguardia della stabilità del sistema Schengen.

[15] COM(2020) 613 final, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo, 23 settembre 2020.

[16] Appare opportuno sottolineare che, al netto dei cambiamenti imprevedibili degli ultimi anni il Nuovo Patto europeo sulle migrazioni e l'asilo, conteneva comunque ben pochi elementi innovativi e mancava dell'organicità sperata. Vedi in tal senso P. De Pasquale, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più ombre che luci*, in *I Post di AISDUE*, II, 2020, p. 3: «[un] risultato finale che si presenta come un deludente *patchwork* di misure poco organiche ed incomplete»; C. Favilli, *Il patto europeo sulla migrazione e l'asilo: "c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico"*, in *Questione Giustizia*, 2020: «L'impressione complessiva è quella di un puzzle le cui tessere sono state scomposte e posizionate altrove, secondo un diverso ordine. Alcune del tutto cambiate, altre aggiunte. Gli istituti, gli strumenti già presenti nella politica europea di immigrazione e asilo vengono riordinati nell'ambito della medesima cornice, resa più solida e coerente, ma pressoché identica a quella già in vigore»; M. Borraccetti, *Il Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo e la sua (solo) annunciata discontinuità*, in *Diritti Comparati*, novembre 2020: «un testo che, nella sua complessità, richiama varie proposte del passato, o semplicemente prefigurate, probabilmente nel tentativo di garantirne l'approvazione in Consiglio»; A. Liguori, *Il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la cooperazione dell'Unione europea con i Paesi terzi: niente di nuovo sotto il sole?*, in *DUDI*, n. 1, 2021, p. 67 ss.

[17] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., considerando 3.

Si tratta di uno strumento integrativo rispetto ai meccanismi di solidarietà obbligatoria[18] ed alle procedure ordinarie, che introduce una serie di norme procedurali e deroghe ai normali regimi applicabili al fine di favorire una rapida attivazione della solidarietà nei confronti di uno Stato membro, o di più Stati membri, per rispondere a situazioni di crisi che abbiano una portata tale da compromettere i sistemi di gestione della protezione internazionale e delle migrazioni, anche qualora si tratti di sistemi solidi e generalmente funzionanti.

Questo strumento andrà quindi a regolamentare le situazioni eccezionali di afflussi massicci di cittadini di paesi terzi o di apolidi che arrivino in uno Stato membro, afflussi che per la loro entità e natura siano tali da rendere inefficace il sistema di asilo, accoglienza o rimpatrio di uno Stato membro o che addirittura rischino di compromettere il funzionamento del sistema europeo comune di asilo e il sistema di gestione della migrazione dell'Unione.

Il regolamento riguarda anche le situazioni di forza maggiore che incidano nel settore della gestione dell'asilo e della migrazione, anche qui consentendo l'attivazione di meccanismi derogatori e solidali.

I profili di interesse dell'atto in oggetto sono numerosi e includono il meccanismo di *governance* e le misure flessibili di solidarietà[19], ridefinendo gli equilibri anche attraverso scelte significative, quale il mantenimento della protezione temporanea in luogo dell'istituto della protezione immediata[20],

[18] Sul tema F. Buonomenna, *Misure di solidarietà e questioni di effettività nella disciplina contenuta nel regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 139 ss., fascicolo speciale n. 4, 2024, di particolare interesse per i fini di questo lavoro la riflessione dell'A. sull'operatività del principio di solidarietà (p. 14): «la solidarietà andrebbe intesa quale fattore connotativo del SECA anche nelle fasi ordinarie e non emergenziali, quale fondamento obbligatorio e basilare della politica comune in materia (artt. 67 e 80 TFUE). […] Se il principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità fosse da intendere come principio operante soltanto in caso emergenziale e non di guida delle stesse politiche, sarebbero da intendere come pleonastiche le stesse disposizioni specifiche in materia».

[19] Sulle misure di solidarietà si vedano *ex multis*: T. Russo, *op. cit.*; F. Buonomenna, *La solidarietà ed i suoi limiti nel nuovo Patto su migrazione ed asilo*, in I. Caracciolo, G. Cellamare, A. Di Stasi, P. Gargiulo (a cura di), *Migrazioni Internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022, pp. 57-60; G. Morgese, *Nuovo Patto Ue su migrazione e asilo: una solidarietà flessibile, poco incisiva, inutilmente complessa*, in *QC*, n. 4, 2024, p. 936 ss.

[20] Sulla proposta di protezione immediata si veda M. Ineli-Ciger, *What a Difference Two Decades Make? The Shift from Temporary to Immediate Protection in the New European Pact on Asylum and Migration*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, novembre 2020; C. Fratea, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore: un limitato progresso rispetto alla direttiva sulla protezione temporanea*, in *Quaderni AISDUE*, n. 2, 2021, in particolare pp. 113-116; R. Palladino, *Il nuovo* status *di protezione immediata ai sensi della proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza*

inizialmente previsto nella proposta della Commissione. Tuttavia, al fine di dimostrare come questo regolamento appaia funzionale ad una strategia complessiva di *crisification* delle migrazioni, l'indagine si concentrerà su tre snodi critici tra loro interconnessi: in primo luogo, sull'ambito di applicazione, con particolare riguardo all'inedita categoria giuridica della "strumentalizzazione" dei migranti; il secondo luogo, sulla *fictio iuris* del non ingresso nelle procedure di frontiera; e, infine, sulla portata delle deroghe di procedura previste, indagate nella loro interazione sistemica con i profili precedentemente esaminati.

3. *L'ambito di applicazione dell'atto: forza maggiore, crisi, strumentalizzazione dei migranti*

Le definizioni fornite dal regolamento (UE) 2024/1359 appaiono molto ampie e contengono numerosi elementi discrezionali nella valutazione della fattispecie. Come accennato, uno degli ambiti di applicazione del regolamento è la forza maggiore, definita come una circostanza anormale e imprevedibile al di fuori del controllo di uno Stato membro, i cui effetti risultano inevitabili nonostante l'esercizio di tutta la dovuta diligenza[21]. Le conseguenze occorse devono essere tali da impedire allo Stato in questione di adempiere agli obblighi previsti dal regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione[22] e dal regolamento (UE) 2024/1348 che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione[23].

La nozione di forza maggiore è una *new entry* nel contesto del diritto derivato in materia di migrazioni e protezione internazionale[24]. Sebbene il

maggiore: luci e ombre, in I. Caracciolo, G. Cellamare, A. Di Stasi, P. Gargiulo (a cura di), *Migrazioni internazionali* cit., p. 593 ss.; E. Pistoia, *Dalla protezione internazionale alla protezione immediata. L'accoglienza degli sfollati dall'Ucraina come cartina di tornasole della proposta di trasformazione*, in *FSJ*, n. 2, 2022, p. 101 ss.;

[21] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 1, par. 5.

[22] Regolamento (UE) 2024/1351 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla gestione dell'asilo e della migrazione, che modifica i regolamenti (UE) 2021/1147 e (UE) 2021/1060 e che abroga il regolamento (UE) n. 604/2013.

[23] Regolamento (UE) 2024/1348 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura comune di protezione internazionale nell'Unione e abroga la direttiva 2013/32/UE.

[24] In tal senso C. Fratea, *La proposta di regolamento concernente le situazioni di crisi e di forza maggiore*, *op. cit.*, p. 173.

testo esemplifichi la fattispecie richiamando pandemie e catastrofi naturali[25], la fattispecie sconta una fisiologica indeterminatezza semantica, priva di criteri tassativi che ne circoscrivano l'operatività a eventi oggettivamente insuperabili. Tale elasticità definitoria si presta a un'interpretazione altamente flessibile che appare suscettibile di favorire una disapplicazione espansiva della regolamentazione ordinaria, rischiando di trasporre l'eccezionalità a modulo ordinario di deroga agli *standard* di tutela.

L'articolo 1, paragrafo 4, lettera a), fornisce, invece, una definizione di "crisi" utilizzando tre criteri chiave. *In primis* la situazione deve essere caratterizzata da eccezionalità e comportare arrivi su larga scala di cittadini di Paesi terzi o apolidi che entrano in uno Stato membro via terra, aria o mare (inclusi coloro che sono sbarcati a seguito di operazioni di *search and rescue*). In secondo luogo, questi arrivi devono rendere inefficace il sistema di asilo, di accoglienza, inclusi i servizi di protezione dei minori, o di rimpatrio ben preparato dello Stato membro. Per questa valutazione si utilizzano quali indicatori dei fattori facilmente determinabili quali la popolazione, il PIL e le dimensioni del territorio e, più in generale, le specificità geografiche dello Stato in questione. Il terzo criterio presenta, invece, una natura eventuale e specifica come il sovraccarico disfunzionale del sistema di asilo di uno Stato membro possa – ma non debba necessariamente – determinare gravi ripercussioni sul sistema europeo comune di asilo. Rispetto alla proposta iniziale si registra positivamente l'eliminazione di ogni riferimento al «rischio imminente»[26] di crisi. Tale scelta evita l'indebita estensione del regime derogatorio a scenari meramente potenziali, limitandone l'attivazione alle sole situazioni di attualità ed eccezionalità. Ne deriva un maggior rigore sul piano della certezza del diritto e un più coerente bilanciamento con i diritti fondamentali dei richiedenti protezione internazionale, scongiurando il rischio che la soggettività di una valutazione prognostica possa tradursi in una contrazione della tutela.

Difatti, visto l'impatto notevole che tali deroghe avrebbero sui diritti individuali, l'eliminazione di tale previsione era stata chiesta dagli attori della società civile[27] ed effettivamente si ritiene che non fosse giustificabile, alla

[25] Regolamento (UE) 2023/1359, cit., considerando 20.

[26] COM(2020) 613 final, cit., art. 1, par. 2, lett b).

[27] In tal senso European Council of Refugees and Exiles, *ECRE Comments on the Commission proposal for a Regulation addressing situations of crisis and force majeure in the field of migration and asylum COM(2020) 613*, dicembre 2021, reperibile *online*; Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, *Patto UE: policy note ASGI sul regolamento per situazioni di crisi e forza Maggiore*, 22 luglio 2021, reperibile *online*, p. 11. Per una prospettiva favorevole all'introduzione della nozione di crisi imminente, si veda S. Villani, *Il fenomeno*

luce del principio di proporzionalità, prevedere la possibilità di applicare talune misure nell'ipotesi in cui uno Stato membro stesse semplicemente affrontando il "rischio" di una crisi.

Tra le situazioni di crisi viene definita separatamente la "strumentalizzazione" dei migranti che fa il suo ingresso come fattispecie giuridica nell'ordinamento dell'Unione europea.

3.1. *Strumentalizzazione dei migranti, certezza del diritto e integrità dello spazio Schengen*

Il regolamento crisi e forza maggiore codifica la fattispecie della strumentalizzazione dei migranti, delineandone il perimetro giuridico attraverso la coesistenza di un elemento oggettivo, relativo alle condotte poste in essere, e di un elemento soggettivo, riconducibile alla finalità perseguita dall'attore terzo. Nello specifico, l'elemento oggettivo è costituito dalla circostanza in cui «un paese terzo o un attore non statale ostile incoraggia o favorisce lo spostamento verso le frontiere esterne o uno Stato membro di cittadini di paesi terzi o di apolidi»[28], mentre l'elemento soggettivo risiede nell'intenzione di provocare una destabilizzazione dell'Unione nel suo complesso o di uno Stato membro. Viene poi in rilievo un ulteriore elemento relativo alla portata delle azioni poste in essere dallo Stato ostile. Azioni che devono essere tali da minare le funzioni essenziali di uno Stato membro, tra cui la capacità di mantenere l'ordine pubblico e salvaguardare la sicurezza nazionale.

La strumentalizzazione dei migranti non era presente nella proposta di regolamento iniziale della Commissione. Il tema diventa parte dell'agenda europea quando, all'inizio dell'estate 2021, l'Unione ritiene che la Bielorussia utilizzi la pressione migratoria alle frontiere esterne (Lituania, Lettonia e Polonia) come strumento per rispondere alle sanzioni imposte contro il regime di Minsk. Per rispondere alla minaccia "ibrida"[29] rappresentata da

migratorio oltre l'ordinario: riflessioni sulla proposta della Commissione circa un solido sistema di preparazione e di risposta alle crisi e a situazioni di forza maggiore, in *FSJ*, n. 2, 2021, p. 402.

[28] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 1, par. 4, lett. b).

[29] In tal senso S. Marinai, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti: ma a quale prezzo?*, in A. Bufalini, G. Del Turco, F. L. Gatta, M. Savino, M. Tuozzo, F. V. Virzì, D. Vitiello (a cura di), *Annuario ADiM 2021. Raccolta di scritti di diritto dell'immigrazione*, Napoli, 2022, p. 34. Per un'analisi dettagliata si veda anche M. Gkliati, *Let's Call It what It Is: Hybrid Threats and Instrumentalisation as the Evolution of Securitisation in Migration Management*, in *EP*, n. 2, 2023, p. 561 ss. Per un approfondimento del concetto di "attacco ibrido" nel contesto della crisi migratoria al confine tra la Polonia e la Bielorussia, si veda M. Starita, *"Hybrid attack": un concetto dalle ricadute giuridiche*

questa nuova rotta migratoria "indotta", la Commissione aveva presentato diverse misure, tra cui una proposta di misure temporanee *ex* articolo 78, paragrafo 3[30], e successivamente una proposta di regolamento sulla strumentalizzazione dei migranti[31]. A tali proposte e alle misure adottate dagli Stati membri in questione hanno fatto seguito numerose note critiche dalla dottrina[32], per le ripercussioni sui diritti fondamentali delle persone migranti, che avrebbero rischiato di smettere di essere un fine in sé per divenire un mero "strumento", un'arma da cui difendersi.

Siffatte criticità dogmatiche e assiologiche si riflettono inevitabilmente nel regolamento in commento, che recepisce la strumentalizzazione dei flussi migratori nell'ordinamento dell'Unione elevandola a presupposto giuridico per l'attivazione di regimi derogatori rispetto all'*acquis* comune in materia di asilo.

Sotto il profilo sistematico, preme inoltre evidenziare come la regolamentazione della strumentalizzazione dei migranti non sia circoscritta al solo regolamento crisi e forza maggiore, bensì risulti organicamente integrata – con una significativa portata precettiva – anche nel Codice frontiere Schengen[33]. Tale innesto normativo abilita gli Stati membri, al ricorrere della fattispecie *de qua*, a disporre la chiusura temporanea di specifici valichi di

incerte. Considerazioni a margine della crisi umanitaria alla frontiera bielorusso-polacca, in *ADiM Blog*, dicembre 2021. Per un'analisi delle misure emergenziali adottate in risposta ai flussi provenienti dalla Bielorussia si veda C. Scissa, *Misure emergenziali al confine tra UE e Bielorussia: uno scontro tra "titani" con gravi ripercussioni per i migranti*, in *EP*, n. 1, 2022, p. 43 ss.

[30] COM(2021) 752 final, proposta di decisione del Consiglio relativa a misure temporanee di emergenza a beneficio di Lettonia, Lituania e Polonia, del 1° dicembre 2021.

[31] COM(2021) 890 final, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del consiglio volto ad affrontare le situazioni di strumentalizzazione nel settore della migrazione e dell'asilo, del 14 dicembre 2021.

[32] A. Di Pascale, *I migranti come "arma" tra iniziative di contrasto e obblighi di tutela dei diritti fondamentali: riflessioni a margine della crisi ai confini orientali dell'UE*, in *EJ*, n. 1, 2022, p. 259 ss.; S. Marinai, *L'Unione europea risponde alla strumentalizzazione dei migranti,* cit.; M. Cometti, *La "strumentalizzazione" delle persone migranti: la risposta dell'Unione europea e la reazione lituana a confronto. Un'occasione per riflettere (anche) sull'operato dell'Agenzia dell'UE per l'asilo*, in *EP*, n. 1, 2022, p. 287 ss.; M. Forti, *Questioni giuridiche e problemi di tutela dei diritti fondamentali nella risposta dell'Unione europea alle pratiche di strumentalizzazione dei flussi migratori*, in *FSJ*, n. 3, 2022, p. 245 ss.

[33] La riforma delle procedure Schengen, proposta della Commissione il 14 dicembre 2021 (COM(2021) 891 final) si è intrecciata con il Patto migrazione e asilo. Nel giugno 2024 è stato approvato il Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, che inserisce nel codice Schengen l'art. 5, par. 4: «In particolare in una situazione di strumentalizzazione dei migranti […] gli Stati membri possono chiudere temporaneamente

frontiera ovvero a imporre limitazioni agli orari di apertura, configurando così una risposta di carattere spiccatamente securitario volta a presidiare l'integrità dello spazio Schengen a fronte di minacce ibride[34].

Le ricadute di tale paradigma normativo sul piano dei diritti fondamentali risultano di immediata evidenza, delineando una deriva verso un'oggettivizzazione del richiedente asilo. In questo scenario, la persona migrante subisce una metamorfosi nel discorso giuridico: essa cessa di essere considerata un individuo titolare di diritti inalienabili per essere riqualificata quale vettore di una strategia geopolitica ostile orchestrata da attori terzi.

Tale slittamento sancisce la sistematica prevalenza della *securitas* statuale sulla logica umanitaria del diritto d'asilo. La risposta normativa, infatti, si articola secondo una direttrice squisitamente securitaria, orientata alla blindatura delle frontiere e al contenimento, subordinando l'effettività delle garanzie individuali alle esigenze di difesa dell'ordine pubblico.

Vi è, inoltre, il concreto rischio che siffatta impostazione finisca per erodere il nucleo essenziale del diritto alla protezione internazionale. Un ricorso estensivo alle procedure accelerate di frontiera, giustificato dalla fattispecie della strumentalizzazione[35], rischierebbe di tradursi in un ostacolo sistemico all'accesso alla tutela. In tali frangenti, l'esito della procedura potrebbe non scaturire più da una rigorosa valutazione individuale della domanda, bensì da una qualificazione politica della crisi.

Il processo di oggettivizzazione della persona migrante, sebbene non esplicitato nel lessico istituzionale, emerge con chiarezza dalla fisiologia degli atti di indirizzo strategico dell'Unione.

Significativamente, la già citata *Relazione sullo stato di Schengen* del 2025 inquadra la strumentalizzazione quale tattica di sfruttamento della

specifici valichi di frontiera notificati a norma del paragrafo 1, secondo comma, o limitarne gli orari di apertura, ove le circostanze lo richiedano».

[34] Il quadro normativo fin qui ricostruito potrebbe essere solo il primo *step* dell'ingresso di questa fattispecie nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Difatti, già il giorno successivo all'approvazione definitiva dell'ultimo pacchetto legislativo collegato al Nuovo Patto, 15 Stati membri hanno indirizzato una lettera alla Commissione chiedendo un rafforzamento della disciplina in questione, rafforzando o integrando gli strumenti appena approvati, per fornire una risposta completa alle minacce poste dalla strumentalizzazione dei migranti alle frontiere esterne dell'Unione, prendendo ad esempio i recenti attacchi ibridi orchestrati provenienti dalla Bielorussia e dalla Russia e garantire la sicurezza nazionale degli Stati membri. La lettera è stata firmata dai ministri degli Interni di Bulgaria, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Grecia, Italia, Cipro, Lettonia, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Romania e Finlandia ed è datata 15 maggio 2024. *Joint Letter from the undersigned Ministers on new solutions to address irregular, migration to Europe*, reperibile *online*.

[35] Sul punto v. *infra*, par. 5.

migrazione a fini politici, esacerbata dall'acuirsi delle tensioni geopolitiche[36]. In tale prospettiva, il fenomeno migratorio rientrante in tale fattispecie – e, per estensione, ogni individuo che lo esperisce – viene declassato a mera variabile strumentale, a tassello di una strategia di pressione esterna che ne oblitera la soggettività e la specifica istanza di protezione.

Tale paradigma trova un'ulteriore ed esplicita declinazione nella comunicazione della Commissione del 2025 *ProtectEU: strategia europea di sicurezza interna* che si riferisce espressamente al contrasto dell'uso della migrazione come arma, specificando come la Russia e la Bielorussia abbiano strumentalizzato intenzionalmente la migrazione sostenendo flussi migratori irregolari verso le frontiere esterne dell'Unione «con l'obiettivo di destabilizzare le società dell'Unione e minarne l'unità» mettendo a repentaglio «l'integrità dello spazio Schengen e la sicurezza dell'Unione nel suo complesso»[37].

4. *La* fictio iuris *di "non ingresso" e la de-territorializzazione della tutela*

Uno dei profili di maggiore criticità del Nuovo Patto è rappresentato dall'estensione della *fictio iuris* di "non ingresso", come conseguenza dell'estensione dell'uso delle procedure di frontiera[38]. La finzione giuridica

[36] COM(2025) 185 final, Relazione sullo stato di Schengen del 2025, cit., punto 4.2.

[37] COM(2025) 148 final, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *ProtectEU: strategia europea di sicurezza interna*, del 1° aprile 2025, punto 4 intitolato «Resilienza alle minacce ibride e ad altri atti ostili». La Commissione ribadisce in questa sede quanto emerso nelle precedenti conclusioni il Consiglio europeo dell'ottobre 2024, nel capo relativo alle migrazioni. Consiglio europeo, Conclusioni del 17 ottobre 2024, EUCO 25/24, punto 3: «Né alla Russia, né alla Bielorussia, né a nessun altro paese, può essere consentito di abusare dei nostri valori, compreso il diritto di asilo, e di minare le nostre democrazie. Il Consiglio europeo esprime solidarietà alla Polonia e agli Stati membri che si trovano ad affrontare tali sfide. Situazioni eccezionali richiedono misure appropriate. Il Consiglio europeo ricorda la sua determinazione ad assicurare il controllo efficace delle frontiere esterne dell'Unione attraverso tutti i mezzi disponibili, anche con il sostegno dell'Unione europea, in linea con il diritto dell'UE e internazionale. Ribadisce il suo impegno a contrastare la strumentalizzazione dei migranti a fini politici».

[38] Sulla *fictio iuris* di "non ingresso" così come delineata dagli atti normativi del Nuovo Patto si vedano: M. Mouzourakis, *More Laws, Less Law: The European Union's New Pact on Migration and Asylum and the Fragmentation of "Asylum Seeker" Status*, in *ELJ*, n. 3-4, 2020, p. 171 ss.; K. Soderstrom, *An Analysis of the Fction on Non-entry as Appearing*, Commentary prepared for the European Council on Refugees and Exiles, 2022; A. Orav, N. Barlaoura, *Legal Fiction of NonEntry in EU Asylum Policy*, EPRS_European Parliamentary Research Service, PE 760.347, 2024; F. Rondine, *The Fiction of Non-entry in European Migration Law.*

appare centrale nell'attuazione della *crisification* delle migrazioni e dell'asilo e consiste nell'operare una distinzione tra l'ingresso "fisico" e l'ingresso "legalmente riconosciuto" nel territorio di uno Stato membro[39]. Tale finzione è da considerarsi espressione della volontà politica di limitare l'accesso di coloro che non soddisfano i requisiti per entrare nel territorio dell'Unione, concretizzandosi in ciò che la riflessione dottrinale definisce un'(in)giustizia preventiva[40].

Non è possibile sostenere che la *fictio iuris* di non ingresso sia un elemento nuovo o estraneo all'ordinamento dell'Unione. Tale meccanismo affonda, difatti, le proprie radici nell'architettura originaria del sistema Schengen, segnatamente nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, che già prefigurava la possibilità di dissociare l'esame della domanda di protezione internazionale dall'autorizzazione all'ingresso nel territorio dello Stato[41].

Tuttavia, con il Nuovo Patto, rispetto alla legislazione previgente, emerge un mutamento di paradigma: l'applicazione della *fictio iuris*, originariamente rimessa alla discrezionalità politica degli Stati membri, subisce un'istituzionalizzazione precettiva. Tale evoluzione trasforma un dispositivo eccezionale in uno *standard* sistemico, rendendo la dissociazione tra presenza fisica e ingresso legale un elemento strutturale della gestione delle frontiere europee[42].

Its Implications on the Rights of Asylum Seekers and Irregular Migrants at European Borders, in *European Journal Of Migration And Law*, n. 3. 2024, p. 291 ss.

[39] C. Molinari, *The Borders of the Law: Legal Fictions, Elusive Borders, Migrants' Rights*, in *Politics and Governance*, n. 2, 2022, p. 240.

[40] V. Mitsilegas, *The EU External Border as a Site of Preventive (In)justice*, in *ELJ*, n. 4-6, 2022, p. 263 ss.; cfr. anche U. Brandl, *Mix and Match. Detention, "De-Facto Detention" or just Restrictions of Freedom of Movement in the New Pact*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, ottobre 2024.

[41] Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, art. 29: «1. Le Parti contraenti si impegnano a garantire l'esame di ogni domanda di asilo presentata da uno straniero nel territorio di una di esse. 2. *Tale obbligo non implica che una Parte contraente debba autorizzare in tutti i casi il richiedente asilo ad entrare o a soggiornare nel proprio territorio* […]» corsivo aggiunto.

[42] In tal senso si veda anche M.A. Bellavitis, *Policy Making as Crisis Resolution Tool: The Normalization of Exceptionality Procedures at the Expense of the Rights of Migrants*, in *FSJ*, n. 1, 2024, p. 173 ss.

La *fictio iuris* di non ingresso appare, quindi, preordinata all'istituzionalizzazione di uno spazio giuridico dai confini incerti, che la dottrina ha icasticamente definito quale *liminal legal space*[43].

Su questo *limen*, la condizione del migrante risulta segnata da una profonda ambivalenza: pur non essendo "formalmente" entrato nello Stato membro, l'individuo soggiace pienamente alla sua potestà d'imperio e al suo controllo giurisdizionale

Sebbene non si possa postulare che in tale "spazio liminale" vi sia una assenza formale di diritti, l'ambiguità di questa *fictio juris* genera un impatto negativo sui diritti delle persone migranti, in modo particolare comprimendo il diritto alla libertà personale[44], ma anche l'effettività delle garanzie procedurali.

Inoltre, tale espediente normativo non risponde a una reale esigenza di efficienza procedurale, bensì opera una scissione tra la realtà fattuale della presenza del migrante sul territorio e la sua condizione giuridica, configurando zone di "limbo normativo" dove il rispetto dei diritti fondamentali rischia di essere sacrificato sull'altare di una razionalità meramente tecnocratica[45].

L'applicazione delle procedure di frontiera, come noto, non è appannaggio esclusivo del regolamento crisi e forza maggiore, trovando piuttosto la propria disciplina organica nel regolamento 2024/1356[46] (regolamento *screening*), nel regolamento 2024/1348, (regolamento procedure) e nel regolamento 2024/1349[47] (regolamento rimpatri alla frontiera)[48]. Tuttavia,

[43] K. Soderstrom, *An Analysis of the Fiction of non-Entry as Appears in the Screening Regulation* , cit., p. 2.

[44] Mi sia consentito di rinviare a G. Colavecchio, *Profili critici del trattenimento nelle nuove procedure di frontiera*, in M. Messina (a cura di), *Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, Napoli, 2024, p. 225 ss.

[45] In tal senso G. Cornelisse, M. Reneman, *Border Procedures in the Commission's New Pact on Migration and Asylum: A Case of Politics Outplaying Rationality?*, in *ELJ*, 3-4, 2021, in particolare pp. 10-11.

[46] Regolamento (UE) 2024/1356 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 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.

[47] Regolamento (UE) 2024/1349 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che stabilisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e che modifica il regolamento (UE) 2021/1148. Per una riflessione su tale atto normativo, proprio a partire dalla *fictio iuris* di non ingresso si veda M. Lanotte, *Il regolamento (UE) 2024/1349: l'ultimo tassello della "procedura di frontiera" previsto dal Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 489 ss.

[48] Per un'analisi della *fictio iuris* di non ingresso all'interno del nuovo quadro normativo, si veda C. Molinari, *op. cit.*, pp. 241-242. Sebbene il contributo sia stato redatto muovendo dalle originarie proposte della Commissione, le conclusioni dell'autrice mantengono intatta

preme evidenziare come in questo processo di "crisificazione" del fenomeno migratorio, tali procedure rappresentino di per sé un regime derogatorio rispetto alla procedura ordinaria.

In tale prospettiva, il regolamento crisi e forza maggiore finisce per configurare una "deroga delle deroghe": un ulteriore scostamento dai parametri di garanzia già compressi dal Nuovo Patto, che aggrava ad esempio il rischio di una detenzione sistematica alle frontiere esterne dell'Unione. Tale apparato regolatorio trasforma l'eccezione in regola, cristallizzando uno stato di emergenza normativa che si riflette direttamente sulla restrizione dei diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale.

5. *Le deroghe previste e la loro (forse eccessiva) flessibilità*

Neanche l'introduzione di regimi eccezionali alla disciplina ordinaria rappresenta un elemento di novità in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne. L'ordinamento dell'Unione, difatti, prevedeva già una stratificazione di strumenti emergenziali che includono norme di diritto primario e norme di diritto derivato, rimaste immutate anche a seguito della riforma. Nello specifico, si è già accennato all'esistenza di un quadro normativo autonomo per la protezione temporanea, nonché al potere di adottare misure provvisorie ai sensi dell'articolo 78, paragrafo 3, del TFUE – espressione diretta della flessibilità dei Trattati[49]. Quest'ultimo istituto, lungi dall'essere funzionalmente assorbito, sembra oggi configurarsi come strumento di "terzo livello", destinato a intervenire qualora le disposizioni del regolamento crisi e forza maggiore non dovessero risultare sufficienti a fronteggiare una specifica situazione di emergenza[50].

In questo solco di preesistente eccezionalità, tuttavia, la configurazione data dal regolamento (UE) 2024/1359 solleva nuove e rilevanti perplessità,

la propria forza argomentativa alla luce dei testi definitivi, la cui sostanza precettiva è rimasta sostanzialmente inalterata.

[49] Sulla portata delle deroghe la Corte evidenzia come «le misure temporanee adottate sul fondamento dell'articolo 78, paragrafo 3, TFUE possono in via di principio derogare anche a disposizioni di atti legislativi, simili deroghe devono nondimeno essere circoscritte sotto il profilo del loro ambito di applicazione sia sostanziale che temporale, così che esse si limitino a rispondere in modo rapido ed effettivo, mediante una disciplina provvisoria, ad una situazione di crisi precisa», *Slovacchia e Ungheria/Consiglio*, C-643/15 e C-647/15, sopra citata, punto 78.

[50] In tal senso S. Villani, *op. cit.*, p. 405. Invero, l'autrice ipotizza anche che con l'attuazione del regolamento crisi e forza maggiore «potrebbe non esserci più la necessità di attivare l'art. 78, par. 3, TFUE» (p. 406).

legate soprattutto ad una marcata (e forse eccessiva) flessibilità delle deroghe previste. L'atto normativo *de quo* introduce, infatti, un articolato sistema di deroghe ai meccanismi di ripartizione delle responsabilità e alle procedure ordinarie[51], subordinandone formalmente l'operatività al rigoroso rispetto dei requisiti di necessità e proporzionalità e alla tutela dei diritti dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale così come garantiti dal diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale. Resta inteso, inoltre, che tali misure non possano pregiudicare il nucleo essenziale dei principi e delle garanzie stabiliti dagli atti legislativi oggetto di deroga[52].

Nonostante le clausole di salvaguardia contenute nell'atto legislativo, emerge il timore che tali deroghe – la cui portata varia in base ai presupposti di attivazione – risultino suscettibili di comprimere gli *standard* di protezione internazionale, sino a configurarsi quale ostacolo effettivo all'accesso alla tutela[53].

Tale preoccupazione trova fondamento nella natura stessa della procedura di attivazione, imperniata su un ampio margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato membro. È quest'ultimo, infatti, a dover valutare la sussistenza della situazione emergenziale e a elaborare il conseguente piano derogatorio, selezionando le misure dal catalogo previsto dal regolamento; un'autonomia decisionale che, sebbene sottoposta al vaglio di Commissione e Consiglio[54], rischia di tradursi in un'applicazione eccessivamente elastica delle norme comuni.

[51] M. Ineli-Ciger, *Navigating the Labyrinth of Derogations: A Critical Look at the Crisis Regulation*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, giugno 2024.

[52] Regolamento 2024/1359, cit., art. 1, par. 2 e considerando n. 8.

[53] Si veda M. Ineli-Ciger, *Unpacking the Crisis Regulation: A Valuable Addition to the European Legal Framework Governing Mass Influx Situations?*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper, n. 17, 2024, pp. 17-18. In senso critico rispetto al rischio che la discrezionalità concessa agli Stati si traduca in un indebolimento degli *standard* minimi di tutela, si veda quanto osservato in P. De Bruycker, *op. cit.*, p. 5: «Civil society organisations are afraid that this instrument will be abused by some Member States to declare the asylum situation as a crisis. They have also criticised this instrument as they consider the exceptional circumstances as humanitarian rather than a migratory crisis, so that measures should be taken to ensure the basic needs of migrants instead of derogations to basic rules such as the prolongation of the period foreseen for the registration of asylum applications and for the length of border procedures».

[54] Per un'analisi dettagliata della procedura decisionale a doppio livello per l'attivazione delle deroghe e delle misure di solidarietà previste dal regolamento, nonché per le interessanti intuizioni circa la tutela giurisdizionale attivabile in caso di inattività della Commissione o del Consiglio, si rinvia a E. Pistoia, *Progressi e rischi del nuovo regolamento sulle situazioni di crisi e di forza maggiore*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 195 ss., pp. 198-202.

Le misure derogatorie attivabili variano in ragione della specifica fattispecie emergenziale che lo Stato membro si trova ad affrontare, ma anche in virtù della volontà dello Stato stesso che può circoscriverne o ampliarne la portata, evidenziando, appunto, una marcata discrezionalità nella determinazione del piano di risposta.

La prima deroga, applicabile sia nelle fattispecie di crisi sia nella casistica di forza maggiore, consente di protrarre la durata massima della procedura di frontiera di esame della domanda di protezione di ulteriori sei settimane[55], che si sommano alle dodici ordinarie previste dal nuovo regolamento procedure[56]. Tale estensione temporale comporta, di riflesso, il prolungamento della *fictio iuris* di non ingresso, differendo ulteriormente il momento in cui il richiedente è legalmente considerato autorizzato all'accesso nel territorio dello Stato.

L'espletamento di tale *iter* procedurale avviene, pertanto, senza che nelle more venga consentito l'ingresso formale; tale circostanza determina incisive ripercussioni non solo sulla libertà di circolazione, ma sulla stessa libertà personale del soggetto, data la natura segregativa del trattenimento in zone di frontiera[57].

Lo Stato può essere, inoltre, autorizzato a derogare ai termini ordinari per la registrazione delle domande di protezione internazionale; si tratta di un'estensione particolarmente ampia, che consente di differire la scadenza dai cinque giorni previsti dalla disciplina ordinaria fino a un massimo di quattro settimane[58]. Sotto il profilo procedurale, agli Stati membri è concesso di applicare tale deroga in via provvisoria per un periodo di dieci giorni, nelle more dell'autorizzazione del Consiglio[59]; tale previsione configura la

[55] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 11, par. 11. Questa proroga non può essere utilizzata in aggiunta al periodo di proroga di 4 settimane previsto qualora la persona in questione sia trasferita verso lo Stato membro di ricollocazione *ex* art. 67 par. 11 del regolamento 2024/1351.

[56] Regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 51, par. 2.

[57] Sul tema della privazione della libertà delle persone migranti alla frontiera nel quadro del Nuovo Patto, per un approfondimento ulteriore rispetto ai contributi già citati, con riflessioni che, sebbene formulate in una fase antecedente all'approvazione definitiva, mantengono inalterata la propria attualità alla luce del testo finale, si rinvia G. Cornelisse, *The Pact and Detention: an Empty Promise of "Certainty, Clarity and Decent Conditions"*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, gennaio 2021; E. Celoria, *La normalizzazione della detenzione amministrativa alle frontiere esterne dell'Unione nel Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in *FSJ*, n. 2, 2021, p. 43 ss.

[58] Regolamento 2024/1359, art. 10, par. 1 in deroga al regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 27.

[59] *Ivi*, art. 10, par. 6.

deroga quale misura potenzialmente immediata, accentuandone il carattere d'urgenza.

Il sistema derogatorio contempla, inoltre, diverse direttrici riguardo all'ambito di applicazione della procedura di asilo alla frontiera, rimesse alla valutazione dello Stato membro in base alle esigenze gestionali della situazione emergenziale. Da un lato, al fine di decongestionare le infrastrutture di confine, lo Stato membro che si trovi in una situazione di crisi o di forza maggiore – con l'esclusione della fattispecie della strumentalizzazione – può richiedere di essere esonerato dall'obbligo di applicare tale regime ai richiedenti con tasso di riconoscimento pari o inferiore al 20%[60]. In una prospettiva analoga, limitatamente alle situazioni di crisi, è possibile contrarre la soglia di applicazione del "basso tasso di riconoscimento" al 5%[61]. Quest'ultima misura permette di limitare la procedura di frontiera ai soli casi con probabilità di successo quasi nulle, spostando la massa dei restanti richiedenti verso la procedura ordinaria.

Specularmente, il regolamento prevede la possibilità di adottare misure di segno opposto, volte a estendere la portata delle procedure frontaliere. Sempre in situazioni di crisi da afflusso massiccio, lo Stato può essere autorizzato a innalzare la soglia del tasso di riconoscimento alla frontiera fino al 50%[62]. In questo caso, la *ratio* non è il decongestionamento, bensì l'ampliamento della platea dei soggetti sottoponibili alla procedura accelerata in regime di non-ingresso, includendovi persone che ordinariamente godrebbero di un accesso immediato al territorio dello Stato membro.

Tale tendenza espansiva raggiunge il suo apice nell'ipotesi di una crisi collegata alla fattispecie di strumentalizzazione dei migranti, in risposta alla quale lo Stato può potenzialmente applicare la procedura di frontiera alla totalità dei richiedenti[63], prescindendo da ogni dato statistico sul Paese d'origine e determinando, di fatto, una generalizzazione del regime derogatorio. Le eccezioni all'applicazione indiscriminata della procedura di frontiera sono minime e contengono un elemento discrezionale non di poco conto, lasciando allo Stato membro la possibilità di optare tra l'esclusione

[60] *Ivi*, art. 11, par. 2, che si referisce al regolamento (UE) 2024/1348, cit., art. 42, par. 1, lett. j), e art. 45, par. 1.

[61] *Ivi*, art. 11, par. 3, in deroga all'art. 45, par. 1, del regolamento (UE) 2024/1348, cit.

[62] *Ivi*, art. 11, par. 4, in deroga all'art. 44, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) 2024/1348, cit.

[63] *Ivi*, art. 11, par. 6, in deroga all'art. 45, par. 1, lett. b), e all'art. 54, par. 2, lett. a), del regolamento (UE) 2024/1348, cit.

ab initio dalla procedura di frontiera dei minori di età inferiore ai 12 anni[64] e i relativi familiari e delle persone con esigenze procedurali o di accoglienza particolari. In alternativa e rispetto alle medesime categorie, lo Stato membro in questione può cessare l'applicazione di tale procedura accelerata nei confronti di coloro le cui domande di protezione siano state considerate verosimilmente fondate a seguito di una valutazione individuale.

Accanto alle deroghe che incidono sull'esame delle istanze di protezione alla frontiera, il regolamento introduce ulteriori misure di flessibilità dirette a preservare la tenuta del sistema di determinazione dello Stato membro competente.

In presenza di una situazione di crisi – con l'esclusione dell'ipotesi di strumentalizzazione – o di forza maggiore, lo Stato può beneficiare di una proroga delle scadenze ordinariamente previste nel sistema di gestione dell'asilo e della migrazione (ex "sistema Dublino"), nonché di una dilazione dei trasferimenti verso il proprio territorio durante la situazione emergenziale[65].

Infine, limitatamente alle crisi da afflusso massiccio è prevista la facoltà di esonerare lo Stato da determinati obblighi di ripresa in carico (*take back*) dei richiedenti asilo. Tale esenzione, tuttavia, non ha carattere retroattivo: resta fermo l'obbligo di esaminare le istanze la cui notifica di presa in carico sia antecedente all'adozione della decisione di esecuzione del Consiglio che autorizzi tale deroga[66].

Dal quadro brevemente tracciato emerge come il sistema derogatorio sia improntato a un'elevata flessibilità operativa. Tuttavia, se tale elasticità consente di calibrare l'intervento sulle specificità della fattispecie emergenziale, gestendo in maniera differenziata situazioni diverse, paradossalmente, potrebbe portare ad una gestione diversa, se non opposta, di situazioni analoghe, con ripercussioni sulla certezza del diritto.

[64] Per un'analisi critica di come il complesso normativo del Nuovo Patto incida sui diritti dei minori si vedano C. Fratea, *Il Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo e la compressione delle tutele dei minori migranti alle frontiere esterne dell'unione europea*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 290 ss.; M. Capasso, *Il Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo e i diritti dei minori stranieri tra solidarietà e sicurezza*, in *DPCE online*, 2025, p. 749 ss.

[65] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 12.

[66] *Ivi*, art. 13.

5.1. *Pesi e contrappesi: limiti temporali, monitoraggio e obblighi informativi*

A fronte della descritta flessibilità del sistema derogatorio, che rischia di erodere l'uniformità del regime comune, il legislatore dell'Unione ha previsto un sistema di pesi e contrappesi volto a preservare il carattere eccezionale delle misure. Tali presidi di garanzia risiedono principalmente nella durata delle deroghe[67], nel sistema di monitoraggio e negli obblighi di informazione.

In primo luogo, le misure eventualmente adottate in adozione del regolamento avrebbero carattere temporaneo, non potendo eccedere la durata della situazione di crisi o di forza maggiore, e comunque il limite massimo di 12 mesi. La limitazione chiara della durata non può che essere letta con favore, viste le ripercussioni che tali deroghe sono suscettibili di avere sulla tutela dei diritti dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale. Tuttavia, ci si domanda come l'Unione deciderà di governare una eventuale situazione straordinaria che ecceda tale lasso di tempo. A titolo esemplificativo la "crisi" più recente che ha portato a reali afflussi di massa verso l'Unione è l'aggressione russa in Ucraina, mentre una situazione qualificabile come "forza maggiore", caratterizzata da una forte diminuzione della mobilità umana, è stata la pandemia di Covid-19, entrambe con una durata superiore ai 12 mesi[68]. Uno scenario, ipotetico, potrebbe consistere, trascorso il periodo massimo, nell'attivazione di misure temporanee ai sensi dell'articolo 78, paragrafo 3 TFUE, che rende potenzialmente possibile stabilire le eccezioni dopo le eccezioni.

Un'ulteriore garanzia contenuta nel regolamento 2024/1359 è costituita dall'attività di monitoraggio qualificata come "costante" effettuata dalle Commissione e del Consiglio sulla persistenza della situazione emergenziale e circa la necessità del mantenimento delle deroghe in atto e della loro proporzionalità. Se non risulta esplicitata chiaramente l'attività svolta dal Consiglio, la Commissione è tenuta ad informare, con cadenza trimestrale, il Parlamento europeo ed il Consiglio, relativamente all'applicazione

[67] In merito alla centralità del fattore temporale quale "filo rosso" che attraversa l'intera riforma, si veda S. Marinai, *La rapidità nei meccanismi introdotti dal Patto: una necessità in funzione dell'"emergenza" migratoria?,* in P. De Pasquale, A. Circolo (a cura di), *La gestione delle emergenze nel diritto dell'Unione e nel diritto internazionale. Emergenza migratoria e valoriale*, volume II, Napoli, 2025, p. 37 ss.

[68] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 5, par. 3, ultima frase.

della decisione di esecuzione[69]. L'intervallo del Parlamento europeo è fondamentale per garantire un, sia pur limitato, controllo democratico anche in considerazione della natura giuridica dell'atto che autorizza le deroghe ai regimi ordinari. Difatti, si tratta di un atto non legislativo[70], alla cui formazione il Parlamento non prende parte[71].

Infine, in capo allo Stato membro, sussiste un obbligo di informazione di tutti i cittadini di paesi terzi e degli apolidi su cui le misure derogatorie producono effetti. In modo particolare, i soggetti in questione devono essere informati in una lingua che comprendono «sulle deroghe applicate, sulla durata delle misure e su come presentare ricorso contro le domande di asilo»[72].

6. *Osservazioni conclusive*

Le analisi fin qui condotte convergono nel delineare un'impostazione di *governance* strutturalmente "orientata alla crisi", imponendo un confronto con il paradigma della *crisification*[73], inteso come un approccio non meramente

[69] Come specificato dall'art. 6 par. 4, la Commissione nei suoi *report* deve prestare «particolare riguardo all'efficacia delle misure adottate per risolvere la situazione di crisi o di forza maggiore, e stabilisce se la situazione persiste e se le misure continuano a essere necessarie e proporzionate».

[70] Il regolamento si riferisce ad una "decisione di esecuzione" del Consiglio e, secondo la giurisprudenza della Corte, per distinguere gli atti legislativi dagli atti non legislativi è necessario adottare un approccio sistematico a garanzia della certezza del diritto. Sono pertanto da considerarsi atti legislativi solo gli atti la cui base giuridica li indica espressamente in tal senso (*Slovacchia e Ungheria/Consiglio*, C-643/15 e C-647/15, sopra citata, punti 62 e 63). Per una panoramica ampia sul principio di separazione dei poteri nell'Unione europea si rimanda a F. Fabbrini, *La separazione dei poteri nell'Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2023, p. 13 ss.

[71] Le procedure del regolamento 2024/1359 prevedono che il Parlamento europeo venga informato "immediatamente" dalla Commissione nel momento in cui questa effettua una valutazione al fine di stabilire l'esistenza di una situazione di crisi o di forza maggiore (art. 3, par. 3) e trasmette anche al Parlamento l'eventuale decisione di esecuzione della Commissione che accerti la situazione emergenziale (art. 3, par. 8); in merito alla decisione di esecuzione del Consiglio di cui sopra, la Commissione informa il Parlamento della presentazione della proposta di decisione di esecuzione del Consiglio (art. 4 par. 1) e successivamente, in caso di adozione, il Consiglio trasmette tale decisione al Parlamento europeo e alla Commissione (art. 4, par. 5, ultima frase).

[72] Regolamento (UE) 2024/1359, cit., art. 15.

[73] V. Moreno-Lax, *The "Crisification" of Migration Law: Insights from the EU External Border*, in *Queen Mary Law Research Paper* n. 403, 2023. Per un'analisi più ampia dell'impatto delle "crisi" nella regolamentazione e nelle politiche migratorie dell'Unione si

reattivo, bensì volto alla prevenzione sistematica delle potenziali criticità[74]. Tale tendenza riflette una trasformazione del diritto dell'Unione, nel quale l'emergenza cessa di essere un evento episodico per divenire un parametro ordinario di regolazione, una sorta di *institutionalised exceptionalism*[75] che si radica con forza in materia di politiche d'immigrazione e di asilo[76].

Se riletta alla luce della celebre espressione di Jean Monnet, secondo cui «Europe will be forged in crisis, and will be the sum of the solutions adopted for those crises»[77], la tendenza a una gestione emergenziale potrebbe apparire, in astratto, coerente con il percorso di integrazione europea e con l'auspicio di una risposta solidale e resiliente.

Tuttavia, l'impianto normativo qui esaminato rivela una declinazione di tale paradigma che solleva più di un'ombra: dietro la ricerca di una gestione strutturata delle crisi, emerge con chiarezza la persistenza di un approccio preminentemente securitario, che appare ormai connaturato alla gestione delle migrazioni nel loro complesso nello spazio giuridico dell'Unione europea[78].

Il sistema delineato nel Nuovo Patto suggerisce, infatti, una transizione verso una narrazione marcatamente politicizzata, seppur mediata dal registro tecnocratico della razionalità. Tale retorica, volta a generare una fallace fiducia in una gestione presentata come "efficace" e "umana"[79], cela una preoccupante deriva all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: l'elevazione della sicurezza a valore sovraordinato, capace di giustificare ampie deroghe ai diritti fondamentali. In questa prospettiva è

veda R. Dickson, *Migration Law, Policy and Human Rights. The Impact of Crisis in Europe*, Abingdon e New York, 2022.

[74] Sul concetto di *crisification* quale paradigma di trasformazione dei processi decisionali dell'Unione, si veda M. Rhinard, *The Crisisification of Policy-making in the European Union*, in *JCMS*, n. 3, 2019, p. 616 ss.

[75] S. F. Nicolosi, *Addressing a Crisis through Law: EU Emergency Legislation and its Limits in the Field of Asylum*, in *Utrecht Law Review*, 4, 2021 p. 29.

[76] In tal senso C. Favilli, *L'emergenza quale propulsore nella costruzione delle politiche dell'Unione di immigrazione e asilo*, in P. De Pasquale, A. Circolo (a cura di), *La gestione delle emergenze* cit., p. 11 ss.

[77] J. Monnet, *Mémoires*, Parigi, 1976, p. 417.

[78] Si veda, *ex multis*, J. Huysmans, *The European Union and the Securitization of Migration*, in *JCMS*, n. 5, 2000, p. 751 ss.

[79] COM(2020) 609 final, Comunicazione della Commissione, *Un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo*, del 23 settembre 2020: «È necessario instaurare un quadro europeo nuovo e duraturo per […] fornire una risposta adeguata [… alle] situazioni di crisi: un quadro in grado di offrire certezza, chiarezza e condizioni decorose agli uomini, alle donne e ai bambini che arrivano nell'UE e che *consenta inoltre agli europei di confidare nel fatto che la migrazione è gestita in modo efficace e umano, pienamente in linea con i nostri valori*», corsivo aggiunto.

stato evidenziato come si stia consolidando una gerarchia valoriale in cui la salvaguardia della stabilità del sistema sembra precedere assiologicamente la tutela dei diritti fondamentali delle persone migranti e gli stessi valori fondanti di cui all'articolo 2 del TUE[80].

In ultima analisi, ciò che emerge non è un reale sforzo volto al superamento delle criticità sistemiche, quanto piuttosto la scelta deliberata del legislatore di intervenire esclusivamente sugli effetti, rinunciando a una gestione delle cause strutturali dei flussi: dalle determinanti profonde dei movimenti irregolari alle crisi umanitarie che alimentano le migrazioni forzate, sino alla sostanziale immutabilità del criterio del paese di primo ingresso e alla cronica assenza di canali legali di accesso[81].

Fare proprie le dinamiche della crisi significa, inevitabilmente, accettare un'erosione delle garanzie, in cui gli *standard* di tutela del diritto e dei diritti divengono elastici e, in ultima istanza, sacrificabili sull'altare di un'efficienza meramente emergenziale.

La crisi, quindi, assurge a parametro per stabilire quali diritti si applicheranno e quali no (e a chi, di volta in volta), smorzando le garanzie procedurali alla frontiera. Questo *modus operandi* è difficilmente conciliabile con un'Unione fondata sullo stato di diritto e rispetto ad una materia che, presentando un forte radicamento nei diritti della persona umana, richiederebbe una massima attenzione proprio verso la tutela offerta soprattutto dalle garanzie procedurali[82]. Invece, come efficacemente osservato, i diritti «restano imbrigliati in una rete di presunzioni, finzioni giuridiche, regole procedurali e prassi applicative che ne erodono il contenuto materiale»[83].

In conclusione, il regolamento crisi e forza maggiore – unitamente alla tendenza parallela verso l'esternalizzazione delle frontiere[84] – pur muovendo

[80] G. Cornelisse, M. Reneman, *op.cit.*, p. 7.

[81] Sulla carenza di vie di accesso legali nel Nuovo Patto si vedano: M. Borraccetti, *Le vie legali di accesso all'Unione nel nuovo Patto su asilo e migrazione della Commissione europea*, in *I Post di AISDUE*, 2020, p. 97 ss.; A. Di Pascale, *L'immigrazione "legale" nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in questa *Rivista*, n. 2, 2021, p. 77 ss.; A. Pitrone, *Le vie legali di ingresso nell'Unione europea: principali novità e prospettive*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 391 ss.

[82] Cfr. P. De Pasquale, *Dal Nuovo Patto per la migrazione e l'asilo a un diritto dell'emergenza dell'Unione europea: a che punto è la notte?*, in *DPCE*, n. 4, 2020, p. 5 ss.

[83] D. Vitiello, *L'ultimo atto: il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge*, in *ADiM Blog*, dicembre 2023, p. 8.

[84] G. Pascale, *"Esternalizzazione" delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle* gross violations *dei diritti umani commesse in Libia*, in *SIE*, n. 2, 2018, p. 413 ss.; S. Poli, *"Flexible" Cooperation Between the European Union and Third Countries to Contain Migration Flows and the Uncertainties of*

dall'esigenza di preservare l'architettura giuridica di Schengen, rischia di indebolirne strutturalmente le basi. Difatti, se la *crisification* può essere considerata uno strumento funzionale al contenimento dei flussi migratori, essa appare difficilmente compatibile con i principi di certezza del diritto e di effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Le criticità così evidenziate spostano inevitabilmente l'orizzonte della verifica sul piano dell'effettività: solo l'analisi della prassi applicativa, che potrà svilupparsi successivamente al primo luglio 2026, nonché il vaglio della Corte di giustizia – la cui interpretazione sarà probabilmente determinante per definire tanto i limiti delle misure derogatorie, quanto una più puntuale valutazione della coerenza sistemica – permetteranno di comprendere se l'ordinamento dell'Unione avrà saputo governare le crisi o se, al contrario, avrà finito per lasciarsi governare da esse.

La sfida per l'Unione europea non è difatti semplicemente quella di "gestire" le crisi migratorie, ma di farlo senza smarrire il suo apparato valoriale.

È su questa linea di confine – sottile ma decisiva – tra protezione del sistema e tutela dei diritti fondamentali che, oggi, si misura la tenuta dell'*acquis* di Schengen e, con esso, la credibilità dell'Unione come comunità di diritto.

"Compensation Measures": The Case of the Resettlement of Refugees in EU Member States, in *DPCE online*, n. 4, 2020, p. 5272 ss; M.C. Carta, *La dimensione esterna della politica migratoria dell'Unione europea. Nuovo Patto: sempre più verso gli accordi e i "non-accordi" di esternalizzazione dei controlli e delle responsabilità*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 519 ss.; P. De Pasquale, *L'esternalizzazione dei controlli di frontiera e dei diritti dei migranti dell'Unione europea e degli Stati membri nel Mediterraneo*, in *SIE*, n. 2, 2024, p. 183 ss.

Abstract (ita)

Il presente contributo esamina il regolamento (UE) 2024/1359 sulla gestione delle situazioni di crisi e forza maggiore nel quadro del Nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo. L'autrice ne indaga l'impianto quale paradigma di un processo di *crisification*, inteso come l'istituzionalizzazione dell'emergenza a parametro ordinario di governo dei flussi, funzionale alla difesa dello spazio Schengen. L'analisi si sofferma su tre snodi critici: la fattispecie della strumentalizzazione, la *fictio iuris* di non ingresso e la flessibilità del sistema derogatorio, evidenziando la tensione tra esigenze di sicurezza e garanzie individuali. L'autrice riflette, infine, sulla capacità dell'Unione di governare le crisi senza compromettere la coerenza dell'ordinamento e la fedeltà all'impianto valoriale dell'Unione, nel delicato equilibrio tra l'integrità del sistema e l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Abstract (eng)

This article examines Regulation (EU) 2024/1359 on crisis and force majeure situations within the framework of the New Pact on Migration and Asylum. The author investigates its structure as a paradigm of a 'crisification' process, understood as the institutionalisation of emergency as an ordinary parameter for migration governance, aimed at defending the Schengen area. The analysis focuses on three critical junctures: the concept of instrumentalisation, the *fictio iuris* of non-entry, and the flexibility of the derogatory system, highlighting the tension between security requirements and individual guarantees. Finally, the author reflects on the Union's ability to govern crises without compromising legal consistency and adherence to its foundational values, within the delicate balance between system integrity and the effective protection of fundamental rights.

SORVEGLIANZA, AUTOMATISMI E LIBERTÀ: LE NUOVE AMBIVALENZE DELLO SPAZIO SCHENGEN

Francesca Di Matteo[*]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il confine interno come spazio informazionale, tra sorveglianza diffusa e riconfigurazione del controllo della mobilità. – 3. Automatismi decisionali e opacità informativa nelle nuove dinamiche del controllo alle frontiere interne. – 4. Decisioni già orientate e intervento umano fuori sequenza: uno *human* "after" *the loop* nello spazio Schengen. – 5. Brevi osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

A quarant'anni dall'Accordo di Schengen, il quadro normativo che disciplina le frontiere interne dell'Unione è attraversato da un processo di ridefinizione; in punto di controlli e di procedure applicabili alle frontiere interne, esso investe sia il perimetro dei poteri attribuiti agli Stati membri, sia le modalità operative e decisionali del loro esercizio.

Detto processo si inserisce in un contesto nel quale la crescente preoccupazione di alcuni Stati membri di contenere i flussi migratori e di evitare l'ingresso di migranti sul proprio territorio nazionale ha indotto i medesimi a ripristinare, in via di fatto, alcune frontiere interne. In particolare, a partire dal 2015, Germania, Austria e Slovenia hanno ristabilito i controlli in alcune zone dei propri confini verso altri Stati dell'Unione, seguiti poco dopo da Francia e Ungheria e poi da Svezia, Norvegia, Danimarca e Belgio. Alcuni Paesi dell'Unione hanno perfino annunciato di voler costruire barriere ai propri confini interni; altri ancora hanno abusato oltremisura della possibilità di ristabilire i controlli alle frontiere interne, consentita solo in via d'eccezione[1].

[*] Ricercatrice a tempo determinato (RTD-A) di Diritto dell'Unione europea presso l'Università LUMSA.

[1] Sul tema del ripristino dei controlli alle frontiere interne e dei tentativi di ovviarvi, si leggano, tra gli altri: E. PISTOIA, *Verso la riforma del Codice Frontiere Schengen: Le frontiere interne alla prova della nuova centralità delle riammissioni informali*, in *DIC*, n. 3, 2022, p. 38 ss.; E. PISTOIA, *Rule of Law Backsliding within the EU: The Case of Informal Readmissions of Third-country Nationals at Internal Borders* , in *ELJ*, n. 30, 2024, p. 60 ss.; S. MONTALDO, *The COVID-19 Emergency and the Reintroduction of Internal Border Controls in the Schengen Area: Never Let a Serious Crisis Go to Waste*, in *EP*, vol. 5, n. 1, 2020, p. 523 ss.; S. MONTALDO, *La riforma della governance delle frontiere interne dello spazio Schengen*, in M. SAVINO, D.

Il regolamento 2024/1717[2] si colloca in questo scenario orientando gli Stati membri verso l'impiego, nel controllo della mobilità, di tecnologie di sorveglianza diffuse e affidando alle banche dati interoperabili[3] un ruolo ormai centrale nella formazione della decisione amministrativa in materia di trasferimenti. Da un lato, cioè, si ammette espressamente il controllo delle frontiere interne attraverso «tecnologie di monitoraggio e sorveglianza», purché le stesse siano «generalmente utilizzate nel territorio per far fronte a minacce alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico» (art. 23); dall'altro lato, si afferma che la decisione di trasferimento del migrante in altro Stato membro può dipendere, tra l'altro, dai «risultati di ricerche svolte nelle pertinenti banche dati nazionali e dell'Unione» (art. 23 *bis*).

Questa trasformazione si colloca nel solco della «metamorfosi funzionale» delle frontiere interne[4] individuata dalla dottrina, secondo cui

Vitiello (a cura di), *Asilo e immigrazione. Tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio. Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM) 17 e 18 novembre 2022*, Napoli, 2023, p. 17 ss.; I. Barbero, *A Ubiquitous Border for Migrants in Transit and Their Rights: Analysis and Consequences of the Reintroduction of Internal Borders in France*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 22, n. 3, 2020, p. 366 ss.; M. Astuti, C. Bove, A. Brambilla, A. Lici, E. S. Rizzi, U. Stege, I. Stojanova, *«Per quanto voi vi crediate assolti siete per sempre coinvolti». I diritti umani fondamentali alla prova delle frontiere interne ed esterne dell'Unione europea*, in *DIC*, n. 1, 2022, p. 2 ss.; A. Di Pascale, *Riammissioni informali e violazione del diritto di asilo*, in *Questione Giustizia*, 9 febbraio 2021; S. Montaldo, V. Kelch, C. Mailand, S. Poncini, *The Past and the Future of Readmissions in the EU: from the AFFUM, ARIB and ADDE Case Law to the Reform of the Schengen Borders Code*, in *FSJ*, n. 3, 2024, p. 188 ss.; V. Apatzidou, *Schengen Reform: 'Alternatives' to Border Controls to Curb 'Secondary Movements'*, in *EP*, vol. 7, n. 2, 2022, p. 573 ss.; S. Salomon, J. Rijpma, *A Europe without Internal Frontiers: Challenging the Reintroduction of Border Controls in the Schengen Area in the Light of Union Citizenship*, in *German Law Journal*, vol. 24, n. 2, 2023, p. 281 ss.; M. De Somer, *Schengen: Quo Vadis?*, in *EJML*, vol. 22, n. 2, 2020, p. 178 ss.; F. Gülzau, *A "New Normal" for the Schengen Area. When, Where and Why Member States Reintroduce Temporary Border Controls?*, in *Journal of Borderlands Studies*, vol. 38, n. 5, 2023, p. 785 ss.

[2] Regolamento (UE) 2024/1717 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 recante modifica del regolamento (UE) 2016/399 che istituisce un codice dell'Unione relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone.

[3] Per un commento a caldo della novella, E. Pistoia, F. Di Matteo, *Ossimori e altri azzardi ai confini interni nelle modifiche al codice frontiere Schengen*, in M. Messina (a cura di), *Strengthening the European Union through the European Citizenship and the Rule of Law. Cittadinanza e Stato di diritto per un'Unione europea più forte*, Napoli, 2024, p. 309 ss.; D. Vitiello, *Nel nome della libertà di circolazione: la riforma di Schengen e le alternative al ripristino dei controlli interni*, in questa *Rivista*, n. 4, 2024, p. 1 ss. Si veda anche ASGI, *Ceci n'est pas Schengen. Impatti e sfide della riforma del Codice delle Frontiere (Regolamento UE 1717/2024)*, 2025, disponibile online.

[4] Per approfondimenti, *ex multis*: N. Vavoula, *The "Puzzle" of EU Large-Scale Information Systems for Third-Country Nationals: Surveillance of Movement and Its Challenges for Privacy and Data Protection*, in *ELR*, vol. 45, n. 3, 2020, p. 348 ss.; N. Vavoula,

il regolamento 2024/1717 completa il passaggio di Schengen da «snodo per la gestione del traffico transfrontaliero ad avamposto della frontiera esterna per i controlli di polizia sui migranti irregolari», come attesta l'estensione della base giuridica dall'art. 77 all'art. 79 TFUE.

Nel mutamento sistemico così delineato è possibile ravvisare un ulteriore profilo destinato ad acquisire crescente rilievo: l'incidenza che le infrastrutture tecniche di sorveglianza e i meccanismi informatici di correlazione esercitano sulla formazione della conoscenza amministrativa rilevante ai fini del controllo. Pur senza modificare la nozione giuridica di confine interno, tali elementi influiscono sulla selezione e sulla messa in relazione dell'informazione resa disponibile all'autorità, contribuendo a conformare preliminarmente il "terreno cognitivo" su cui essa è chiamata a operare, con implicazioni non marginali sul versante delle garanzie.

Ci si propone qui di approfondire tali aspetti, seguendo una traiettoria volutamente selettiva. In un primo momento, si mostrerà come l'art. 23, attraverso l'integrazione di tecnologie di sorveglianza diffuse e non concepite per finalità di controllo transfrontaliero, non si limiti a incidere sull'estensione delle attività ammesse, ma contribuisca a riconfigurare il quadro cognitivo entro cui l'autorità elabora le proprie valutazioni. Successivamente, l'attenzione si sposterà sull'art. 23 *bis*, che, su un piano distinto, introduce una procedura accelerata nella quale l'esito di interrogazioni elettroniche può assumere una funzione determinante nell'adozione di un provvedimento incidente sulla libertà individuale.

Si tenterà infine di giungere a una riflessione di carattere sistemico: nel quadro riformato, la collocazione temporale dell'intervento umano emerge come snodo critico. L'intervento dell'autorità, infatti, avviene sistematicamente dopo che l'informazione rilevante è stata già prodotta dai sistemi tecnici; il controllo umano si esercita così su una sequenza conoscitiva prestrutturata, entro margini di incidenza assai ridotti. Il problema non è, dunque, l'assenza dell'uomo, ma il fatto che il suo intervento si attivi soltanto a valle del momento nel quale si forma il presupposto valutativo, comprimendo

Immigration and Privacy in the Law of the European Union. The Case of Information Systems, Leiden-Boston, 2022; N. Vavoula, *Algorithmic Accountability Through the "Human over the Loop" in Interoperable and EU AI-Reliant Large-Scale IT Systems for Migration and Security*, in *EP*, vol. 9, n. 3, 2024, p. 1228 ss.; E. Brouwer, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *EPL*, vol. 26, n. 1, 2020, p. 71 ss.; C. Blasi Casagran, *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*, in *Human Rights Law Review*, vol. 21, n. 2, 2021, p. 433 ss.; G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *DIC*, n. 1, 2020, p. 170 ss.

in radice la possibilità di un vaglio effettivo e di una valutazione autonoma rispetto all'*output* algoritmico: in altre parole, uno *human* "after" *the loop*.

2. *Il confine interno come spazio informazionale, tra sorveglianza diffusa e riconfigurazione del controllo della mobilità*

La fisionomia giuridica delle frontiere interne, nella logica originaria dell'*acquis* di Schengen, trovava fondamento in un nucleo strutturale ben definito: la soppressione dei controlli sistematici e il divieto di misure aventi effetti equivalenti costituivano la garanzia essenziale dell'effettività della libertà di circolazione. L'art. 22 del Codice frontiere Schengen, rubricato «[a] ssenza del controllo di frontiera alle frontiere interne», non solo riafferma tale principio, ma cristallizza l'idea che la mobilità interna debba svolgersi senza controlli individualizzati, cioè senza la necessità per la persona di esibire documenti o giustificazioni specifiche per l'attraversamento. Il sistema si basava dunque su una nozione puntuale e "localizzata" del confine interno, inteso come linea territorialmente identificabile ma giuridicamente attraversabile senza interferenze individualizzate.

Il regolamento 2024/1717 non incide formalmente sul contenuto dell'art. 22, ma interviene sulla natura e sull'ampiezza delle attività di polizia ammesse lungo la linea confinaria interna, introducendo un insieme di elementi che contribuiscono a ridefinire – in senso tecnologico e informazionale – il rapporto tra confine e controllo.

In tal senso, la riformulazione dell'art. 23, par. 1, sembra assumere un rilievo decisivo. La disposizione, nel chiarire che l'assenza di controlli alle frontiere interne non pregiudica l'esercizio delle competenze di polizia, introduce la possibilità per gli Stati membri di fare ricorso, nello svolgimento delle verifiche interne, alle «tecnologie di monitoraggio e sorveglianza generalmente utilizzate nel territorio» per fronteggiare minacce alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico. L'espressione «generalmente utilizzate nel territorio», la cui formulazione appare deliberatamente ampia, trova un'esplicitazione significativa nel considerando 21 del regolamento 2024/1717, che menziona l'uso di «tecnologie moderne per monitorare i flussi di traffico, in particolare sulle autostrade e su altre strade importanti determinate dagli Stati membri», ritenendo tale impiego «utile», per far fronte (anche) alle minacce per l'ordine pubblico o la sicurezza interna. La scelta legislativa enfatizza dunque la possibilità che strumenti originariamente destinati alla gestione del traffico veicolare o ad attività di

sicurezza urbana – e quindi sviluppati per finalità estranee alla selezione individuale dei movimenti transfrontalieri – siano integrati nel quadro delle verifiche interne Schengen. Tra l'altro, in questo scarto tra finalità originaria e finalità sopravvenuta, esplicitato proprio dal considerando 21, può essere ravvisato un fenomeno di *function creep*, nel senso accolto dalla disciplina in materia di protezione dei dati[5]: una tecnologia concepita per il governo dei flussi stradali viene reimpiegata per finalità del tutto diverse, peraltro più intrusive, quali l'individuazione di condotte rilevanti ai fini dell'ordine pubblico o della sicurezza interna, in questo caso non come esito applicativo, ma quale effetto diretto della stessa disposizione normativa.

L'inserimento di questa formula contribuisce a modificare la fisionomia del controllo nello spazio Schengen riformato: il confine interno non è più soltanto una linea fisica, ma uno spazio informativo. Le tecnologie «generalmente utilizzate» non operano come strumenti puntuali, attivati sulla base di un sospetto individualizzato, bensì come infrastrutture che registrano, elaborano e integrano informazioni in modo continuo e distribuito. In questo senso, non è la reiterazione di singoli atti amministrativi di controllo a generare sistematicità, ma la natura stessa delle infrastrutture tecnologiche, la cui operatività costante produce un flusso continuo di dati che diventa parte integrante del processo conoscitivo dell'autorità. La videocamera stradale non "controlla" a intervalli, ma registra senza soluzione di continuità; il sistema di lettura targhe non verifica selettivamente, ma acquisisce dati su tutti i veicoli in transito; la sensoristica urbana non agisce sulla base di un rischio predeterminato, ma genera un flusso costante di informazioni ambientali.

L'estensione del ricorso a tali tecnologie, anche ove si voglia escludere che integrino forme di verifica di frontiera o, sul piano funzionale, misure ad effetto equivalente, solleva nondimeno questioni di particolare delicatezza quanto alla compatibilità con i limiti imposti dal diritto primario: ciò vale,

[5] Il fenomeno del *function creep* – espressione con cui si designa il rischio che dati raccolti per una determinata finalità siano successivamente utilizzati per scopi ulteriori rispetto a quelli originariamente previsti, mediante una progressiva estensione delle funzioni del sistema – rappresenta una criticità strutturale dei sistemi informativi europei, specie in ambito biometrico. In tal senso, v. AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI (FRA), *Under Watchful Eyes: Biometrics, EU IT Systems and Fundamental Rights*, 2018, p. 13 e 61, reperibile *online*; L. HOUWING, *Stop the Creep of Biometric Surveillance Technology*, in *European Data Protection Law Review*, vol. 6, n. 2, 2020, p. 174 ss., p. 176: «[a] concern we have about calling for new regulation addressing biometric surveillance in the public space, is that we will not be able to contain the use. The call for regulation is a call for a limited legal basis for the deployment of this extremely invasive technology. History has taught us never to underestimate a good function creep».

in particolare, per gli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali, come interpretati dalla Corte di giustizia nei precedenti in materia di sorveglianza elettronica, nonché per l'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, trattandosi del diritto corrispondente ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta.

Com'è noto la Corte EDU, a partire dalle sue pronunce storiche – *Klass*[6], *Malone*[7], *Weber e Saravia*[8], *Liberty*[9] – ha definito un'architettura delle garanzie applicabili alle ingerenze basata sulla prescrizione legale chiara e accessibile, sulla legittimità dello scopo perseguito e sulla stretta necessità dell'ingerenza in una società democratica, giungendo in *Weber e Saravia* a individuare sei garanzie minime cui ogni regime di sorveglianza deve conformarsi. Tale parametro viene confermato e al tempo stesso affinato in decisioni più recenti, come *Big Brother Watch*[10], dove la Grande Camera chiarisce che, per valutare la legittimità dell'ingerenza occorre considerare un insieme più ampio di criteri, non più circoscritto allo schema delineato in *Weber e Saravia*. Si richiede, infatti, che il quadro normativo interno definisca con sufficiente precisione i presupposti che possono giustificare l'autorizzazione della sorveglianza su larga scala, le circostanze nelle quali le comunicazioni individuali possono essere intercettate, la procedura di autorizzazione e le modalità di selezione, esame e utilizzo del materiale intercettato; che esso specifichi inoltre le cautele nella comunicazione dei dati a terzi, i limiti alla durata delle operazioni e alla conservazione del materiale, le condizioni per la sua cancellazione o distruzione, nonché l'esistenza di meccanismi di controllo indipendente, sia preventivo sia successivo, dotati di poteri effettivi di intervento[11].

[6] Corte EDU 6 settembre 1978, ric. n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania*.

[7] Corte EDU 2 agosto 1984, ric. n. 8691/79, *Malone c. Regno Unito*.

[8] Corte EDU 29 giugno 2006, ric. n. 54934/00, *Weber e Saravia c. Germania*, punto 95. Si tratta del noto precedente in cui la Corte, nell'esaminare la legislazione tedesca in materia di *strategic monitoring*, ha definito i cd. sei criteri minimi di salvaguardia per determinare la legittimità o meno di una misura di sorveglianza: *a*) l'indicazione della natura dei reati che possono dar luogo all'ordine di intercettazione; *b*) la definizione delle categorie di persone che possono essere sottoposte ad intercettazione; *c*) l'indicazione di un limite massimo di durata della misura; *d*) la procedura da seguire per l'elaborazione e la conservazione dei dati ottenuti; *e*) le precauzioni da adottare nel trasferimento dei dati; *f*) le circostanze in cui le registrazioni possono – o devono – essere cancellate.

[9] Corte EDU 1° luglio 2008, ric. n. 58243/00, *Liberty e altri c. Regno Unito*.

[10] Corte EDU 25 maggio 2021, ricc. nn. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*.

[11] *Ivi*, punti 325, 350 e 361. La Corte distingue tra quattro diverse fasi del processo di intercettazione di massa e afferma che gli Stati devono predisporre garanzie "end-to-end" in ciascuna di tali fasi. Nel valutare se lo Stato convenuto abbia agito nell'ambito del proprio

Anche la Corte di giustizia, nell'ormai consolidata giurisprudenza sulla conservazione e sull'accesso ai dati personali, ha elaborato un percorso parallelo. In *Digital Rights Ireland*[12], la Corte ha dichiarato invalida la direttiva 2006/24/CE poiché essa imponeva una conservazione generalizzata e indiscriminata dei dati relativi all'intera popolazione europea, interferendo gravemente con gli articoli 7 e 8 della Carta senza superare il test di proporzionalità *ex* art. 52, par. 1. Tale approccio viene ribadito in *Tele2 e Watson*[13], dove si legge che qualsiasi misura di accesso ai dati conservati deve essere fondata su norme chiare e vincolanti, limitata allo stretto necessario mediante criteri oggettivi, subordinata a un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità indipendente e accompagnata da garanzie tecniche elevate, comprese la conservazione nell'Unione e la distruzione irreversibile dei dati.

È stato tuttavia osservato come, l'indirizzo marcatamente garantista inaugurato con la sentenza *Digital Rights* e successivamente ribadito nella pronuncia *Tele2 e Watson*[14], abbia conosciuto, nella giurisprudenza più recente, una parziale rimodulazione, orientata verso il riconoscimento, sia pure entro limiti stringenti, della possibile compatibilità con il diritto dell'Unione di misure di raccolta generalizzata e indifferenziata di dati personali. Il riferimento è, in particolare, alle sentenze *Privacy International*[15] e *La Quadrature du Net*[16], originate da rinvii pregiudiziali concernenti l'interpretazione dell'art. 15 della direttiva 2002/58/CE. Invero, pur richiamando costantemente i *dicta* di *Digital Rights* e *Tele2 e Watson*, la Corte ammette che il diritto interno possa prevedere, ai fini della sicurezza nazionale, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati, purché la misura sia giustificata dall'esistenza di una minaccia «reale e attuale o prevedibile»[17] e garantisca «mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati di cui trattasi sia subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi».

margine di apprezzamento, occorrerà poi tenere conto di una serie di requisiti ulteriori rispetto ai cd. sei criteri minimi di salvaguardia stabiliti in *Weber e Saravia* (v. *supra* nota n. 8): a tal fine la Corte individua un test articolato in otto passaggi, cui la legislazione nazionale deve conformarsi.

[12] Corte giust. 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland e Seitlinger e a.*, punti 56-59.

[13] Corte giust. 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*, punti 117-122.

[14] *Ivi*., punti 103 e 108-110.

[15] Corte giust. 6 ottobre 2020, C-623/17, *Privacy International*.

[16] Corte giust. 27 novembre 2020, C-511/18, C-512/18 e C520/18, *La Quadrature du Net e a*.

[17] *Ivi*., punto 168.

In *Ligue des droits humains*, questa tendenza trova ulteriore conferma: la Corte qualifica il sistema PNR come «un sistema di sorveglianza continua, indiscriminata e sistematica, che include la valutazione automatizzata di dati personali di tutte le persone che utilizzano servizi di trasporto aereo»[18]; anche in questo caso, tuttavia, la censura non investe la raccolta in quanto tale, bensì la carenza di adeguate garanzie, «[p]er soddisfare il requisito di proporzionalità, la normativa di cui trattasi, che comporta l'ingerenza, deve prevedere norme chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione delle misure che essa prevede e fissino requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati sono stati trasferiti dispongano di garanzie sufficienti, tali da permettere di proteggere efficacemente i loro dati personali contro i rischi di abuso. Essa deve in particolare indicare in quali circostanze e a quali condizioni una misura che prevede il trattamento di siffatti dati possa essere adottata, garantendo così che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario. La necessità di disporre di siffatte garanzie è tanto più importante allorché i dati personali sono soggetti a trattamento automatizzato»[19]. L'insieme di tali statuizioni conferma lo spostamento del baricentro del sindacato giudiziale dalla struttura dell'ingerenza alle condizioni della sua giustificabilità.

Questo duplice movimento – riaffermazione dei limiti tradizionali e, al contempo, emersione di spazi di compatibilità condizionata – ha portato parte della dottrina a parlare di una possibile «normalizzazione»[20] delle pratiche di sorveglianza di massa. Altri contributi hanno per contro evidenziato come la giurisprudenza, lungi dal legittimare in maniera indiscriminata tali pratiche, continui, in concreto, a opporsi alla loro generalizzazione attraverso la costante censura delle misure nazionali all'esito del vaglio di stretta necessità[21], valorizzando in tal modo le garanzie sostanziali e i rimedi effettivi, e ponendosi così in netto contrasto con l'idea stessa di una normalizzazione del fenomeno. In questa prospettiva, più che consacrare una normalizzazione della sorveglianza, la giurisprudenza recente sembra piuttosto approdare a quel modello che la dottrina ha efficacemente

[18] Corte giust. 21 giugno 2022, C-817/19, *Ligue des droits humains*, punto 111.

[19] *Ivi*., punto 117.

[20] M. Nino, *La normalizzazione della sorveglianza di massa nella prassi giurisprudenziale delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo: verso il cambio di paradigma del rapporto privacy v. security*, in *FSJ*, n. 3, 2022, p. 105 ss.; M. Milanović, *The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för Rättvisa*, in *EJIL:Talk!*, 26 maggio 2021.

[21] F. Di Matteo, *La riservatezza dei dati biometrici nello Spazio europeo dei diritti fondamentali: sui limiti all'utilizzo delle tecnologie di riconoscimento facciale*, in *FSJ*, n. 1, 2023, p. 74 ss.

qualificato come «feticismo procedurale»[22], nel quale la neutralizzazione del rischio intrusivo viene affidata a un apparato via via più articolato di garanzie procedurali e sostanziali.

Alla luce del quadro giurisprudenziale richiamato, la riformulazione dell'art. 23 assume un rilievo critico sotto il profilo sistematico. Pur subordinando l'impiego delle tecnologie alla finalità di far fronte a minacce alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico, la disposizione, letta insieme al considerando 21, ammette che possano essere reimpiegate a tali fini anche infrastrutture concepite per scopi diversi, come il monitoraggio dei flussi di traffico, purché generalmente utilizzate nel territorio. L'elevazione della loro ordinaria diffusione a criterio di compatibilità con l'attività di polizia lungo le frontiere interne si colloca evidentemente su un piano diverso rispetto ai criteri elaborati dalle due Corti. Si tratta infatti di un parametro che deroga alla logica seguita nel valutare strumenti con capacità di acquisizione sistematica o non selettiva dei dati, giacché la mera normalità d'uso non incide, di per sé, sul potenziale intrusivo della tecnologia né attenua l'intensità dell'ingerenza che il suo impiego è idoneo a produrre. E nulla dice, peraltro, circa l'apparato di garanzie procedurali e sostanziali che dovrebbe accompagnare ogni misura di questo tipo.

È proprio sul terreno della tutela dei diritti fondamentali – e segnatamente degli artt. 7 e 8 della Carta – che si impone una riflessione ulteriore sul modo in cui il principio di proporzionalità debba essere declinato in presenza di apparati di sorveglianza con operatività strutturalmente continua. Letto in questa luce, il principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1, della Carta non può essere applicato esclusivamente al singolo atto di controllo o alla singola operazione di trattamento. Quando l'incidenza sui diritti degli interessati deriva dalla stessa operatività continua delle infrastrutture tecnologiche – dalla loro capacità di acquisizione potenzialmente generalizzata e di interconnessione sistematica delle informazioni – il giudizio di necessità e adeguatezza deve investire l'assetto complessivo del modello di sorveglianza. Diversamente, l'analisi rischia di frammentarsi, reputando proporzionate singole utilizzazioni del dato inserite in un contesto strutturale idoneo a produrre un'ingerenza diffusa e permanente.

Sotto un profilo distinto, ma complementare, occorre considerare gli effetti che la riformulazione dell'art. 23 produce sulla qualificazione giuridica delle attività di sorveglianza. All'interno di questo assetto normativo, il legislatore inserisce queste tecnologie tra le attività che, alle condizioni

[22] M. Zalnieriute, *Procedural Fetishism and Mass Surveillance Under the ECHR. Big Brother Watch v. UK*, in *Verfassungsblog*, 2 giugno 2021.

indicate dall'art. 23, non devono considerarsi equivalenti a controlli di frontiera, delineando così una presunzione relativa di non equivalenza. Una simile presunzione non incide soltanto sulla qualificazione giuridica dell'attività, ma orienta anche il successivo sindacato giurisdizionale, spostando il baricentro dell'argomentazione sull'accertamento di eventuali "effetti equivalenti". Sembrerebbe derivarne un'attenuazione dell'onere dimostrativo gravante sull'autorità, giacché l'attività è, in via di principio, ricondotta al paradigma della legittima competenza di polizia, salvo che se ne dimostri in concreto la sostanziale equivalenza a un controllo di frontiera. Ne consegue che l'onere argomentativo tende a gravare non tanto sull'amministrazione, chiamata a giustificare *ex ante* la compatibilità della misura con l'assenza di controlli, quanto su chi la contesti, cui spetterebbe evidenziarne l'effetto sostanzialmente equivalente.

Proprio nella zona di frizione tra il divieto di reintrodurre verifiche di frontiera e la possibilità, dischiusa dall'art. 23, di avvalersi di tecnologie di monitoraggio caratterizzate da operatività continua, si configura la prima ambivalenza dello Schengen riformato: un confine interno giuridicamente aperto, ma potenzialmente permeato da controlli diffusi che investono indiscriminatamente tutti i soggetti in transito – inclusi i cittadini dell'Unione – generando effetti che, nella sostanza, si avvicinano a un ripristino dei controlli e che, anche prescindendo da tale qualificazione, producono un'ingerenza certa nei diritti sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta, trasformando il confine interno da linea di attraversamento in dispositivo permanente di osservazione.

3. *Automatismi decisionali e opacità informativa nelle nuove dinamiche del controllo alle frontiere interne*

Se l'art. 23 contribuisce a riconfigurare la dimensione osservativa del confine interno trasformandolo in uno spazio informazionale, è nell'art. 23 *bis* che questa trasformazione può assumere una precisa valenza decisionale.

La norma introduce una procedura uniforme di trasferimento dei cittadini di Paesi terzi rintracciati nelle zone di frontiera interna e, pur non sostituendo gli strumenti ordinari di rimpatrio previsti dalla direttiva 2008/115/CE né le riammissioni fondate sugli accordi bilaterali *ex* art. 6, par. 3, della stessa direttiva (come precisato dal considerando 29 del Regolamento (UE) 2024/1717), costituisce un indicatore significativo della nuova traiettoria del legislatore europeo. La procedura è infatti facoltativa,

ma il suo disegno normativo – nella struttura probatoria, nei tempi e nella logica delle «chiare indicazioni», di cui si dirà – rivela un modello di intervento amministrativo diverso rispetto al passato.

L'elemento più rilevante è il ruolo delle informazioni «messe immediatamente a disposizione» dell'autorità che rintraccia la persona, tra cui figurano le dichiarazioni rese al momento del rintraccio, i documenti di identità o di viaggio trovati addosso all'interessato, oppure i «risultati di ricerche svolte nelle pertinenti banche dati nazionali e dell'Unione». Il tenore letterale della disposizione consente una lettura secondo cui anche un solo elemento tra quelli contemplati può costituire la base per la decisione immediata di trasferimento, purché sia idoneo a fornire «chiare indicazioni» del fatto che il cittadino di Paese terzo «sia arrivato direttamente da un altro Stato membro» e non abbia il diritto di soggiornare in quello in cui è stato rintracciato.

La struttura dell'art. 23 *bis* rende dunque tecnicamente possibile, sebbene forse non frequente nella prassi, che una decisione di trasferimento sia adottata solo sulla base dell'esito di un'interrogazione elettronica, qualora questa mostri, ad esempio, una recente registrazione del soggetto all'ingresso in un altro Stato membro, la mancanza di un titolo valido di soggiorno o un allarme relativo all'inosservanza di un provvedimento di allontanamento; la disposizione infatti non richiede che tali risultati siano necessariamente corroborati da ulteriori riscontri contestuali: è sufficiente che risultino "immediatamente" disponibili, indipendentemente dal modo in cui il dato è stato originariamente raccolto o dalla consapevolezza della persona interessata. In questo senso, l'art. 23 *bis* non introduce automatismi, ma neppure li esclude; anzi, la sua formulazione li rende potenzialmente compatibili con la decisione amministrativa, purché formalmente mediati dalla valutazione dell'agente competente.

È in questa prospettiva che la giurisprudenza della Corte di giustizia in *Schufa Holding*[23] sembra offrire un chiarimento decisivo. La Corte vi afferma che l'imputazione formale della decisione finale a un agente umano non basta

[23] Corte giust. 7 dicembre 2023, C-634/21, *SCHUFA Holding (Scoring)*. In dottrina, v. in particolare, F. Palmiotto, *When Is a Decision Automated? A Taxonomy for a Fundamental Rights Analysis*, in *GLJ*, 2024, p. 1 ss; J. Horstmann, *CJEU: The Rating of a Natural Person's Creditworthiness by a Credit Rating Agency Constitutes Profiling and Can Be an Automated Decision under Article 22 GDPR*, in *EDPL*, vol. 10, n. 1, 2024, p. 117 ss.; N. Genicot, *Arrêt «SCHUFA Holding (scoring)»: les scores évaluant la solvabilité des individus au regard de la protection des données à caractère personnel*, in *Journal de droit européen*, n. 5, 2024, p. 230 ss.; C. E. Papadimitriu, *Algoritmi e credit scoring. La Corte di giustizia si pronuncia sulla valutazione automatizzata del merito creditizio*, in *SIE*, n. 3, 2025, p. 595 ss.

a escludere l'applicazione dell'art. 22 del RGDP quando un trattamento automatizzato di dati personali – che ne costituisce il presupposto – produce un risultato idoneo a orientare in modo determinante la decisione del terzo. Nel caso di specie, tale risultato consiste nel calcolo automatizzato di un tasso di probabilità relativo alla capacità dell'interessato di adempiere ai propri impegni di pagamento in futuro, elaborato mediante procedimenti statistico-matematici sulla base dei dati personali dell'interessato stesso. Come precisato ai punti 61 e 62 della sentenza, qualora tale punteggio di solvibilità sia utilizzato da un terzo – ad esempio un istituto di credito – come parametro decisivo per stabilire se instaurare o meno un rapporto contrattuale con l'interessato, non può sostenersi che esso costituisca un mero atto preparatorio. In una simile situazione, l'azione del terzo risulta infatti condizionata in modo decisivo dal tasso di probabilità generato dal trattamento automatizzato, sicché ricondurre la "decisione" esclusivamente all'atto finale del terzo comporterebbe il rischio di eludere le garanzie previste dall'art. 22 RGPD. Invero, in tali circostanze, l'apporto umano tende a ridursi a una valutazione meramente apparente o comunque sostanzialmente dipendente dal punteggio algoritmico, poiché l'organo decidente si limita, nella pratica, a recepire un esito già determinato dal trattamento automatizzato.

Applicati al contesto dell'art. 23 *bis*, tali principi suggeriscono che la decisione di trasferimento potrebbe risultare epistemologicamente automatizzata, benché formalmente attribuita all'autorità umana, almeno ogni qual volta l'esito dell'interrogazione della banca dati abbia un peso tale da orientare in modo pressoché vincolante la decisione dell'autorità, riducendo il margine di valutazione effettiva.

Un esempio può chiarire la portata della questione. Si immagini il caso di un cittadino di Paese terzo rintracciato durante un pattugliamento congiunto, che dichiara di essere giunto in autonomia sul territorio dello Stato membro. Qualora una interrogazione della banca dati *Entry/Exit System* (EES) restituisse un ingresso registrato nello Stato confinante due giorni prima insieme all'assenza di un titolo di soggiorno valido, tali elementi potrebbero costituire «chiare indicazioni» sufficienti per adottare il trasferimento immediato, anche qualora la persona insista nel contestare la correttezza (o l'aggiornamento) delle informazioni. La decisione sarebbe formalmente attribuita all'agente, ma il ruolo determinante dell'interrogazione elettronica potrebbe configurare una situazione analoga a quella descritta in *Schufa*, nella quale la valutazione umana non controbilancia il risultato del trattamento automatizzato, bensì lo ratifica. L'opacità derivante dall'impossibilità, per

l'individuo, di verificare immediatamente la correttezza dei dati registrati in sistemi complessi e interoperabili accentua tale dinamica, riducendo la capacità di contestare in concreto la fonte dell'informazione.

Un secondo esempio riguarda i casi in cui il rintraccio avvenga in aree interessate da tecnologie di sorveglianza diffuse ai sensi dell'art. 23. Sebbene tali tecnologie non alimentino direttamente le banche dati europee (o, almeno, non è per forza detto che lo facciano), esse possono generare osservazioni operative che conducono l'autorità ad attivare una ricerca nelle banche dati. Se questa, a sua volta, evidenzia un precedente ingresso in altro Stato membro e l'assenza di un titolo valido, il nesso tra sorveglianza territoriale e decisione di trasferimento si compie attraverso un processo inferenziale complesso: l'osservazione originaria deriva da tecnologie territoriali, la "chiarezza" dell'indicazione deriva dall'esito dell'interrogazione elettronica. È in tale possibile intreccio che si manifesta il rischio di una sistematica eterodirezione cognitiva della decisione, difficilmente conciliabile con il modello di controllo basato su sospetto individualizzato che caratterizzava l'impianto originario di Schengen.

Un terzo esempio particolarmente significativo concerne gli errori noti nei sistemi interoperabili: *alert* SIS II non aggiornati, impronte erroneamente associate in Eurodac (*European Asylum Dactyloscopie Database*), dati relativi a documenti revocati ma ancora presenti nel *Visa Information System* (VIS). Anche questi elementi possono divenire «chiare indicazioni», nonostante la loro scarsa affidabilità nel caso concreto.

Ciò posto, ad aggravare l'ambivalenza del sistema interviene la forte accelerazione procedurale prevista dall'art. 23 *bis*, che nel prevedere un trasferimento immediato e un ricorso privo di effetto sospensivo, comprime inevitabilmente lo spazio entro il quale tali garanzie possono operare. La persona rintracciata non ha la possibilità di verificare tempestivamente la correttezza dei dati che hanno fondato la decisione; né la norma impone all'amministrazione un onere motivazionale che espliciti la catena informativa sottostante. Ne deriva una tensione strutturale con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e il diritto ad una buona amministrazione, nella specifica estrinsecazione del dovere motivazionale, garantiti dagli articoli 47 e 41 della Carta, su cui si è detto più ampiamente altrove[24].

[24] Sul punto, sia consentito rinviare a F. Di Matteo, *La procedura di trasferimento alle frontiere interne nella riforma del Codice Schengen alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *DIC*, n. 2, 2025, p. 1 ss., ove si evidenzia come, nel contesto di processi decisionali automatizzati, il pieno assolvimento dell'obbligo di motivazione da parte dell'amministrazione assuma rilievo dirimente ai fini dell'effettività del diritto al ricorso. Se l'interessato non è posto in condizione di conoscere le ragioni puntuali del provvedimento –

In tale contesto, la procedura di cui all'articolo 23 *bis* costituisce un indice particolarmente eloquente della direzione impressa dalla riforma: la formazione della conoscenza amministrativa mediante processi tecnici stratificati che precedono l'intervento umano, relegandolo a un momento successivo e sovrapposto all'operatività delle infrastrutture informative, sino a rendere spesso difficilmente percepibile il suo apporto effettivo.

A ciò si aggiunge la coesistenza, nel sistema, della procedura uniforme *ex* art. 23 *bis* con gli strumenti ordinari della direttiva Rimpatri e con gli accordi di riammissione bilaterali «fuori dalle zone di frontiera» (come indicato nel considerando 29), che sembra contribuire ulteriormente all'opacità della scelta amministrativa: sebbene incardinati in presupposti applicativi differenti, tali strumenti ampliano in concreto il margine di azione dell'autorità e rendono meno prevedibile – per l'interessato e talvolta anche sul piano sistemico – la traiettoria procedurale che verrà attivata. Ogni opzione comporta infatti livelli significativamente diversi di garanzie, rimedi e standard probatori, sicché la scelta non è neutra ma incide direttamente sulla posizione giuridica della persona coinvolta.

4. *Decisioni già orientate e intervento umano fuori sequenza: uno* human "after" the loop *nello spazio Schengen*

In tema di decisioni fondate su trattamenti automatizzati l'attenzione, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, si è incentrata primariamente sulla ricostruzione della nozione di intervento umano significativo ai sensi dell'art. 22 del RGDP e, per questa via, sulla delimitazione del perimetro della discrezionalità effettivamente esercitabile, nonchè sulla possibilità per l'agente di valutare criticamente l'*output*, sul grado di trasparenza del processo algoritmico e sulle condizioni materiali che rendono praticabile la comprensione del funzionamento dei sistemi tecnici[25].

Tuttavia, questa impostazione presuppone un modello decisionale

ivi compresi gli elementi probatori su cui esso si fonda nonché i modelli o criteri che orientano, a monte, il trattamento automatizzato – egli non è, per definizione, in grado di valutare né di esercitare utilmente il rimedio giurisdizionale. In tale prospettiva, l'obbligo motivazionale di cui all'art. 41 e il diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 47 della Carta finiscono per configurarsi come le due inscindibili facce di un Giano bifronte.

[25] F. Palmiotto, *op. cit.*; G. Malgieri, G. Comandé, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 4, 2017, p. 243 ss.; S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, vol. 7, n. 2, 2017, p. 76 ss.; H. L.

lineare, nel quale il controllo umano interviene all'interno della sequenza cognitiva che conduce all'adozione del provvedimento. La recente riforma del Codice frontiere Schengen mostra invece un fenomeno diverso.

L'art. 23 contribuisce a delineare un ambiente informazionale in cui una parte significativa delle osservazioni utilizzate dall'autorità discende da «tecnologie generalmente utilizzate nel territorio», la cui operatività è continua, preventiva e non fondata su alcun sospetto individualizzato. In tale assetto, l'intervento dell'agente si attiva sulla base di esiti tecnici già disponibili, senza aver inciso sulla loro formazione.

L'art. 23 *bis* introduce, su un piano distinto, una procedura accelerata che attribuisce un valore presuntivo ai risultati delle ricerche nelle banche dati, trattandoli come elementi immediatamente idonei a fondare una decisione incidente sulla libertà personale e sulla libertà di circolazione; qui l'azione amministrativa si costruisce – e necessariamente si colloca – su risultanze elettroniche che la precedono.

In entrambe le ipotesi, l'intervento umano non ha più la funzione di partecipare alla costruzione del quadro informativo, ma quella più limitata di prenderne atto: nel primo caso, mediante l'attivazione del rintraccio; nel secondo, attraverso l'adozione della decisione di trasferimento.

Lo scarto temporale che caratterizza il nuovo modello Schengen fa sì che l'intervento umano sopraggiunga quando l'impianto informativo è già definito e le principali inferenze sono state elaborate altrove, secondo logiche che l'agente non ha contribuito a formare e solo in parte è in grado di comprendere. Non si è pertanto dinanzi a decisioni interamente automatizzate in senso stretto, poiché l'atto resta formalmente imputato all'autorità, ma a determinazioni la cui traiettoria valutativa risulta già prefigurata dai processi automatizzati: la pre-strutturazione tecnica delimita, spesso in modo tacito, il perimetro delle opzioni valutative realmente disponibili, con la conseguenza che la fase umana tende a non coincidere con un momento di costruzione della conoscenza, ma piuttosto con un momento dichiarativo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, e in particolare la sentenza *Schufa Holding*[26], contribuisce a mettere a fuoco criticamente questa dinamica. Stabilendo che una decisione può dirsi basata "esclusivamente" su un trattamento automatizzato anche quando l'atto finale è formalmente adottato da un operatore umano, qualora il risultato del trattamento svolga un "ruolo determinante" rispetto al contenuto della decisione assunta, la

JANSSEN, *An Approach for a Fundamental Rights Impact Assessment to Automated Decision-Making*, in *International Data Privacy Law*, vol 10, n. 1, 2020, p. 76 ss.

[26] *SCHUFA Holding*, sopra citata, punto 62.

Corte sembra implicitamente riconoscere che il discrimine non risiede nella mera presenza dell'uomo nel processo decisionale, bensì nella temporalità del suo intervento, nella misura in cui da essa dipende la sua effettiva capacità di incidere sulla traiettoria cognitiva del procedimento.

La qualificazione giuridica di decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato *ex* art. 22 RGDP merita dunque una particolare ed ulteriore riflessione nel contesto del controllo delle frontiere interne, dove sembra emergere un modello di decisione amministrativa in cui l'autorità non entra nel processo tecnico, ma ne eredita gli esiti. La dinamica non è quella del controllo umano significativo, ma quella della supervisione ex post . da mettere in corsivo, in cui la verifica è ontologicamente incapace di modificare la forma logica della correlazione prodotta dal sistema. L'umano non è escluso, ma è dislocato temporalmente: non controlla il processo, controlla le sue conseguenze. Se così è, occorrerebbe forse ripensare le coordinate giuridiche del ragionamento: le garanzie procedurali non soltanto quali limiti esterni all'automazione, ma quali presupposti strutturali che rendono l'intervento umano concretamente possibile ed efficace.

Le tutele previste dall'art. 22 RGDP, dalla Direttiva 2016/680, e dall'*AI Act*[27], si fondano tutte sull'assunto che il controllo umano sia praticabile, che esista un momento nel quale l'autorità possa valutare criticamente dati, correlazioni e modelli inferenziali. Nelle ipotesi qui evidenziate, entrambe relative al sistema Schengen riformato, questo presupposto rischia di essere smentito, o comunque di rimanere meramente assertivo. Affinché il controllo umano possa dirsi effettivamente "significativo", non è sufficiente la sua mera previsione formale o praticabilità astratta: è necessario, piuttosto, che esso si inscriva nella catena inferenziale che conduce alla decisione, potendo interagire in termini critici e non meramente ratificatori con l'esito algoritmico. Il diritto dell'Unione è dunque chiamato a pretendere che l'assetto del processo decisionale sia configurato in modo tale da porre l'intervento umano in condizioni epistemiche e procedurali

[27] In particolare, il modello di *governance* delineato dall'*AI Act* per i sistemi ad alto rischio – tra cui rientrano espressamente quelli utilizzati nel settore della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere (Allegato III, punto 7) – si fonda sull'idea che l'impatto sui diritti fondamentali debba essere governato attraverso obblighi *ex ante* di progettazione, gestione del rischio e supervisione umana effettiva (artt. 9 e 14). Se si considera che le infrastrutture informative che sorreggono il controllo alle frontiere interne incidono direttamente sulla libertà di circolazione e, in taluni casi, sulla libertà personale, il sistema Schengen riformato parrebbe operare, sul piano funzionale, come un dispositivo ad alto rischio. E tuttavia, esso non sembra assumere in modo esplicito le conseguenze di tale qualificazione in termini di *governance* strutturale dell'architettura informativa che orienta la decisione amministrativa.

idonee a renderne effettiva la funzione deliberativa, evitando che esso si traduca nella mera ratifica *ex post* di un esito già definito a monte dai processi tecnici.

Da ciò discende la necessità di introdurre, a livello di diritto derivato, un *corpus* di garanzie che non si limiti a riprodurre il modello dell'art. 22, ma affronti l'aspetto strutturale del problema: l'asimmetria tra la profondità tecnica dei sistemi interoperabili e l'esiguità cognitiva dell'intervento umano.Tali garanzie dovrebbero comprendere, in primo luogo, un obbligo di *disclosure* preventiva delle basi informative potenzialmente decisive, affinché l'agente non sia posto dinanzi a un risultato che non è in grado di contestualizzare; in secondo luogo, un obbligo di motivazione tecnico-ricostruttiva, che renda esplicita non solo l'origine del dato, ma anche la logica inferenziale che ha condotto a qualificarlo – come nell'ipotesi delle «chiare indicazioni» di cui all'art. 23 *bis* – quale elemento decisivo; infine, presidi temporali e organizzativi che garantiscano che l'agente disponga del tempo, della formazione e delle informazioni necessarie per valutare criticamente l'*output*.

Si tratta di una prospettiva che modifica il baricentro dell'analisi: non limitare l'automazione, ma strutturare giuridicamente il contesto che permette all'intervento umano di essere realmente tale. Senza questi presidi, il rischio è che la cornice normativa dell'area Schengen favorisca decisioni formalmente umane ma sostanzialmente pre-decise, nelle quali la discrezionalità residua dell'autorità è una funzione dell'informazione prodotta altrove e la libertà individuale è compressa non da un atto di controllo, ma dalla logica invisibile delle correlazioni tecniche. È in questo scarto tra forma e sostanza, tra intervento umano dichiarato e intervento umano possibile, che si colloca l'ambivalenza finale della riforma: essa ospita un modello di "decisione già decisa", nella quale l'umano non è escluso, ma arriva "dopo", o peggio, troppo tardi.

5. *Brevi osservazioni conclusive*

Un'ultima riflessione è comunque d'obbligo in relazione al ruolo che le tecnologie di sorveglianza possono avere rispetto alla gestione delle frontiere interne.

Sulla base di quanto sinora detto, appare infatti evidente come la speranza del legislatore dell'Unione sia quella di evitare la reintroduzione di frontiere fisiche ai confini interni attraverso l'uso di tecnologie di sorveglianza, con la

evidente aspettativa che le stesse possano rendere impermeabili le frontiere interne, o quantomeno più difficili da attraversare, per i migranti irregolari, lasciandole invece impercettibili per la generalità dei cittadini dell'Unione.

Sembra cioè che l'obiettivo, da perseguirsi attraverso l'utilizzo di tecnologie di sorveglianza di massa, sia la creazione di «muri invisibili»[28] alle frontiere interne, che siano effettivi nel respingimento dei migranti e non costituiscano al contempo un apprezzabile ostacolo alla libera circolazione dei cittadini europei.

Non può peraltro non rilevarsi come detta impostazione si scontrerebbe con una contraddizione di fondo. Qualunque controllo di frontiera, che avvenga attraverso tecnologie elettroniche o attraverso il controllo fisico dei documenti di identità, riguarda inevitabilmente la generalità degli individui che attraversa una frontiera, migranti o cittadini che siano.

L'utilizzo di tecnologie moderne può superare il fastidio di dover mostrare ad un agente di frontiera i propri documenti, ma resta il fatto che per individuare un migrante o un individuo presunto tale, qualunque sistema di controllo, per quanto intelligente possa essere, dovrà controllare la generalità delle persone.

Ciò implica che anche i cittadini dell'Unione saranno inevitabilmente controllati alle frontiere interne, anche se gli stessi avranno la percezione di attraversarle liberamente (salvo errori degli strumenti tecnologici utilizzati…), al pari dei migranti.

Occorre pertanto chiedersi, ma non può essere questa la sede per farlo, se detti controlli, in realtà sistematici, non contraddicano frontalmente il principio di cui all'art. 22 del Codice Frontiere Schengen, per il quale «le frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità»; e con l'art. 3, paragrafo 2, TUE, per il quale «[l]'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima».

Quale che sia la forma del controllo, per impedire che un individuo o un insieme di individui ignoti attraversi una frontiera interna, appare difficilmente concepibile, sotto un profilo prettamente teorico, la possibilità di sottoporre a controllo solo detto individuo o l'insieme a cui appartiene. Al controllo saranno soggetti tutti, ciò che di fatto ripristina il concetto stesso di frontiera.

[28] Per riprendere un'efficace espressione di E. Pistoia, *Verso la riforma del codice frontiere Schengen*, cit., p. 39.

Abstract (ita)

Il contributo esamina le ambivalenze della recente riforma del Codice frontiere Schengen alla luce dell'integrazione di tecnologie di sorveglianza diffusa e infrastrutture informative interoperabili nel controllo della mobilità alle frontiere interne. Pur senza incidere formalmente sul principio dell'assenza di controlli di frontiera, tali dispositivi trasformano la formazione della conoscenza amministrativa, collocando l'azione dell'autorità in un ambiente informazionale nel quale le principali inferenze sono prodotte da sistemi tecnici che la precedono: l'autorità interviene quando il quadro informativo è già stato costruito altrove, ereditandone gli esiti e spesso limitandosi a ratificarli. Sembra così emergere uno spazio decisionale nel quale vi è concretamente posto soltanto per uno *human* "after" *the loop*: non l'esclusione dell'uomo dal processo decisionale, ma la sua dislocazione temporale a valle della formazione del presupposto cognitivo, comprimendo in radice la possibilità di un vaglio effettivo e di una valutazione autonoma rispetto all'*output* algoritmico.

Abstract (eng)

The article examines the ambivalences arising from the recent reform of the Schengen Borders Code in light of the integration of pervasive surveillance technologies and interoperable information infrastructures in the control of mobility at internal borders. While formally leaving untouched the principle of the absence of border controls, these tools transform the formation of administrative knowledge, placing the action of public authorities within an informational environment in which key inferences are produced by technical systems that precede them: the authority intervenes when the informational framework has already been constructed elsewhere, inheriting its outcomes and often merely ratifying them. What thus seems to emerge is a decisional space in which there is, in practice, room only for a human "after" the loop: not the exclusion of the human from the decision-making process, but the temporal displacement of human intervention to a stage following the formation of the cognitive premises of the decision, thereby fundamentally constraining the possibility of effective scrutiny and of an autonomous assessment *vis-à-vis* the algorithmic output.

LO SPAZIO SCHENGEN NELL'ERA DEL CONFINE ALGORITMICO: UN RITORNO AL FUTURO?

Giulia Toraldo*

SOMMARIO: 1. Introduzione: dallo spazio fisico allo spazio digitale. – 2. Interoperabilità e *governance* dei dati nello spazio Schengen. – 3. Deterritorializzazione delle minacce e affermazione del confine algoritmico. – 4. La cooperazione di polizia e giudiziaria nello spazio Schengen algoritmico. – 5. Il *re-bordering* algoritmico e la crisi delle garanzie nello spazio Schengen. – 6. La ridefinizione algoritmica del bilanciamento tra sicurezza e diritti nello spazio Schengen. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: dallo spazio fisico allo spazio digitale*

Sin dalla sua origine, lo spazio Schengen ha rappresentato una delle più compiute manifestazioni della vocazione integrativa dell'Unione europea[1]. Fondato, come noto, sull'idea di un'area senza frontiere interne, nella quale la libera circolazione delle persone potesse realizzarsi quale corollario essenziale della cittadinanza europea, esso ha incarnato la tensione tra libertà e sicurezza, tra apertura e controllo, che permea l'intero progetto europeo, configurandosi come un laboratorio giuridico in cui la soppressione dei controlli alle frontiere interne si accompagna alla costruzione di meccanismi comuni di sicurezza. In tale assetto, la sovranità statale non risulta attenuata, bensì riorganizzata lungo traiettorie cooperative, secondo un equilibrio dinamico tra libertà di circolazione ed esigenze di controllo.

Negli sviluppi più recenti, tuttavia, questo equilibrio è investito da una trasformazione che ne incide i presupposti strutturali. La progressiva digitalizzazione delle frontiere e l'espansione dei sistemi informativi europei – caratterizzati da interoperabilità, raccolta massiva di dati e impiego di tecniche di analisi automatizzata – determinano uno spostamento del baricentro del controllo dal confine, quale spazio fisico, al confine, quale infrastruttura digitale. Ne deriva una riconfigurazione del paradigma di

* Borsista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

[1] B. NASCIMBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, 1999, p. 309 ss.

Schengen, sempre più orientato verso forme di *governance* della mobilità fondate sulla gestione e sull'elaborazione dei dati personali.

L'analisi che seguirà intende indagare se tale evoluzione si esaurisca in un adattamento tecnico-funzionale del modello originario, oppure integri un vero e proprio mutamento paradigmatico, destinato a incidere sulla configurazione dei rapporti tra individuo, autorità pubbliche e ordinamento dell'Unione. In particolare, l'affermarsi di un "confine algoritmico" comporta che la posizione giuridica dell'individuo venga progressivamente determinata attraverso processi di profilazione e valutazione del rischio, con un conseguente rafforzamento di logiche di sicurezza preventiva.

Nondimeno, questo mutamento ha determinato l'emersione di tensioni di natura sistemica rispetto ad alcuni dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione. Infatti, la costruzione di un ecosistema informativo integrato, se da un lato risponde all'esigenza di fronteggiare minacce deterritorializzate, dall'altro solleva interrogativi in ordine al rispetto dei principi di proporzionalità, limitazione della finalità e trasparenza decisionale, nonché al rischio di forme di sorveglianza diffusa difficilmente sindacabili.

Su tali basi, il presente contributo si articolerà in tre direttrici principali. In primo luogo, verrà ricostruito il passaggio dal modello territoriale di Schengen a quello digitale, attraverso l'analisi degli strumenti normativi e dei sistemi informativi che ne costituiscono l'ossatura. In secondo luogo, si esamineranno criticamente le implicazioni di tale trasformazione in termini di ridefinizione delle categorie giuridiche tradizionali, con particolare attenzione alla nozione di confine e alla funzione del controllo. Infine, si valuterà la compatibilità del paradigma emergente con il sistema dei diritti fondamentali dell'Unione, al fine di verificare se l'attuale evoluzione si collochi in linea di continuità con il progetto originario o ne rappresenti, piuttosto, una torsione suscettibile di alterarne i presupposti assiologici.

2. *Interoperabilità e governance dei dati nello spazio Schengen*

La trasformazione digitale dello spazio Schengen si è progressivamente concretizzata nella costruzione di un'infrastruttura integrata di sistemi informativi interconnessi, che costituisce oggi il nucleo operativo del controllo alle frontiere esterne e della cooperazione tra autorità nazionali[2]. Più che un

[2] R. Lattanzi, *AI Act e Autorità di Protezione dei dati personali*, in F. Donati, G. Finocchiaro, F. Paolucci, O. Pollicino (a cura di), *La disciplina dell'Intelligenza artificiale*, Milano, 2025, p. 367 ss.

semplice supporto tecnico, tale infrastruttura esprime un mutamento nel modo stesso in cui il controllo viene concepito ed esercitato, dal momento che si è passati ad una logica non più ancorata alla presenza fisica al confine, ma fondata sulla raccolta, sulla circolazione e sulla correlazione dei dati personali.

In questo contesto, il Sistema d'informazione Schengen (SIS)[3] continua a rappresentare l'asse portante del dispositivo. Nato come strumento di compensazione per la soppressione dei controlli alle frontiere interne, esso si è evoluto, attraverso le sue successive versioni, da mera banca dati di segnalazioni operative a piattaforma integrata di scambio informativo tra autorità nazionali di polizia, giudiziarie e di frontiera. L'attuale configurazione del SIS II[4] è stata ulteriormente potenziata con l'introduzione di nuove categorie di segnalazioni, l'integrazione di dati biometrici e l'estensione dei soggetti autorizzati all'accesso. Ciononostante, la sua evoluzione da strumento compensativo a piattaforma centrale di scambio informativo segnala uno slittamento funzionale significativo. L'ampliamento delle categorie di segnalazioni, l'integrazione di dati biometrici e l'estensione dei soggetti autorizzati all'accesso evidenziano come il SIS non operi più soltanto quale meccanismo di supporto alla libera circolazione, ma come fulcro di un sistema di controllo sempre più pervasivo e anticipatorio.

[3] Il Sistema d'informazione Schengen (SIS), istituito nel 1995, è una banca dati concepita per supportare il controllo delle frontiere esterne e favorire la cooperazione tra gli Stati aderenti all'Accordo di Schengen nelle attività di contrasto. Attualmente coinvolge 25 Stati membri dell'Unione europea e quattro Paesi associati.

[4] Nel 2006, l'originario sistema SIS è stato sostituito e rafforzato dal sistema SIS II, operativo dal 2013, a norma dei regolamenti (CE) 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'accesso al sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) dei servizi competenti negli Stati membri per il rilascio delle carte di circolazione e (CE) 1987/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II). Alla luce delle sfide in materia migratoria, anche il SIS II è stato ulteriormente rafforzato dai regolamenti (UE) 2018/1860 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, relativo all'uso del sistema di informazione Schengen per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; (UE) 2018/1861 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen (SIS) nel settore delle verifiche di frontiera, che modifica la convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e abroga il regolamento (CE) 1987/2006; e (UE) 2018/1826 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema di informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, che modifica e abroga la decisione 2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2010/261/UE della Commissione.

Questo spostamento è ulteriormente accentuato dall'introduzione di sistemi quali l'*Entry/Exit System* (EES)[5] e l'*European Travel Information and Authorisation System* (ETIAS)[6], che segnano il passaggio verso logiche di controllo *ex ante*. Nel primo caso, la registrazione automatizzata degli ingressi e delle uscite sostituisce pratiche tradizionali con la costruzione di profili digitali persistenti; nel secondo, l'accesso allo spazio Schengen viene subordinato a una valutazione preventiva basata sull'elaborazione automatizzata dei dati[7]. In entrambi i casi, il controllo tende a operare prima ancora che il soggetto si presenti fisicamente al confine, secondo una logica di gestione del rischio che privilegia la dimensione predittiva.

Il progetto di interoperabilità dei sistemi informativi europei rappresenta il punto di convergenza di tale evoluzione. Attraverso il superamento di alcuni sistemi informativi – quali SIS, *Visa Information System* (VIS)[8],

[5] Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) 767/2008 e (UE) 1077/2011.

[6] L'ETIAS è un sistema informatico automatizzato, sviluppato da eu-LISA, l'agenzia europea responsabile della gestione dei grandi sistemi IT nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sarà introdotto entro la fine del 2026 e diventerà obbligatorio nel 2027. Il suo scopo è individuare eventuali rischi per la sicurezza, la migrazione irregolare o la diffusione di epidemie associati ai viaggiatori esenti da visto diretti nello spazio Schengen, garantendo al contempo il rispetto dei loro diritti fondamentali, istituito dal regolamento (UE) 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) 1077/2011, (UE) 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226. Sull'impiego di tecnologie predittive e di riconoscimento facciale nei sistemi di controllo dei flussi migratori, con il rischio di amplificazione dei bias strutturali e di erosione delle garanzie individuali, B. Onofrj, *Intelligenza artificiale e* crimmigration*: profili di discriminazione razziale del migrante alla luce del nuovo AI Act europeo*, in *Archivio penale*, n. 1, 2026, p. 1 ss.

[7] Per il rischio di introduzione di effetti di esclusione differenziale, C. Derave, N. Genicot, N. Hetmanska, *The Risks of Trustworthy Artificial Intelligence: The Case of the European Travel Information and Authorisation System*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 13, n. 3, 2022, p. 389 ss.

[8] Istituito dal regolamento (CE) 676/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, più volte sottoposto a modifica tra cui, da ultimo, dal regolamento (UE) 2023/2667 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 novembre 2023, che modifica i regolamenti (CE) 767/2008, (CE) 810/2009 e (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, i regolamenti (CE) 693/2003 e (CE) 694/2003 del Consiglio e la Convenzione di Applicazione di Schengen, per quanto riguarda la digitalizzazione della procedura di visto.

European Asylum Dactyloscopie Database (Eurodac)[9], *European Criminal Records Information System – Third Country Nationals* (ECRIS-TNC)[10], ETIAS, EES[11] – e strumenti quali il *Common Identity Repository* (CIR)[12] e il *Multiple Identity Detector* (MID)[13], l'Unione persegue l'obiettivo di integrare banche dati eterogenee in un unico ecosistema informativo, capace di consentire l'identificazione univoca degli individui e l'incrocio sistematico delle informazioni. Se tale integrazione risponde all'esigenza di superare frammentazioni operative, essa comporta al contempo la creazione di un ambiente informativo centralizzato, nel quale l'identità digitale diviene il principale punto di accesso ai diritti e alle possibilità di mobilità.

È in questo passaggio che si coglie con maggiore evidenza il mutamento paradigmatico, giacché il "confine algoritmico", oltre a rafforzare i meccanismi esistenti, ridefinisce la natura stessa del controllo, affidandolo a processi automatizzati di classificazione e valutazione. Ne deriva una forma di potere che, pur inscritta in un quadro normativo, tende ad assumere

[9] Regolamento (UE) 2024/1358 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, che istituisce l'«Eurodac» per il confronto dei dati biometrici ai fini dell'applicazione efficace dei regolamenti (UE) 2024/1351 e (UE 2024/1350 o del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2001/55/CE del Consiglio e ai fini dell'identificazione dei cittadini di paesi terzi e apolidi il cui soggiorno è irregolare, e per le richieste di confronto con i dati Eurodac presentate dalle autorità di contrasto degli Stati membri e da Europol a fini di contrasto, che modifica i regolamenti (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga il regolamento (UE) n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[10] Regolamento (UE) 2019/816 che istituisce un sistema centralizzato per individuare gli Stati membri in possesso di informazioni sulle condanne pronunciate a carico di cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS-TCN).

[11] Regolamento (UE) 2017/2226 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2017, che istituisce un sistema di ingressi/uscite per la registrazione dei dati di ingresso e uscita e dei dati relativi al respingimento dei cittadini di paesi terzi che attraversano le frontiere esterne degli Stati membri e che determina le condizioni di accesso al sistema di ingressi/uscite a fini di contrasto e che modifica la Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen e i regolamenti (CE) 767/2008 e (UE) 1077/2011.

[12] Cfr. https://www.statewatch.org/frontex-and-interoperable-databases-knowledge-as-power/2-interoperable-eu-databases/.

[13] Regolamento delegato (UE) 2023/332 della Commissione, dell'11 luglio 2022, che integra il regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda la determinazione dei casi in cui i dati di identità sono considerati identici o simili ai fini dell'individuazione di identità multiple.

tratti tecnocratici[14], caratterizzati da opacità decisionale[15] e da una crescente difficoltà di scrutinio giurisdizionale.

Pertanto, la digitalizzazione di Schengen non può essere letta esclusivamente come un'evoluzione funzionale del modello originario. Essa implica piuttosto una riconfigurazione delle categorie giuridiche tradizionali e solleva dubbi di ordine sistemico circa la tenuta delle garanzie proprie dell'ordinamento dell'Unione. In particolare, la centralità della dimensione delle informazioni impone di verificare se e in che misura i principi di proporzionalità, limitazione della finalità e tutela effettiva dei diritti fondamentali siano in grado di operare come limiti effettivi a un sistema di controllo sempre più anticipatorio e *data-driven*.

3. *Deterritorializzazione delle minacce e affermazione del confine algoritmico*

La trasformazione digitale dello spazio Schengen ha imposto altresì una ridefinizione della natura stessa delle minacce che tale sistema è chiamato a governare. La progressiva deterritorializzazione dei rischi, resa evidente dall'emergere di fenomeni quali il *cybercrime*, le reti di comunicazione cifrata e il *dark web*, mette in crisi il presupposto territoriale su cui si fondava l'assetto originario di Schengen, imponendo una riconfigurazione delle modalità di prevenzione e contrasto.

Proprio il *dark web* (quale sottoinsieme del *deep web*) è esemplificativo di come le minacce contemporanee si sviluppino in spazi non riconducibili a coordinate geografiche definite, sfidando le categorie tradizionali di interno ed esterno e, conseguentemente, i meccanismi classici di cooperazione tra Stati membri. Ciò che rileva, ai fini della presente analisi, non è però la specificità del fenomeno, quanto la sua funzione di catalizzatore di una più ampia trasformazione che ha spostato l'asse da un controllo territoriale a un controllo "informazionale".

Proprio in tale contesto si inserisce il rafforzamento delle capacità europee di raccolta, integrazione e analisi dei dati. Difatti, come evidenziato

[14] J. Paoletti, O. Pollicino, *L'intelligenza artificiale e il rischio di un Leviatano chiamato Tecnocrazia*, 28 aprile 2025, disponibile al seguente link: https://www.money.it/oreste-pollicino-l-intelligenza-artificiale-e-il-rischio-di-un-leviatano-chiamato-tecnocrazia.

[15] Commissione europea, Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità COM(2020)64 final. In dottrina, v. O. Pollicino, *Regolazione e innovazione tecnologica nell'ordinamento della rete*, in *Rivista AIC*, 2025, n. 2, p. 152. *Contra*, G. De Minico, *Le fonti del diritto: un argine all'intelligenza artificiale?*, in *Rivista AIC*, 2025, n. 3, spec. p. 95.

da una parte significativa della dottrina[16], questo processo di "*datafication*"[17] della mobilità e della sicurezza – reso possibile dall'interoperabilità dei sistemi informativi e dall'uso crescente di strumenti algoritmici – comporta una traslazione del momento del controllo, che tende a collocarsi a monte dell'evento, secondo logiche di valutazione preventiva del rischio. Di talché, il confine non opera più come luogo di verifica, ma come dispositivo diffuso di selezione, che agisce attraverso la costruzione e l'elaborazione di identità digitali.

Così strutturata, tale evoluzione non può non incidere sul piano dei diritti fondamentali. Invero, l'affidamento a processi automatizzati di classificazione e profilazione[18], spesso caratterizzati da opacità[19] e da limitata verificabilità, solleva interrogativi in ordine al rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e tutela effettiva, soprattutto nella misura in cui incide su decisioni che determinano l'accesso allo spazio europeo o l'assoggettamento a misure di controllo. Il rischio non è soltanto quello di un ampliamento quantitativo della sorveglianza, ma di una sua trasformazione qualitativa, che tende a normalizzare forme di controllo anticipatorio difficilmente riconducibili ai modelli tradizionali di garanzia.

In questo contesto, l'esempio del *dark web* consente di cogliere come la risposta europea alla deterritorializzazione delle minacce si traduce in una "riterritorializzazione" del controllo, ma stavolta su base digitale. Il confine, dissolto come linea fisica, viene ricostruito come infrastruttura algoritmica, operante attraverso criteri di accesso, identificazione e categorizzazione dei soggetti. Ne deriva un assetto nel quale la sicurezza è sempre più affidata alla capacità di trattare e correlare informazioni, con il conseguente rischio che la logica della prevenzione prevalga su quella della garanzia.

Alla luce di tali considerazioni, l'analisi del rapporto tra sicurezza digitale e spazio Schengen impone di interrogarsi criticamente sui suoi effetti sistemici. In particolare, occorre verificare se e in che misura il paradigma del confine algoritmico sia compatibile con l'impianto assiologico

[16] N. Vavoula, *Algorithmus Accountability Through the "Human over the Loop" in Interoperable and EU AI-Reling Large-Scale IT Systems for Migration and Security*, in *EP*, n. 3, 2024, p. 1128 ss.

[17] V. Berlingò, *Il fenomeno della* datafication *e la sua giuridicizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2017, p. 641 ss.

[18] Sul punto, N. Vavoula, *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism*, in *European Journal of Migration and Law*, Vol. 23, n. 4, 2021, p. 457 ss.

[19] Sulle persistenti criticità in termini di trasparenza, bias e opacità insiste C.I.V. Rico, M. Laukyte, *ETIAS System and New Proposals to Advance the Use of AI in Public Services*, vol. 54, 2024, p. 1 ss.

dell'ordinamento dell'Unione, o se esso introduca elementi di frizione tali da richiedere una riconsiderazione delle categorie giuridiche tradizionali e dei relativi meccanismi di tutela.

4. *La cooperazione di polizia e giudiziaria nello spazio Schengen algoritmico*

La progressiva configurazione dello spazio Schengen come infrastruttura informativa integrata incide in modo diretto anche sui modelli di cooperazione di polizia e giudiziaria nell'Unione europea. Se, nel paradigma originario, tale cooperazione era funzionale alla gestione di fenomeni territorialmente localizzati – traffici illeciti, immigrazione irregolare[20], criminalità transfrontaliera[21] – nel contesto attuale essa si riorienta attorno alla gestione e alla circolazione dei dati, quale presupposto cognitivo dell'azione di sicurezza.

In questo senso, l'interoperabilità dei sistemi informativi europei rappresenta uno strumento tecnico di supporto, ma soprattutto il fulcro di una nuova architettura della cooperazione. L'integrazione tra banche dati (quali SIS[22], l'EES[23], l'ETIAS[24], il VIS e l'Eurodac) consente la costruzione di un ambiente informativo condiviso, nel quale l'identificazione dei soggetti e la valutazione del rischio si fondano su processi automatizzati di correlazione dei dati. Ne deriva una trasformazione della funzione stessa della cooperazione, che tende a spostarsi da un modello reattivo, basato sullo scambio di informazioni successive all'evento, a un modello anticipatorio, incentrato sulla prevenzione attraverso l'analisi predittiva.

Questo mutamento si riflette anche nella distribuzione delle competenze tra livello europeo e nazionale. Da un lato, si assiste a una crescente centralizzazione delle infrastrutture informative e delle capacità analitiche; dall'altro, l'esecuzione operativa resta in larga misura affidata alle autorità nazionali, chiamate ad applicare risultati e indicatori elaborati in contesti sovranazionali. Tale configurazione determina una forma di esercizio del potere diffusa e reticolare, nella quale l'informazione ha una funzione

[20] F. Di Gianni, AI Act*, pratiche vietate e controlli alle frontiere esterne dell'Unione europea*, in *Diritti Comparati*, n. 3, 2025, p. 53 ss.

[21] D. Vitiello, *Nel nome della libertà di circolazione: la riforma di Schengen e le alternative al ripristino dei controlli interni*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 4, 2024, p. 13 ss.

[22] Cfr. https://www.garanteprivacy.it/schengen.

[23] Cfr. https://travel-europe.europa.eu/en/ees.

[24] Cfr. https://travel-europe.europa.eu/en/etias.

normativa di fatto, incidendo sulle decisioni individuali prima ancora della loro formalizzazione giuridica.

In questo quadro, il ruolo delle agenzie europee risulta cruciale. La creazione dell'*European Cybercrime Centre* (ECC)[25] al suo interno testimonia l'adattamento dell'agenzia alle sfide poste dal cyberspazio e dal *dark web*, con un'attenzione particolare al tracciamento delle transazioni illecite e all'individuazione dei *network* criminali digitali. Parallelamente, Europol consolida la propria funzione di hub informativo e analitico, orientato all'integrazione dei flussi di intelligence e allo sviluppo di capacità di analisi avanzata, anche in ambito digitale. Eurojust contribuisce a garantire il coordinamento giudiziario in un contesto in cui la prova e l'attività investigativa assumono sempre più una dimensione tecnologica[26]. Frontex, infine, opera come attore di una sorveglianza ibrida, in cui il controllo delle frontiere si articola attraverso l'interazione tra presenza fisica e strumenti informativi.

Purtuttavia come evidenziato da parte della dottrina più recente[27], questa evoluzione solleva criticità di carattere strutturale. In primo luogo, la crescente complessità dell'ecosistema informativo europeo rischia di accentuare problemi di frammentazione normativa e di coordinamento tra ordinamenti, soprattutto in relazione ai diversi regimi di accesso e utilizzo dei dati. In secondo luogo, l'affidamento a processi automatizzati e a logiche di valutazione del rischio pone questioni rilevanti in termini di imputazione della responsabilità (*accountability*)[28] e di controllo giurisdizionale, in un contesto in cui il momento decisionale tende a essere anticipato e distribuito lungo l'intera catena informativa.

Si anticipa che non trascurabile è anche il destino del principio del mutuo riconoscimento che pare necessitare una reinterpretazione alla luce del mutato paradigma strutturale. Come meglio di dirà (*infra sub* 5), se, nel modello tradizionale, esso presupponeva la fiducia reciproca tra sistemi giuridici nazionali[29], nel contesto digitale esso appare sempre più mediato

[25] Cfr. https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3.

[26] A. Damato, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), vol. II, Napoli, 2025, p. 406 e ss.

[27] N. Vavoula, *Algorithmus Accountability Through the "Human over the Loop" in Interoperable and EU AI-Reling Large-Scale IT Systems for Migration and Security*, cit.

[28] K. Yeung, *Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation,* in *Regulation & Governance*, n. 12, 2018, p. 505 ss.

[29] E. Regan, *The Role of Principles of Mutual Trust and Mutual Recognition in EU Law*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 231 ss.; L. Bohacek, *Mutual Trust in EU Law: Trust 'In What' and*

dalla fiducia nei sistemi informativi e nella qualità dei dati che li alimentano[30]. La cooperazione non si limita più al riconoscimento di atti giuridici, ma si estende alla condivisione delle basi informative su cui tali atti si fondano.

La cooperazione di polizia e giudiziaria[31] nello spazio Schengen digitale si configura, dunque, come un elemento centrale del mutato assetto sopra esaminato. Non va però sottovalutato che il passaggio a un modello di sicurezza *data-driven*, pur rispondendo all'esigenza di fronteggiare minacce deterritorializzate, comporta il rischio di una progressiva opacizzazione dei processi decisionali e di una compressione delle garanzie proprie dello Stato di diritto. È su questo terreno che si gioca l'equilibrio tra efficienza del sistema e tutela dei diritti fondamentali[32], e che si misura la capacità dell'ordinamento dell'Unione di governare la transizione dal confine territoriale al confine algoritmico senza alterarne i presupposti assiologici.

5. *Il* re-bordering *algoritmico e la crisi delle garanzie nello spazio Schengen*

Un ulteriore aspetto da considerare, come conseguenza della trasformazione digitale dello spazio Schengen, è la tensione strutturale che investe il rapporto tra sicurezza, tecnologia e diritti fondamentali. Infatti, la riconfigurazione algoritmica del confine lo trasforma in un dispositivo diffuso di selezione, fondato sull'elaborazione dei dati e sulla valutazione anticipata del rischio. Questo fenomeno di *re-bordering algoritmico* incide sulle condizioni di accesso allo spazio europeo e sull'esercizio delle libertà garantite dall'ordinamento dell'Unione. In primo luogo, è fuor di dubbio che l'architettura dello Schengen digitale, fondandosi su un trattamento esteso e interconnesso di dati personali, spesso di natura biometrica, impone una grande attenzione alla protezione dei dati personali, sancita dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali e disciplinata dal Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) e dal Regolamento (UE) 2018/1725. Specificatamente, il trattamento deve rispettare i principi di liceità, necessità, proporzionalità, minimizzazione e limitazione delle finalità. Anche se la crescente enfasi sulle esigenze di sicurezza e prevenzione tende a favorire forme di utilizzo

'Between Whom', in *European Journal of Legal Studies*, vol. 14, n. 1, 2022, p. 103 ss.

[30] V. K. Lenaerts, *La Vie Après l'Avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust* , in *CMLR,* vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.

[31] V. A. Damato, *op. cit.*

[32] Anticipava già questo problema, relativamente alla regolazione dell'intelligenza artificiale in generale C. Schepisi, *Le "dimensioni" della regolazione dell'intelligenza artificiale nella proposta di regolamento della Commissione*, in *I Post di AISDUE*, IV, 2022, p. 330 ss.

intensivo e anticipatorio dei dati, nelle quali il controllo di proporzionalità rischia di assumere carattere meramente formale.

L'impiego di tecniche di profilazione e di analisi algoritmica accentua tale dinamica. L'identità dell'individuo viene progressivamente costruita attraverso correlazioni probabilistiche e modelli predittivi, determinando uno slittamento dalla verifica del fatto alla previsione del rischio. Ciò incide su principi fondamentali quali la presunzione di innocenza (art. 48 della Carta), il diritto a una buona amministrazione (art. 41 della Carta), il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 della Carta) e le garanzie previste dall'art. 22 GDPR in materia di decisioni automatizzate. Come evidenziato dalla dottrina[33], il rischio non è soltanto quello di errori o *bias*, ma di una trasformazione strutturale del rapporto tra individuo e potere pubblico, mediato da sistemi tecnologici opachi e difficilmente sindacabili.

A ciò si aggiunge il problema della non neutralità tecnologica. Gli algoritmi utilizzati nei sistemi di gestione delle frontiere incorporano scelte progettuali e *dataset* che possono produrre effetti discriminatori indiretti, in tensione con il principio di non discriminazione (art. 21 della Carta). Il confine algoritmico si configura così come un meccanismo di inclusione ed esclusione operante su criteri spesso invisibili, che rischiano di sottrarsi alle tradizionali garanzie amministrative e processuali.

La complessità tecnica dei sistemi e la loro opacità accentuano, inoltre, un deficit di *accountability*. Il carattere distribuito e automatizzato dei processi decisionali rende difficile individuare il centro di imputazione del potere[34] e della responsabilità, con conseguente tensione rispetto ai principi di responsabilità amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale. Gli individui sottoposti a valutazioni algoritmiche spesso non dispongono di strumenti adeguati per comprendere, contestare o sindacare le decisioni che li riguardano[35], con una conseguente erosione delle garanzie giurisdizionali.

In tale scenario, il *re-bordering* algoritmico ha una rilevanza che trascende il piano tecnico-operativo e si colloca sul terreno costituzionale dell'Unione, imponendo di interrogarsi sulla compatibilità tra modelli di sicurezza predittivi e l'impianto assiologico dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

[33] C.I.V. Rico, M. Laukyte, *op. cit*.

[34] P. De Pasquale, *Dalla flessibilità delle basi giuridiche alla normazione integrata: tecniche legislative funzionali alla rigidità del riparto di competenze nell'UE*, in *DUE*, n. 1, 2025, spec. p. 24 ss.

[35] G. Contaldi, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, spec. p. 1208 ss.

6. *La ridefinizione algoritmica del bilanciamento tra sicurezza e diritti nello spazio Schengen*

L'evoluzione descritta consente di qualificare lo spazio Schengen contemporaneo come un assetto a duplice dimensione, nel quale coesistono un paradigma territoriale e un paradigma algoritmico del controllo. Tale dualità riflette una trasformazione dei criteri attraverso cui si articola il rapporto tra libertà di circolazione e sicurezza.

Nel modello originario, fondato sulla dimensione fisica del confine, il bilanciamento tra libertà e sicurezza si inscriveva in una logica territoriale. Più precisamente, la libertà costituiva la regola, mentre il controllo rappresentava un'eccezione, giustificata da esigenze concrete e soggetta a limiti stringenti di proporzionalità. In tale ambito, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha consolidato un equilibrio volto a preservare il nucleo essenziale della libera circolazione[36].

Nel contesto dello Schengen digitale, il controllo non si concentra più nel momento dell'intervento, ma si distribuisce lungo l'intero ciclo informativo. La raccolta, l'interconnessione e l'elaborazione dei dati configurano una forma di sorveglianza strutturale e preventiva, nella quale la libertà si esercita entro una cornice di monitoraggio continuo. Il bilanciamento tra sicurezza e diritti si colloca pertanto a monte, nella progettazione delle infrastrutture tecnologiche e degli algoritmi.

Questo mutamento implica una ridefinizione del principio di proporzionalità, che non opera più soltanto come limite *ex post*, ma come criterio di progettazione (*by design*), imponendo l'integrazione delle garanzie dei diritti fondamentali nelle architetture tecniche. In tale prospettiva rilevano, in particolare, l'art. 25 GDPR (*data protection by design and by default*) e le più recenti evoluzioni normative dell'Unione in materia di sistemi algoritmici e intelligenza artificiale, che introducono obblighi di trasparenza, tracciabilità e gestione del rischio.

La trasformazione incide anche sul principio del mutuo riconoscimento, ridefinito nei termini di una reciproca accettazione dei dati e dei risultati dei processi informativi, piuttosto che delle decisioni giuridiche. Ne deriva una torsione del principio stesso, che rischia di perdere la sua funzione di garanzia fondata sulla fiducia tra ordinamenti per assumere i tratti di una

[36] V., tra le tante, Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*; 19 luglio 2012, C-278/12, *Adil*, punti 57 e ss.; 4 agosto 2017, C-9/16, *A e a.*, punti 37 e ss.

fiducia tecnologica nei sistemi[37]. In realtà, il mutuo riconoscimento[38] può divenire veicolo di circolazione di decisioni opache[39], con potenziali criticità rispetto al principio dello Stato di diritto[40] (art. 2 TUE) e al requisito di un controllo giurisdizionale effettivo[41].

Infine, la coesistenza dei due paradigmi solleva un problema di coerenza sistemica[42]. Il rischio è che il livello digitale, giustificato in nome dell'efficienza e della sicurezza, si emancipi progressivamente dai vincoli del controllo giuridico, dando luogo a una sfera di potere informazionale caratterizzata da opacità e limitata sindacabilità. In tale contesto, la distinzione tra sovranità territoriale e sovranità informazionale evidenzia le difficoltà del diritto dell'Unione nel mantenere un controllo effettivo sulle infrastrutture tecnologiche che mediano l'esercizio del potere.

Pertanto, lo Schengen digitale non può essere interpretato come una mera estensione del modello originario, ma come una sua trasformazione strutturale, che impone di ripensare le categorie giuridiche del bilanciamento tra sicurezza e diritti alla luce delle logiche *data-driven*.

7. *Considerazioni conclusive*

L'analisi svolta consente di ricondurre a unità i diversi piani esaminati – infrastrutturale, funzionale e sistemico – mostrando come la trasformazione digitale dello spazio Schengen non si esaurisca in un'evoluzione tecnologica

[37] Per una panoramica sul principio del mutuo riconoscimento, specificamente come tecnica di coordinamento orizzontale tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, E. Giorgi, *Il principio del mutuo riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione europea,* Firenze, 2020, spec. Cap. II.

[38] K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 525 ss.

[39] Sul rischio di decisioni opache con una ricaduta in termini (di carenza di tutela) del diritto, M. Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham, 2016.

[40] Per una panoramica sullo Stato di diritto come parametro per limitare la fiducia reciproca, M. Ioannidis, A. von Bogdandy, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *CMLR*, vol. 51, n. 1, 2014, p. 59 ss.

[41] V. Lax-Moreno, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control–On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the "Operational Model"*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2020, pp. 385-416.

[42] L. Floridi, *The Fourth Revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014; J.E. Cohen, B*etween Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, New York, 2019; G. Sartor, T.R. Dal Pont, *Artificial Intelligence for Monitoring the Application of EU Law,* European Parliament, Policy Department for Justice, Civil Liberties and Institutional Affairs, Directorate-General for Citizens' Rights, Justice and Institutional Affairs, In-Depth Analysis, 2025/PE 777.915.

degli strumenti di controllo, ma integri un mutamento paradigmatico del modo in cui il confine viene concepito ed esercitato. La transizione dal confine territoriale al confine algoritmico si manifesta, infatti, nella progressiva centralità dei dati, nella diffusione di logiche predittive e nella riconfigurazione delle categorie giuridiche tradizionali.

Cosicché, la traiettoria evolutiva di Schengen appare segnata da una tensione strutturale che, da un lato, spinge verso una maggiore integrazione e cooperazione, resa possibile dall'interoperabilità dei sistemi informativi e dalla condivisione delle basi cognitive dell'azione pubblica; dall'altro, rischia una trasformazione del controllo in senso pervasivo e anticipatorio, con effetti rilevanti sul piano dei diritti fondamentali e della legittimità democratica. È proprio in questa tensione che si colloca il nodo critico relativo all'incrinamento del principio del mutuo riconoscimento e alla sua progressiva traslazione verso forme di fiducia tecnologica, fondate sull'affidabilità dei dati e dei sistemi più che sul controllo reciproco tra ordinamenti.

Ad opinione di chi scrive, questa ambivalenza potrebbe rappresentare un "ritorno al futuro"; per meglio dire il futuro tecnologico della sicurezza europea sembra rievocare, in forme sofisticate e immateriali, le logiche di delimitazione che Schengen, in origine, si proponeva di superare. Difatti, la ricostruzione del confine in chiave algoritmica non implica la sua scomparsa, ma la sua trasformazione in un dispositivo diffuso di selezione e classificazione, operante attraverso criteri spesso opachi e difficilmente sindacabili.

Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione europea ha costruito negli ultimi decenni si trova così di fronte a una svolta paradigmatica. La libertà di circolazione, da elemento fondativo e simbolico dell'integrazione, tende a essere progressivamente condizionata da meccanismi di valutazione preventiva del rischio, nei quali l'individuo è rappresentato come profilo informativo all'interno di un ecosistema di dati. In breve, una trasformazione del rapporto tra individuo e potere pubblico, che si sposta da un modello giuridico centrato sulla decisione a un modello tecnico fondato sulla previsione.

Nondimeno, tale evoluzione non può essere letta esclusivamente in chiave regressiva. Lo Schengen digitale, pur nelle sue criticità, offre anche nuove possibilità di integrazione, rafforzando la cooperazione tra Stati membri e istituzioni europee attraverso la condivisione di strumenti, informazioni e capacità analitiche. La questione centrale diviene, allora, quella della sua governabilità giuridica che non deve arrestare l'innovazione, ma orientarla,

assicurando che le infrastrutture tecnologiche restino ancorate ai principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione.

In questa prospettiva, l'Unione europea è chiamata a riaffermare la propria identità costituzionale anche nello spazio digitale. Il rispetto della dignità della persona, della libertà individuale, della protezione dei dati personali e della non discriminazione deve costituire un elemento immanente dell'architettura tecnologica della sicurezza. E solo un approccio realmente *rights-based* potrà impedire che l'efficienza del controllo si traduca in una compressione della libertà e che la tutela preventiva della sicurezza degeneri in sorveglianza pervasiva.

Il rischio più grande è che la logica algoritmica, apparentemente neutra, si trasformi in un nuovo paradigma di governo, capace di ridefinire in modo invisibile le relazioni tra individuo e potere. Contro tale rischio, il diritto deve riaffermare la propria funzione di limite e di garanzia, recuperando la dimensione umana e deliberativa che sola può dare legittimità alle decisioni pubbliche, non *in the loop* ma *over the loop*[43]. In altri termini, l'Unione europea deve evitare che lo spazio Schengen, nato come simbolo di libertà condivisa, si rovesci nel suo contrario: in un territorio di sorveglianza diffusa, dove la sicurezza diventa sinonimo di controllo.

In conclusione, il futuro dello Schengen digitale dipenderà dalla capacità dell'Unione di conciliare innovazione e diritti, efficienza e legittimità, tecnologia e giustizia. Se saprà farlo, potrà trasformare la rivoluzione tecnologica in una nuova stagione di integrazione giuridica e civile; se non vi riuscirà, rischierà di assistere al paradosso più amaro: la rinascita dei confini proprio nel momento in cui sembravano definitivamente superati. In tal senso, il "ritorno al futuro" evocato dal titolo non è soltanto un gioco di parole, ma un monito: il futuro di Schengen sarà davvero europeo solo se resterà fedele al suo principio originario, ovvero, quello di un'Europa che, pur vigilando, non smette mai di confidare nella libertà del "senza barriere".

[43] N. Vavoula, *Algorithmus Accountability Through the "Human over the Loop" in Interoperable and EU AI-Reling Large-Scale IT Systems for Migration and Security*, cit.

Abstract (ita)

Il contributo analizza la trasformazione dello spazio Schengen alla luce della digitalizzazione delle frontiere e dell'espansione dei sistemi informativi europei. Nato come area di libera circolazione fondata sull'equilibrio tra libertà e sicurezza, Schengen evolve verso un modello in cui il controllo della mobilità si fonda su raccolta, interoperabilità e analisi automatizzata dei dati personali. Il confine si riconfigura così da spazio fisico a infrastruttura digitale, incidendo sui presupposti del paradigma originario.

L'indagine verifica se tale evoluzione costituisca un adattamento tecnico o un mutamento paradigmatico nei rapporti tra individuo, autorità pubbliche e ordinamento dell'Unione. L'emergere di un "confine algoritmico" comporta una crescente determinazione della posizione giuridica dell'individuo attraverso profilazione e valutazione del rischio, rafforzando logiche di sicurezza preventiva.

Questa trasformazione solleva tensioni rispetto ai diritti fondamentali, in particolare in relazione ai principi di proporzionalità, limitazione della finalità e trasparenza, nonché al rischio di sorveglianza diffusa.

Abstract (eng)

This article examines the transformation of the Schengen area in light of border digitalisation and the expansion of European information systems. Originally conceived as an area of free movement balancing liberty and security, Schengen is increasingly evolving into a model where mobility control relies on the collection, interoperability, and automated processing of personal data. The border is thus reconfigured from a physical space into a digital infrastructure, affecting the foundations of the original paradigm.

The analysis assesses whether this evolution represents a technical adaptation or a paradigmatic shift in the relationship between individuals, public authorities, and the EU legal order. The emergence of an "algorithmic border" entails that individuals' legal positions are increasingly shaped through profiling and risk assessment, reinforcing preventive security logics.

This transformation raises tensions with fundamental rights, particularly regarding proportionality, purpose limitation, and transparency, as well as the risk of pervasive surveillance.

MIGRAZIONI ALGORITMICHE: L'*AI ACT* E LA REGOLAZIONE EUROPEA DELLE TECNOLOGIE DI FRONTIERA

Elisa Pandolfi[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. IA e settore migratorio: tra gestione efficiente delle frontiere esterne dell'Unione e istanze di protezione dei diritti fondamentali. – 3. Il caso dell'IA emozionale e il progetto *iBorderCtrl*. – 4. La regolamentazione del settore «migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere» nell'*AI Act*. – 5. L'utilizzo dell'IA, anche emozionale, nella gestione delle frontiere: quale (s)bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali? – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Le tecnologie digitali sono divenute parte integrante della gestione dei controlli alle frontiere esterne dell'Unione, volti a garantire la sicurezza dello spazio Schengen. In tale ambito, un ruolo centrale viene assegnato alle molteplici applicazioni dell'intelligenza artificiale (IA), tra le quali si annoverano i sistemi di identificazione biometrica, di profilazione del rischio e di previsione dei flussi migratori.

Ad essere testate alle frontiere esterne, sono anche tecnologie particolarmente invasive e dalla dubbia affidabilità scientifica. È questo il caso dei sistemi di riconoscimento delle emozioni, oggetto di sperimentazioni nell'ambito del progetto *iBorderCtrl*.

L'impiego dei sistemi di IA nel settore «migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere» è assoggettato alla disciplina di cui al regolamento (UE) 2024/1689[1] (d'ora in avanti *AI Act*). Nello specifico, essi sono inquadrati come applicazioni ad alto rischio e soggetti a stringenti requisiti volti ad assicurare un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali contro gli effetti nocivi dell'IA.

[*] Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Macerata.

[1] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

Nondimeno, tale disciplina presenta diverse criticità, portando a ravvisare uno sbilanciamento tra istanze securitarie e di protezione dei diritti fondamentali. Ad esse è riconducibile sia l'utilizzabilità di sistemi altamente invasivi nel contesto delle attività di frontiera, quale l'IA emozionale, sia l'introduzione di diverse deroghe alla disciplina applicabile allo specifico contesto migratorio.

Poste queste premesse, il contributo si articola come segue. Il par. 2 introduce i diversi casi di impiego dell'IA nel contesto delle attività di verifica e sorveglianza delle frontiere e i principali profili di incidenza sui diritti fondamentali. Il par. 3 approfondisce l'utilizzo dei sistemi di riconoscimento delle emozioni, analizzando il caso emblematico di *iBorderCtrl*. Il par. 4 ripercorre la disciplina introdotta ai sensi dell'*AI Act*, della quale, al par. 5, vengono messe in luce le principali criticità. Infine, si formulano alcune considerazioni conclusive.

2. *IA e settore migratorio: tra gestione efficiente delle frontiere esterne dell'Unione e istanze di protezione dei diritti fondamentali*

Tra le componenti essenziali dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia privo di frontiere interne rientra l'introduzione di misure appropriate in materia di frontiere esterne dell'Unione[2]. Queste devono garantire un

[2] Art. 3, par. 2, TUE: «L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima». Come è noto, le competenze dell'Unione in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione sono delineate nel Titolo V, capo 2, TFUE. In particolare, ai sensi dell'art. 77, par. 1, TFUE, l'Unione è competente a sviluppare una politica volta a: *a*) garantire l'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne; *b*) garantire il controllo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne; *c*) instaurare un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne. Per una panoramica delle fonti, si vedano, *ex multis,* C. Favilli, *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Diritto on line*, Roma, 2014, p. 1 ss.; S. Amadeo, F. Spitaleri, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea: controllo delle frontiere, protezione internazionale, immigrazione regolare, rimpatri, relazioni esterne*, Torino, 2019; B. Nascimbene, A. Di Pascale, *Le frontiere nel diritto dell'Unione europea: norme, evoluzione, significato*, in *EJ*, n. 3, 2020, p. 51 ss.; D. Vitiello, *Le frontiere esterne dell'Unione europea*, Bari, 2020; P. De Pasquale, *La politica di immigrazione e di asilo,* in G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), vol. II, Napoli, 2021, II ed., p. 169 ss.; C. Honorati, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia come laboratorio costituzionale dell'identità europea*, in *Unione europea e diritti,* vol. 1, n. 3, 2025, p. 549 ss.

adeguato bilanciamento[3] tra istanze securitarie – amplificatesi negli ultimi anni anche a seguito delle più recenti crisi migratorie – e garanzie di protezione dei diritti fondamentali dei migranti, tra i quali vi sono anche soggetti vulnerabili[4], richiedenti asilo e protezione internazionale.

Al fine di garantirne una maggiore efficienza, la gestione delle frontiere è stata interessata da un processo di digitalizzazione ed automazione, che, negli ultimi anni, si è sviluppato verso la creazione dei c.d. *smart borders*[5].

Questi, iscrivendosi in una logica di *techno-securitization* dei confini, implicano il ricorso a droni[6], *robot* autonomi e altre tecnologie avanzate, con la duplice finalità di accelerare i controlli alle frontiere della maggior parte dei viaggiatori, nonché ostacolare e fermare coloro che rappresentano una minaccia per la sicurezza dell'Unione[7].

Il ricorso sempre più imponente a tali tecnologie e la moltiplicazione degli investimenti europei[8] in materia viene giustificato dalla necessità di individuare e distinguere, in modo veloce ed efficiente, tra i viaggiatori che,

[3] Sul tema del bilanciamento, v. B. Nascimbene, A. Di Pascale, *op. cit.;* C. Honorati, *op. cit.*

[4] In dottrina, sulle diverse accezioni di vulnerabilità nel contesto migratorio, si veda A. Gilodi, I. Albert, B. Nienaber, *Vulnerability in the Context of Migration: a Critical Overview and a New Conceptual Model,* in *Human Arenas*, n. 7, 2024, p. 620 ss.

[5] A. Rinaldi, S. A. Teo, *The Use of Artificial Intelligence Technologies in Border and Migration Control and the Subtle Erosion of Human Rights*, in *ICLQ*, n. 74, 2025, p. 62. Come è stato messo in luce in dottrina, l'impiego dell'aggettivo *smart,* non solo nel contesto delle frontiere, è utilizzato emblematicamente per rappresentare questa transizione dai processi automatizzati ai sistemi autonomi; in questi termini, O. Pollicino, *Regolare l'intelligenza artificiale: la lunga via dei diritti fondamentali,* in O. Pollicino, F. Donati, G. Finocchiaro, F. Paolucci (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale,* Milano, 2025, p. 3. Si vedano anche P. Hanke, D. Vitiello, *High-Tech Migration Control in the EU and Beyond: The Legal Challenges of "Enhanced Interoperability"*, in E. Carpanelli, N. Lazzerini (eds.), *Use and Misuse of New Technologies,* Cham, 2019, p. 3 ss.; S. Penasa, *Smart borders o invisibile walls? L'utilizzo di sistemi "intelligenti" al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2022, p. 1 ss.

[6] In materia, L. Marin, *The Deployment of Drone Technology in Border Surveillance. Between Techno-Securitization and Challenges to Privacy and Data Protection,* in M. Friedewald, J. P. Burgess, J. Čas, R. Bellanova, W. Peissl (eds.), *Surveillance, Privacy and Security. Citizens' Perspectives,* London, 2017, p. 107 ss.

[7] J. P. Burgess, D. Kloza (eds.), *Border Control and New Technologies. Addressing Integrated Impact Assessment,* Brussels, 2021, p. 23. Gli autori definiscono proprio in questi termini gli *smart borders,* ovverosia come «automated systems to speed up and facilitate the border check procedure of the majority of travellers, and to hinder and stop those immigrants that poses a threat to the security of the EU through their status as irregular immigrants, criminals or terrorists».

[8] Secondo un *report* pubblicato da *Statewatch*, nel periodo compreso tra il 2007 e il 2020, 341 milioni di euro di fondi pubblici sono stati destinati a un totale di 51 progetti finalizzati a sviluppare nuove tecnologie per scopi legati all'immigrazione e al controllo delle

nell'attraversare i confini dell'Unione, siano in buona o in mala fede, ossia con intenzioni ingannatorie o fraudolente[9].

Corollario di tale dicotomia è la crescente tendenza verso l'equiparazione dei migranti a criminali, con i connessi rischi per la sicurezza[10], i quali ne giustificano l'assoggettamento ad un controllo digitale sempre più pervasivo[11].

Parte integrante delle "frontiere intelligenti" è rappresentata dal ricorso all'IA, in grado, a partire dai dati di *input* ricevuti, di generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni[12].

Questa può essere impiegata per compiere attività tanto di verifica, quanto di sorveglianza dei confini[13]. Nell'ambito delle attività di *border surveillance*, possono richiamarsi i sistemi utilizzati al fine di monitorare e

frontiere. Cfr. Statewatch, *A Clear and Present Danger. Missing Safeguards on Migration and Asylum in the EU's AI Act,* 2022, p. 26.

[9] E. Brouwer, *EU's AI Act and Migration Control. Shortcomings in Safeguarding Fundamental Rights,* in *Verfassungsblog*, 12 dicembre 2024. L'autrice richiama la distinzione adottata in International Organization for Migration, *Glossary on Migration*, p. 40.

[10] Così, E. Brouwer, *Large-Scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *EPL*, vol. 26, n. 1, 2020, p. 71 ss.

[11] Tale controllo digitale risulta rafforzato anche in conseguenze dell'adozione del Nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo. Si veda S. Marinai, *Il rafforzamento del controllo digitale nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, p. 395 ss.

[12] Si fa riferimento, ai fini del presente contributo, alla nozione di sistema di IA adottata all'art. 3, par. 1, n. 1), *AI Act,* che lo definisce come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

[13] Si vedano la definizioni di controllo, verifiche e sorveglianza di frontiera di cui all'art. 2, par. 1, nn. 10-12), 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). Per una panoramica dell'utilizzo dell'IA alle frontiere, si vedano European Commission, *Opportunities and Challenges for the Use of Artificial Intelligence in Border Control, Migration and Security. Volume 1, Main report*, 2020; C. Dumbrava, *Artificial Intelligence at EU Borders. Overview of Applications and Key Issues,* EPRS, 2021; Frontex, *Artificial Intelligence-Based Capabilities for the European Border and Coast Guard Final Report*, Warsaw, 2021; D. Ozkul, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Refugee Studies Centre, 2023; A. Andreou, *e-Securing the EU Borders: AI in European Integrated Border Management*, in *Journal of Politics and Ethics in New Technologies and AI,* vol. 2, n. 1, 2023, p. 1 ss.; M. Fink, *Robo Swarms and Polygraphs. The Future of European Border Management and its Costs*, in *SSRN, Scholarly Paper*, 2024, p. 1 ss.

svolgere analisi predittive dei flussi migratori[14]. Nel contesto delle attività di *border checks*, a venire in rilievo sono, tra gli altri, i sistemi di identificazione e verificazione biometrica – già presenti in alcuni scali aeroportuali europei[15] – e di riconoscimento facciale, nonché quelli delle emozioni, sperimentati in corrispondenza di alcune frontiere esterne dell'Unione, come si vedrà nel prosieguo. Completa il quadro il ricorso a sistemi di profilazione del rischio[16], volti ad individuare i soggetti che rappresentano un rischio per la sicurezza, di immigrazione irregolare o epidemico.

Le potenzialità dell'IA nel contesto migratorio risultano ulteriormente accresciute dalla presenza dei sistemi informativi su larga scala, istituiti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[17] – la cui cifra distintiva è data dall'interoperabilità[18] – che raccolgono un'enorme mole di informazioni e dati personali di cittadini di Paesi terzi.

Sistemi di *algorithmic profiling* e *automated risk assessment* sono già integrati, ad esempio, nelle banche dati VIS e ETIAS[19]. Quest'ultima, in

[14] Tra i progetti di sistemi predittivi dei flussi migratori finanziati dall'Unione, si possono ricordare *ITFLOWS*, *Promenade*, *Odysseus* e *DynENet,* quest'ultimo relativo alla predizione delle domande di asilo. In dottrina, si vedano M. Fink, *op. cit.*; C. Blasi Casagran, C. Boland, E. Sánchez-Montijano, E. Vilà Sánchez, *The Role of Emerging Predictive IT Tools in Effective Migration Governance* in *Politics and Governance*, vol. 9, n. 4, 2021, p. 133 ss.; G. Romeo, *Gli strumenti di previsione dei flussi migratori: quali problemi giuridici*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, dicembre 2022, p. 1 ss.

[15] Si pensi ai sistemi di verificazione e identificazione biometrica di controllo dei passaporti e delle carte d'imbarco dei passeggeri, impiegati già all'Aeroporto di Roma Fiumicino e all'aeroporto di Madrid Adolfo Suárez Madrid-Barajas. Si veda, sul punto, S. Del Gatto, *La "governance" delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di "self regulation". Il caso del riconoscimento facciale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 2023, p. 42 ss. Sull'integrazione dei sistemi di riconoscimento facciale nei c.d. *e-gates,* anche 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*, n. 62, 2016, p. 49 ss.

[16] Per un'analisi dell'integrazione dell'IA nei sistemi IT su larga scala, N. Vavoula, *Artificial Intelligence (AI) at Schengen Borders: Automated Processing, Algorithmic Profiling and Facial Recognition in the Era of Techno-Solutionism,* in *European Journal of Migration and Law*, n. 23, 2021, p. 457 ss.

[17] Questi sono: il Sistema di informazione Schengen (SIS), il Sistema di informazione visti (VIS), Eurodac, il Sistema di ingressi/uscite (EES), il Sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e il Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari riguardo ai cittadini di paesi terzi e apolidi (ECRIS).

[18] Per un'analisi, si veda G. Caggiano, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi,* in *DIC*, n. 1, 2020, p. 169 ss.

[19] Sul punto, N. Vavoula, *op. cit.;* S. Demkovà, *The EU's Artificial Intelligence Laboratory and Fundamental Rights*, in M. Fink (ed.), *Redressing Fundamental Rights Violations by the EU: The Promise of the "Complete System of Remedies"*, Cambridge, 2024, p. 393 ss.

particolare, prevede un ruolo centrale di Frontex per quanto concerne la definizione, a partire da dati statistici[20], dei singoli indicatori di rischio[21].

Rispetto alle molteplici ipotesi di utilizzo dell'IA alle frontiere, non ci si può non interrogare sull'impatto di tali sistemi sui diritti fondamentali dei migranti, così come riconosciuti dalle principali convenzioni internazionali e dalle disposizioni europee.

Se, da un lato, l'implementazione dell'IA promette una gestione più rapida ed efficiente dei controlli di frontiera ed una migliore allocazione delle risorse umane ed economiche ad essi destinate, dall'altro occorre tenere a mente la natura fortemente invasiva di taluni sistemi e il fatto che la decisione circa l'ingresso o meno di un individuo nell'Unione potrebbe dipendere unicamente dall'esito di un'analisi algoritmica.

In *primis*, l'impiego dell'IA nel settore migratorio può incidere sul diritto d'asilo, sancito dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo *status* dei rifugiati[22] e richiamato all'art. 18 della Carta di Nizza.

Per quanto concerne le attività di frontiera, ulteriore rischio di violazione riguarda il divieto di espulsioni collettive e il principio di non respingimento (*non refoulement*)[23], entrambi menzionati all'art. 19 della Carta[24]. Rispetto ad essi, è stato osservato come i sistemi predittivi dei flussi migratori potrebbero incentivare politiche di controllo preventivo[25], nonché suggerire l'attivazione

[20] Art. 33, 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.

[21] D. Vitiello, *Poteri operativi,* accountability *e accesso alla giustizia nella gestione integrata delle frontiere esterne dell'Unione europea. Una prospettiva sistemica*, in questa *Rivista*, n. 3, 2023, p. 246.

[22] Ai sensi dell'art. 78, par. 1, TFUE, la politica dell'Unione in materia d'asilo, protezione sussidiaria e protezione temporanea deve essere conforme alla Convenzione e agli altri trattati pertinenti. In dottrina, si vedano le riflessioni di F. Marongiu Buonaiuti, *L'azione dell'Unione europea in materia di asilo e immigrazione e il rispetto degli obblighi internazionali degli Stati membri: alcune considerazioni*, in L. Salvadego, M. Savino, E. Scotti (a cura di), *Migrazioni e vulnerabilità. La rotta del Mediterraneo centrale. Atti del II Doctoral Colloquium dell'Accademia Diritto e migrazioni,* Torino, 2021, p. 21 ss.

[23] Il principio di non respingimento è sancito all'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967 relativi allo *status* dei rifugiati.

[24] Art. 19, della Carta: «1. Le espulsioni collettive sono vietate. 2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti». Nella CEDU, il principio di non respingimento è ricompreso all'art. 3, mentre il divieto di espulsioni collettive è riconosciuto all'art. 4 del Protocollo n. 4.

[25] G. Romeo, *op. cit.*, p. 3.

di strumenti emergenziali di gestione di afflussi massicci di cittadini di Stati terzi, così finendo per supportare pratiche illegittime di respingimento[26] ed espulsioni collettive.

Al di là dello specifico settore migratorio, occorre altresì considerare che l'utilizzo dell'IA incide in maniera significativa anche su altri diritti fondamentali.

In ragione della natura *data-driven* di tali sistemi, ad essere particolarmente esposti a violazioni sono il diritto alla protezione dei dati personali e il divieto di discriminazione, rispettivamente riconosciuti all'art. 8 e all'art. 21 della Carta[27].

Con riguardo al primo profilo, i sistemi di IA sono addestrati sulla base di un'enorme mole di informazioni e dati, compresi quelli personali. Questo determina una potenziale tensione con i principi fondamentali della disciplina a tutela degli stessi[28], in *primis* contenuta nel regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)[29].

Quanto al secondo aspetto, un ulteriore rischio si pone con riferimento al divieto di discriminazioni dirette e indirette[30], atteso che tali sistemi,

[26] A. Rinaldi, S. A. Teo, *op. cit.*, p. 84; M. Tuozzo, *Note intorno al (futuro) Artificial Intelligence Act. Prospettive costituzionali e sfide dell'immigrazione nell'ecosistema digitale,* in *Diritto Pubblico Europeo. Rassegna online,* n. 1, 2024, p. 217.

[27] Per un'analisi dell'impatto dell'IA su *privacy* e discriminazione, si veda C. Grieco, *Intelligenza artificiale e tutela degli utenti nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2023, p. 101 ss.

[28] Il rapporto tra IA e dati personali è stato ampiamente analizzato in dottrina. In particolare, si vedano le riflessioni di F. Pizzetti (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018; G. Sartor, F. Lagioia, *The Impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*, EPRS, 2020; G. Contaldi, *Intelligenza artificiale e dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 5, 2021, p. 1193 ss.; G. Finocchiaro, *Considerazioni su intelligenza artificiale e dati personali*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale,* Torino, 2021, p. 331 ss.; A. Pajno, F. Donati, A. Perrucci (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? Diritti fondamentali, dati personali e regolazione. Vol. I,* Bologna, 2022; I. Spiecker, G. Döhmann, *AI and Data Protection* in L. A. Di Matteo, C. Poncibò, M. Cannarsa (eds.), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, Cambridge, 2022, p. 132 ss.

[29] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Tale normativa è altresì contenuta nel regolamento (UE) 2018/1725 e nella direttiva (UE) 2016/680.

[30] Più frequente è il rischio di discriminazioni indirette dovute alla presenza di *proxies*, ossia informazioni apparentemente neutrali che tuttavia risultano collegate a caratteristiche sensibili che il sistema è in grado di inferire autonomamente. Sul rapporto tra IA, *bias* e discriminazione, si vedano*, ex multis*, EU Fundamental Rights Agency, *Bias in Algorithms.*

lungi dall'essere neutrali, tendono a riprodurre i *bias* presenti nei *datasets* di addestramento (c.d. *garbage in-garbage out*), divenendo cruciale assicurarne l'elevata "qualità" e un'adeguata rappresentatività[31].

Si deve inoltre osservare che uno dei tratti distintivi dei sistemi più avanzati ed efficienti – basati su algoritmi di *deep learning* e su reti neurali artificiali – è l'opacità[32], che vale loro la definizione di "scatole nere" (c.d. effetto *black box*)[33]. Questa rende estremamente complesso, anche per gli stessi sviluppatori, ricostruire l'*iter* logico impiegato dal sistema per giungere ad un determinato *output*, mettendo in dubbio anche la possibilità di discostarsi dalla decisione assunta dalla macchina, con rilevanti ripercussioni sul diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo, di cui all'art. 47 della Carta[34].

Tale opacità subisce un ulteriore aggravio in quei contesti, quale la gestione del fenomeno migratorio[35], permeati da logiche securitarie, che introducono ulteriori limiti all'accesso ad informazioni circa il funzionamento e l'utilizzo di tali sistemi.

Artificial Intelligence and Discrimination, 2022; N. Geslevich Packin, Y. Lev-Aretz, *Learning Algorithms and Discrimination*, in U. Pagallo, W. Barfield (eds.), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Northampton, MA, 2018, p. 88 ss.; A. Tischbirek, *Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems*, in T. Wischmeyer, T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham, 2020, p. 103 ss.; P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *ConsultaOnline,* 2020, p. 1 ss.

[31] L'impiego dei sistemi di riconoscimento facciale negli aeroporti offre esempi emblematici a tal riguardo: difatti, se l'addestramento del sistema è basato su volti dai tratti somatici caucasici, il sistema rischia di risultare fallace nell'identificazione di soggetti dai lineamenti asiatici o africani. Si vedano i casi riportati da J. De Bruyne, C. Vanleenhove (eds.), *Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge, 2021, p. 11.

[32] J. Burrell, *How the Machine "Thinks": Understanding Opacity in Machine-Learning Algorithms*, in *Big Data & Society*, n. 1, 2016, p. 1 ss.

[33] F. Pasquale, *The Black Box Society: the Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, MA, 2015.

[34] EU Fundamental Rights Agency, *Getting the Future Right – Artificial Intelligence and Fundamental Rights,* 2020, p. 75. Così anche Corte giust. 21 giugno 2022, C-817/19*, Ligue des droits humains,* punto 195: «tenuto conto dell'opacità che caratterizza il funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale, può risultare impossibile comprendere la ragione per la quale un dato programma sia arrivato ad un riscontro positivo. In tali circostanze, l'uso di siffatte tecnologie potrebbe privare gli interessati anche del loro diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta […]».

[35] In dottrina si è parlato, a tal proposito, di una *endemic secrecy.* Così, A. Rinaldi, S. A. Teo, *op. cit.*, p. 79.

3. *Il caso dell'IA emozionale e il progetto* iBorderCtrl

Una delle applicazioni più controverse dell'IA, cui si è accennato in precedenza, è rappresentata dai sistemi di riconoscimento delle emozioni, quali poligrafi o *lie detector.* Questi sono finalizzati all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici[36].

Tali sistemi sono stati oggetto di importanti investimenti da parte dell'Unione, in vista di una loro potenziale applicazione proprio nel contesto della gestione delle frontiere. Tra le iniziative più note in questo ambito figura il progetto *iBorderCtrl*[37] finanziato, nel periodo compreso tra settembre 2016 e agosto 2019, dal programma *Horizon* 2020 per 4,5 milioni di euro e testato alle frontiere terrestri di Grecia, Ungheria e Lettonia[38].

[36] Art 3, par. 1, n. 39), *AI Act*. Sull'interpretazione di tale definizione, si vedano gli *Orientamenti della Commissione relativi alle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi del regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA)*, C(2025) 5052 final, p. 90. Per approfondimenti sull'area di ricerca della *affecting computing*, dove rientra l'IA emozionale, si rinvia alle riflessioni di A. Rosanò, *Tu chiamali, se vuoi, sistemi di riconoscimento delle emozioni: considerazioni sulla disciplina posta in materia dal regolamento (UE) 2024/1689*, in *Ordine internazionale e diritti umani,* 2025, p. 1253 ss.

[37] Acronimo per *Intelligent Portable Border Control System.* Simile ad *iBorderCtrl* era il progetto *AVATAR* (*Automated Virtual Agent for Truth Assessments in Real-Time*), sviluppato da un gruppo di ricerca dell'Università dell'Arizona anche con il supporto di Frontex e testato nel 2013 all'aeroporto di Bucarest. *AVATAR* implementava un *lie detector* che misurava i cambiamenti nel movimento degli occhi, nella dilatazione delle pupille e nella qualità della voce al fine di identificare individui potenzialmente pericolosi. Per approfondimenti, A. Elkins, E. Golob, J. Nunamaker, J. Burgoon, D. Derrick, *Appraising the AVATAR for Automated Border Control Results of a European Union Field Test of the AVATAR System for Interviewing and Passport Control*, 2014, disponibile online.

[38] Tra gli obiettivi del progetto, vi era quello di contribuire «to the development of technologies that could speed up border crossing processes, while enhancing the security and confidence regarding border control checks […]. The specific objectives were to investigate how the proposed solution could a) significantly increase the efficiency and security in terms of traveler throughput and fewer illegal crossings; b) reduce cost and time at the border by allowing the use of personal devices for travelers, and portable units for operators; c) introduce a pre-registration step to better inform travelers of their rights, the travel procedures, data collected as per EU and national legal requirements; d) increase scalability, reduce workload and subjective errors by human agents; e) increase the objective control with automated means that are non-invasive and non-time consuming; f) provide a more robust and efficient land border control platform». Per una panoramica, si veda la pagina CORDIS del finanziamento erogato dalla Commissione europea (*grant agreement* 700626), accessibile *online.*

La sperimentazione ha suscitato non poche critiche[39], anche legate alla scarsa trasparenza del finanziamento da parte dell'Unione[40].

L'obiettivo di *iBorderCtrl* era quello di garantire una gestione più rapida ed efficace dei viaggiatori legittimi, nonché una più rapida individuazione delle attività illegali. Esso combinava assieme diversi sistemi di IA, tra cui anche un sistema di riconoscimento facciale e di individuazione automatica dell'inganno. Quest'ultimo si basava sul duplice assunto secondo il quale il linguaggio non verbale rivelatore dell'inganno sia universale e l'inganno sia un valido indicatore di colpa ovvero di rischio.

In una prima fase (*pre-screening*), il viaggiatore era chiamato a caricare i propri documenti all'interno di un applicativo *online* e a sottoporsi, davanti ad una *webcam,* ad una intervista condotta da una guardia virtuale (*silent talker*), che gli poneva alcune domande personali, riguardanti la sua famiglia e le ragioni del viaggio.

Dall'analisi delle micro-espressioni facciali, interpretate come marcatori dell'inganno (*bio-markers of deceit*)[41], il sistema sarebbe stato in grado di rilevare se il soggetto stesse mentendo nel rispondere alle domande. In caso affermativo, costui veniva segnalato e sottoposto, una volta raggiunta la frontiera, ad un secondo controllo da parte di un agente umano.

Il sistema rivelatore dell'inganno di *iBorderCtrl* è stato al centro del dibattito legato ai presupposti scientifici dei sistemi di inferenza delle emozioni, fortemente contestati in letteratura[42].

Rispetto agli assunti sui quali era basato, è stato sostenuto che l'espressione delle emozioni differisca notevolmente tra contesti culturali diversi[43] e che quelli che, all'apparenza, potrebbero sembrare indici di

[39] Tra gli altri, v. U. Bacchi, *High-tech Lie Detector Used at Europe Borders Face Scrutiny*, in *Reuters*, 2021, disponibile *online;* R. Gallagher, L. Jona, *We Tested Europe's New Lie Detector for Travelers – and Immediately Triggered a False Positive,* in *The Intercept*, 2019, disponibile *online.*

[40] A tal proposito, l'eurodeputato Patrick Breyer si rivolse ai giudici di Lussemburgo, dopo essersi visto negare l'accesso ai documenti relativi all'autorizzazione del progetto *iBorderCtrl* dall'Agenzia esecutiva europea per la ricerca (REA). La sentenza del Tribunale che aveva parzialmente respinto il suo ricorso veniva successivamente confermata dalla Corte di Giustizia. Si vedano Tribunale 15 dicembre 2021, T-158/19, *Breyer/REA* e Corte giust. 7 settembre 2023, causa C-135/22, *Breyer/REA*.

[41] J. Sánchez-Monedero, L. Dencik, *The Politics of Deceptive Borders: 'Biomarkers of Deceit' and the Case of iBorderCtrl,* in *Information, Communication & Society,* vol. 25, n. 3, 2022, p. 413 ss.

[42] L'accuratezza di tali sistemi è stata definita «close to that of random guessing». Così, J. Sánchez-Monedero, L. Dencik, *op. cit.*, p. 420.

[43] J. Sánchez-Monedero, L. Dencik, *op. cit.;* L. F. Barrett *et al.*, *Emotional Expressions Reconsidered: Challenges to Inferring Emotion from Human Facial Movements* in *Psychological Science in the Public Interest*, vol. 20, n. 1, 2019, p. 1 ss.

menzogna, in realtà potrebbero rivelare l'esistenza di traumi pregressi. Tali criticità emergono con tutta chiarezza laddove un sistema di questo genere sia utilizzato nei confronti di una moltitudine di cittadini di Stati terzi che intendono attraversare le frontiere dell'Unione. Essi provengono da contesti notevolmente diversificati e, tra loro, ci sono anche soggetti particolarmente vulnerabili, quali potrebbero essere i richiedenti asilo[44].

Ulteriore problematica di *iBorderCtrl* riguardava poi il *dataset* di addestramento del sistema di riconoscimento dell'inganno, che era stato sviluppato e testato da un gruppo di ricercatori della *Manchester Metropolitan University* su un numero molto limitato di soggetti. Il campione risultava, peraltro, sbilanciato dal punto di vista etnico e del genere, comprendendo meno partecipanti arabi o asiatici, rispetto agli europei, ed un minor numero di donne rispetto agli uomini. La sua accuratezza si attestava intorno al 75 per cento[45], producendo un elevato numero di "falsi positivi" – ovvero di casi in cui il *test* indicava l'inganno, ma la persona in realtà non mentiva – e determinando un rischio elevato di produrre esiti discriminatori nei confronti di alcune minoranze che non fossero state rappresentate nei *training datasets*.

Da ultimo, non meno critica si rivelava essere la seconda fase di controllo umano, attivata solo se il sistema avesse rilevato il soggetto come ad alto rischio. L'agente di frontiera avrebbe potuto percepire l'esito algoritmico come oggettivo, facendo automatico affidamento sullo stesso – si parla, al riguardo, di *automation bias* – senza essere in grado di comprendere appieno le ragioni alla base di un determinato *output*, e in assenza di alcun diritto di ricorso riconosciuto al soggetto interessato avverso la decisione algoritmica.

Pur non essendo attualmente in uso, non sembra potersi escludere che un sistema di riconoscimento delle emozioni del tipo sviluppato in *iBorderCtrl* possa, in futuro, entrare a far parte dei controlli esperiti alle frontiere esterne, ed essere utilizzato per decidere se concedere o meno l'ingresso nell'Unione a cittadini di Stati terzi. Ciò si evince, in particolare, dalla circostanza per cui il legislatore, pur vietando in certi contesti l'IA

[44] P. Molnar, *Technological Testing Grounds: Migration Management Experiments and Reflections from the Ground Up,* 2020, disponibile online, p. 20: «However, it is unclear how these system will be able to handle cultural differences in communication, or account for trauma and its effects on memory, such as when dealing with a traumatized refugee claimant unable to answer questions clearly». Sul punto, si veda anche M. Forti, *AI-driven Migration Management Procedures: Fundamental Rights Issues and Regulatory Answers*, in *BioLaw Journal*, n. 2, 2021, p. 440.

[45] Di questi, 17 svolgevano il ruolo di ingannatori, mentre i restanti 15 erano i soggetti chiamati a dire la verità.

emozionale, ne legittima l'utilizzo nel settore migratorio, riconducendola alle applicazioni ad alto rischio.

4. *La regolamentazione del settore «migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere» nell'*AI Act

L'impiego dell'IA nella gestione delle frontiere è assoggettato alla disciplina introdotta nel regolamento (UE) 2024/1689[46], che si propone di garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali contro gli effetti nocivi di tali sistemi[47], adottando un approccio *risk-based.*

Il regolamento distingue infatti i sistemi di IA in quattro categorie, alle quali corrisponde un diverso livello di regolazione: le pratiche vietate, la cui immissione sul mercato UE è proibita[48]; i sistemi ad alto rischio[49], distinti, a loro volta, in sistemi indipendenti e prodotti o componenti di sicurezza di un prodotto; i sistemi soggetti a determinati obblighi di trasparenza[50]; ed infine, quelli a rischio minimo, per i quali non è prevista una disciplina specifica.

I sistemi di IA impiegati nel settore della migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere sono annoverati tra quelli indipendenti ad alto rischio[51], in ragione della condizione di particolare vulnerabilità delle

[46] Per un'analisi del regolamento si vedano, *ex multis*, F. Ferri (a cura di), *L'Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive,* in questa *Rivista*, n. 2, 2024; G. Cassano, E. M. Tripodi (a cura di), *Il regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Commento al Reg. UE N. 1689/2024,* Sant'Arcangelo di Romagna, 2024; F. Pizzetti (a cura di), *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*, Torino, 2025; O. Pollicino, F. Donati, G. Finocchiaro, F. Paolucci (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale,* Milano, 2025; G. Contaldi, *I profili generali dell'AI Act,* in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2025, p. 1142 ss. Per un'analisi delle disposizioni applicabili al settore migratorio, si vedano E. Brouwer, *AI and Migration, Asylum and Border Control Management: Impact of the AI Act,* in O. Tambou, M. Sweeney (eds.), *Le Règlement Européen sur l'IA et au-delà. Quel Encadrement de l'IA?: European Regulation on AI and Beyond: What Regulation for AI?,* Bruxelles, 2025, p. 233 ss.; N. Vavoula, *Regulating AI at Europe's Borders: Where the AI Act Falls Short,* in *Verfassungsblog*, 13 dicembre 2024.

[47] Art. 1, *AI Act.*

[48] *Ivi*, art. 5.

[49] *Ivi*, art. 6.

[50] *Ivi*, art. 50.

[51] Anche la categoria delle pratiche vietate incide sull'impiego di taluni sistemi nel contesto migratorio. Sul punto, si veda E. Brouwer, *EU's AI Act and Migration Control. Shortcomings in Safeguarding Fundamental Rights,* in *Verfassungsblog*, 12 dicembre 2024.

persone sulle quali hanno effetto, il cui futuro dipende dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti[52].

Sulla scorta di tali considerazioni, sono soggetti a tale disciplina i sistemi utilizzati dalle autorità pubbliche competenti, o, per loro conto, da istituzioni, organi e organismi dell'Unione elencati all'allegato III, n. 7) del regolamento[53].

Essi sono: *a*) i poligrafi o strumenti analoghi; *b*) i sistemi di valutazione del rischio (compresi un rischio per la sicurezza, un rischio di migrazione irregolare o un rischio per la salute) posto da una persona fisica che intende entrare o è entrata nel territorio di uno Stato membro; *c*) i sistemi impiegati per assistere le autorità pubbliche competenti nell'esame delle domande di asilo, di visto o di permesso di soggiorno e per i relativi reclami per quanto riguarda l'ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale *status*, comprese le valutazioni correlate dell'affidabilità degli elementi probatori; *d*) i sistemi impiegati al fine di individuare, riconoscere o identificare persone fisiche, ad eccezione della verifica dei documenti di viaggio[54].

L'applicazione della disciplina dell'alto rischio può essere tuttavia esclusa dal fornitore del sistema[55] il quale dimostri che lo stesso non presenta un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale[56]. Tale valutazione è preclusa solo per i sistemi di profilazione delle persone fisiche[57].

I sistemi classificati come ad alto rischio sono soggetti ad una complessa disciplina, che ne subordina l'immissione sul mercato al rispetto di una serie

[52] Considerando n. 60, *AI Act*.

[53] Ai sensi dell'art. 7, par. 1, tale elencazione potrebbe essere ampliata o modificata dalla Commissione europea a mezzo di atti delegati.

[54] Art. 6, par. 1, *AI Act.*

[55] Per fornitore, si intende «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito». Cfr. art. 3, par. 1, n. 3), *AI Act.*

[56] *Ivi,* art. 6, par. 3. Rientra in queste ipotesi il sistema di IA che sia destinato: *a*) ad eseguire un compito procedurale limitato; *b*) a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata; *c*) a rilevare schemi decisionali o deviazioni da schemi decisionali precedenti e non è finalizzato a sostituire o influenzare la valutazione umana precedentemente completata senza un'adeguata revisione umana; *d*) a eseguire un compito preparatorio per una valutazione pertinente ai fini dei casi d'uso elencati nell'allegato III. Tale designazione da parte del fornitore è assoggettata ad un successivo controllo da parte dell'autorità di vigilanza del mercato.

[57] *Ivi,* art. 6, par. 4.

di requisiti essenziali[58]. Tra questi, v'è l'obbligo per i fornitori di: istituire un sistema di gestione dei rischi per la salute, sicurezza e diritti fondamentali (art. 9); garantire un'elevata qualità dei dati utilizzati per l'addestramento del sistema (art. 10)[59]; garantirne un funzionamento sufficientemente trasparente, che consenta ai *deployer* di interpretarne l'*output* e utilizzarlo adeguatamente (art. 13); e implementare misure che garantiscano un'efficace sorveglianza umana (art. 14).

Il regolamento istituisce altresì un sistema di responsabilizzazione che coinvolge i diversi soggetti che intervengono nella catena di valore dell'IA, compreso colui che utilizza professionalmente il sistema, denominato *deployer*[60]. Costui è chiamato ad effettuare, tra le altre cose, una valutazione d'impatto sui diritti fondamentali (art. 27) e a garantire il diritto alla spiegazione della decisione adottata sulla base dell'*output* del sistema (art. 86).

Rispetto alla disciplina generale, i sistemi ad alto rischio impiegati nel settore migratorio sono destinatari di una serie di deroghe.

La prima riguarda gli obblighi in materia di sorveglianza rafforzata di cui all'art. 14 del regolamento[61]. Ai sensi di tale disposizione, laddove

[58] *Ivi,* capo III, sez. 2. Per dimostrare tale conformità, il fornitore può aderire alle norme armonizzate predisposte dalle organizzazioni europee di normazione alle quali sia stato conferito mandato ai sensi dell'art. 40 del regolamento.

[59] *Ivi,* art. 10, parr. 3-4. In particolare, i dati devono essere pertinenti, sufficientemente rappresentativi e, nella misura del possibile, esenti da errori e completi e devono tener conto delle caratteristiche o degli elementi particolari dello specifico ambito geografico, contestuale, comportamentale o funzionale all'interno del quale il sistema è usato.

[60] Per *deployer*, si intende «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale». Cfr. art. 3, par. 1, n. 4), *AI Act.*

[61] *Ivi,* art. 14, par. 2: «Le persone fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana abbiano la possibilità, ove opportuno e proporzionato, di: *a*) comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; *b*) restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'*output* prodotto da un sistema di IA ad alto rischio («distorsione dell'automazione»), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; *c*) interpretare correttamente l'*output* del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; *d*) decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'*output* del sistema di IA ad alto rischio; *e*) intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di «arresto» o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza».

venga utilizzato un sistema di identificazione biometrica remota, deve essere garantito che il *deployer* non compia azioni o adotti decisioni sulla base dell'identificazione, a meno che la stessa non sia stata verificata e confermata separatamente da almeno due persone fisiche. Tale requisito non si applica però ai sistemi utilizzati a fini di contrasto, migrazione, controllo delle frontiere o asilo, qualora il diritto dell'Unione o nazionale ne ritenga sproporzionata l'applicazione[62].

In secondo luogo, sono introdotte una serie di eccezioni con riguardo agli obblighi di registrazione[63] e di pubblicità inerenti alla disciplina degli spazi di sperimentazione normativa (c.d. *regulatory sandboxes*).

Da un lato, per i sistemi impiegati nel settore della biometria, delle attività di contrasto e in materia migratoria, la registrazione del sistema avviene in una sezione non pubblica della banca dati UE, alla quale hanno accesso soltanto la Commissione e le autorità nazionali. Inoltre, la registrazione ha ad oggetto solo parte delle informazioni prescritte invece per gli altri sistemi ad alto rischio.

In particolare, il fornitore non ha l'obbligo di indicare le informazioni – quali dati e *input* – utilizzate dal sistema e la sua logica operativa, né le condizioni in base alle quali il sistema non è ritenuto ad alto rischio; mentre il *deployer* non deve fornire la sintesi dei risultati della valutazione d'impatto sui diritti fondamentali[64].

Dall'altro, per quanto concerne le *sandboxes,* l'obbligo di pubblicazione, sul sito *web* delle autorità competenti, di una breve sintesi del progetto di IA sviluppato nello spazio di sperimentazione, requisito necessario per poter trattare i dati personali legalmente raccolti per altre finalità, non riguarda

[62] *Ivi,* art. 14, par. 5. La deroga viene motivata al considerando n. 73 facendo riferimento alle specificità dei settori interessati.

[63] *Ivi,* art. 49. Ai sensi di tale disposizione, i sistemi indipendenti ad alto rischio – ad eccezione di quelli rientranti nel settore delle infrastrutture critiche – e quelli che il fornitore ha escluso esser tali ai sensi dell'art. 6, par. 3, sono soggetti ad un obbligo di registrazione in una banca dati UE, istituita ai sensi dell'art. 71, da parte del fornitore e dei *deployer* che siano autorità pubbliche, istituzioni, organi e organismi dell'Unione o persone che agiscono per loro conto.

[64] *Ivi,* art. 49, par. 4: «Per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punti 1, 6 e 7, nei settori delle attività di contrasto, della migrazione, dell'asilo e della gestione del controllo delle frontiere, la registrazione di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 del presente articolo si trova in una sezione sicura non pubblica della banca dati dell'UE di cui all'articolo 71 e comprende, a seconda dei casi, solo le informazioni seguenti di cui: *a*) all'allegato VIII, sezione A, punti da 1 a 5 e punti 8 e 9; *b*) all'allegato VIII, sezione B, punti da 1 a 5 e punti 8 e 9; *c*) all'allegato VIII, sezione C, punti da 1 a 3; *d*) all'allegato IX, punti 1, 2, 3 e 5».

i dati operativi sensibili in relazione alle attività svolte in materia di contrasto, di controllo delle frontiere, di immigrazione o di asilo[65].

Infine, un'ulteriore deroga al regime generale dei sistemi ad alto rischio riguarda l'applicazione del regolamento. In particolare, si prevede che per i sistemi di IA integrati nelle banche dati istituite nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'*AI Act* si applicherà a partire dal 31 dicembre 2030[66], e non dal 2 agosto 2026[67].

5. *L'utilizzo dell'IA, anche emozionale, nella gestione delle frontiere: quale (s)bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali?*

Dalla disciplina dell'*AI Act* applicabile al contesto migratorio si evince l'esistenza di tensioni che vedono la contrapposizione tra istanze securitarie, che giustificano il ricorso all'IA e alle tecnologie digitali in tale settore, e garanzie di tutela dei diritti fondamentali, che rappresentano l'obiettivo ultimo della disciplina introdotta nel regolamento.

Nella ricerca di un equilibrio, nei termini anzidetti, si scorge la prevalenza di una logica orientata alla necessità di garantire la sicurezza delle frontiere, che solleva diversi dubbi.

Un primo ordine di censure investe i casi d'uso di cui all'allegato III, n. 7), che delimitano in concreto l'ambito di operatività della disciplina dei sistemi ad alto rischio. Riservando ad un momento successivo l'analisi dei poligrafi, che figurano al primo posto nell'allegato, tale elencazione non sembra rispecchiare il novero delle applicazioni dell'IA che meriterebbero di essere incluse nell'ambito di applicazione del regolamento.

In particolare, in essa non sono menzionati i sistemi predittivi dei flussi migratori e di sorveglianza delle frontiere, nonostante la loro inclusione nell'allegato III fosse stata proposta dal Parlamento europeo nel corso dell'*iter* legislativo[68]. Le potenziali implicazioni negative, su larga scala,

[65] *Ivi,* art. 59.

[66] *Ivi,* art. 111, par. 1.

[67] *Ivi,* art. 113, par. 2. A tal proposito, occorre segnalare la recente proposta – ancora in discussione al momento in cui si licenzia il presente contributo – di posticipare l'applicazione del regime dei sistemi ad alto rischio, avanzata nell'ambito del *Digital Omnibus on AI*, COM(2025) 836.

[68] Posizione negoziale del Parlamento europeo, doc. P9_TA(2023)0236. In particolare, si vedano gli emendamenti nn. 736-737, nei quali si avanzava la proposta di includere nell'elenco dei casi d'uso: « *d(a)* AI systems intended to be used by or on behalf of competent public authorities or by Union agencies, offices or bodies in migration, asylum and border control management to monitor, surveil or process data in the context of border management

dettate da un loro utilizzo – quali l'incidenza sul divieto di respingimento e di espulsioni collettive – non hanno trovato adeguato riconoscimento nel testo del regolamento.

Un ulteriore *vulnus* si presenta con riguardo alla profilazione algoritmica applicata ai sistemi IT su larga scala, per i quali, sebbene essi rientrino tra i casi d'uso di cui all'allegato III, tale disciplina non si applicherà sino al 2031, creando un vuoto di tutela destinato a protrarsi per molto tempo. Come si accennava in apertura, l'IA è già parte integrante di alcune banche dati dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la cui interoperabilità espone ulteriormente all'utilizzo dei dati personali *ivi* raccolti per finalità di addestramento e per individuare gli indicatori di rischio alla base dei sistemi di profilazione algoritmica, con potenziali ripercussioni in termini discriminatori.

Un secondo ordine di problemi investe poi le eccezioni, già menzionate, ad alcuni degli obblighi dei sistemi ad alto rischio, concernenti i requisiti di sorveglianza umana e le diverse garanzie di trasparenza.

Sotto il primo aspetto, si è detto che, nel contesto migratorio, la sorveglianza rafforzata di cui all'art. 14 può essere derogata sulla base di una valutazione che tiene conto del carattere sproporzionato della misura.

Sebbene proprio la vulnerabilità dei soggetti coinvolti nell'utilizzo di tali sistemi avrebbe dovuto giustificare il rafforzamento della sorveglianza umana, tale disposizione appare criticabile anche per la sua eccessiva indeterminatezza.

Essa omette di individuare precisi criteri per avvalersi della deroga, creando sul punto un vuoto normativo che lascia spazio ad ampi margini di operatività della stessa. Inoltre, la genericità del parametro determinato dalla mancanza di proporzionalità si presta a valutazioni ampiamente discrezionali da parte delle autorità di controllo delle frontiere, che rischiano di determinare ingiustificate disparità di trattamento.

Ad esser censurabili sono poi le eccezioni previste con riguardo agli obblighi di registrazione dei sistemi ad alto rischio e alla disciplina degli spazi di sperimentazione normativa. Entrambe incidono notevolmente, indebolendola, sulla trasparenza nell'utilizzo di tali sistemi da parte dell'Unione e delle autorità pubbliche nel settore migratorio[69], nonché sulla

activities, for the purpose of detecting, recognising or identifying natural persons; *d(b)* AI systems intended to be used by or on behalf of competent public authorities or by Union agencies, offices or bodies in migration, asylum and border control management for the forecasting or prediction of trends related to migration movement and border crossing».

[69] E. Brouwer, *EU's AI Act and Migration Control. Shortcomings in Safeguarding Fundamental Rights,* in *Verfassungsblog*, 12 dicembre 2024; L. S. Stewart, *The Regulation*

pubblicità dei dati utilizzati. In particolare, l'omessa pubblicazione del risultato della valutazione d'impatto sui diritti fondamentali, nel contesto delle *sandboxes,* rischia di fare dei migranti i soggetti destinatari della sperimentazione di tecnologie invasive, ampiamente sottratte allo scrutinio della società civile.

Peraltro, v'è da sottolineare che tali eccezioni sono introdotte allo stesso modo per i sistemi di IA impiegati nelle attività di contrasto – ovverosia a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro le minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse[70] – ciò contribuendo a rafforzare quella tendenza, richiamata in apertura, verso la progressiva equiparazione dei migranti a soggetti criminali, a cui si lega l'avvicinamento delle rispettive discipline.

In chiusura della presente analisi, una riflessione a sé stante va riservata alla disciplina dei sistemi di riconoscimento delle emozioni che, si rammenti, sono finalizzati all'identificazione o all'inferenza di emozioni o intenzioni di persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici[71].

Anzitutto, si deve premettere che essi sono soggetti ad una disciplina composita[72] all'interno dell'*AI Act*, dalla quale emerge, con tutta evidenza, lo sbilanciamento che porta a favorire, nel settore migratorio, una logica securitaria non pienamente coerente con gli obiettivi di tutela dei diritti fondamentali che si prefigge il regolamento.

I sistemi di IA emozionale sono anzitutto soggetti alle regole di trasparenza di cui all'art. 50[73], che introduce, in capo al *deployer,* l'obbligo di informare le persone fisiche circa il funzionamento del sistema di riconoscimento delle emozioni al quale siano esposte.

of AI-Based Migration Technologies under the EU AI Act: (Still) Operating in the Shadows?, in *ELJ*, n. 30, 2024, p. 131. Si rammentino, a tal proposito, anche le critiche al progetto *iBorderCtrl* in relazione al negato accesso ai documenti di autorizzazione del finanziamento a membri del Parlamento europeo.

[70] Art. 3, par. 1, n. 46), *AI Act.*

[71] *Ivi,* art. 3 par. 1, n. 39).

[72] Per un'analisi di tale disciplina, v. A. Rosanò, *op. cit.*

[73] Ai sensi dell'art. 50, par. 3, *AI Act*: «I *deployer* di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica informano le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema e trattano i dati personali in conformità dei regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e della direttiva (UE) 2016/680, a seconda dei casi. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA utilizzati per la categorizzazione biometrica e il riconoscimento delle emozioni autorizzati dalla legge per accertare, prevenire o indagare reati, fatte salve le tutele adeguate per i diritti e le libertà dei terzi e conformemente al diritto dell'Unione».

La medesima disposizione richiama espressamente anche l'obbligo di rispettare la normativa in materia di protezione dei dati, che rileva anzitutto in quanto l'*AI Act* si applica ai sistemi di IA emozionale basati sui dati biometrici[74]. Con essi si intendono i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, quali le immagini facciali o i dati dattiloscopici[75]. L'applicazione congiunta dei due regolamenti risulta complicata dal fatto che questa definizione non coincide perfettamente con quella adottata nel GDPR, dove si aggiunge che tali dati devono consentire o confermare l'identificazione univoca della persona[76].

La finalità identificativa non è l'unica ad essere presa in considerazione dall'*AI Act*, dove si distingue invece tra diverse finalità del trattamento dei dati biometrici, ossia l'autenticazione, l'identificazione o la categorizzazione e, infine, il riconoscimento delle emozioni[77].

L'incoerenza sulle due definizioni, simili ma non coincidenti, ha conseguenze pratiche rilevanti, rendendo più complessa l'applicazione congiunta dei due regolamenti ai sistemi di riconoscimento delle emozioni.

Ai dati biometrici alla base dei sistemi di IA emozionale si applica la disciplina generale introdotta dal GDPR, atteso che l'assenza della finalità identificativa esclude invece la tutela rafforzata dei dati personali c.d. sensibili[78].

[74] Sono esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina i sistemi di riconoscimento delle emozioni che non si avvalgono di dati biometrici, quali potrebbero essere quelli che inferiscono emozioni a partire da testi scritti.

[75] Art. 3, par. 1, n. 34, *AI Act.*

[76] Art. 4, par. 1, n. 14), *GDPR*. Nel considerando n. 14 dell'*AI Act*, viene comunque precisato che occorre tener conto, in sede interpretativa, della definizione adottata ai sensi della normativa in materia di dati personali. Sul tema della tutela dei dati biometrici nei due regolamenti, si veda A.C. Nazzaro, *La tutela dei dati biometrici tra GDPR e AI ACT*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies,* n. 2, 2024, p. 37 ss.

[77] Considerando n. 14, *AI Act.*

[78] L'operatività della disciplina dei dati sensibili è circoscritta ai dati biometrici aventi finalità identificativa, come viene specificato anche nell'ambito delle *Linee guida 3/2019 sul trattamento dei dati personali attraverso dispositivi video, adottate il 29 gennaio 2020,* nelle quali viene detto, al punto 76, che «alla luce dell'articolo 4, paragrafo 14, e dell'articolo 9, si devono prendere in considerazione tre criteri: – natura dei dati: dati relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica; – mezzi e modalità del trattamento: dati "ottenuti da un trattamento tecnico specifico"; – finalità del trattamento: i dati devono essere utilizzati al fine di identificare in modo univoco una persona fisica». In dottrina, A. Rosanò, *Sistemi di riconoscimento delle emozioni, gestione delle frontiere e obblighi di tutela dei diritti fondamentali tra ordinamento dell'Unione europea e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in A. Di Stasi, R. Palladino, A. Festa (eds.), *Migrations Rule of Law and European Values*, Napoli, 2023, p. 173 ss.

Come è noto, tale regolamento prescrive, in *primis*, l'individuazione di una base giuridica del trattamento dei dati personali[79], quale potrebbe essere il consenso, nonché il rispetto di una serie di principi fondamentali e il riconoscimento all'interessato di una serie di diritti; a venire in rilievo, stante la componente algoritmica dell'IA emozionale, è infine la disciplina dei processi decisionali automatizzati[80], sulla quale si tornerà a breve.

Al di là della previsione generale di cui all'art. 50, a seconda del contesto di utilizzo, l'IA emozionale rientra sia tra le pratiche vietate sia tra le applicazioni ad alto rischio.

Nella prima categoria sono annoverati i sistemi utilizzati per inferire le emozioni nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione, tranne laddove l'uso dell'IA sia destinato a essere messo in funzione o immesso sul mercato per motivi medici o di sicurezza[81]. Alla base del divieto, viene portata dal legislatore una duplice giustificazione che non risulta invece condivisa per altri settori di utilizzo di tali sistemi, primo fra tutti quello migratorio.

Da un lato, si fa richiamo alle serie preoccupazioni in merito alla base scientifica dell'IA emozionale, in particolare perché l'espressione delle emozioni varia notevolmente in base alle culture e alle situazioni, e persino in relazione a una stessa persona. Dall'altro, viene accertata la natura invasiva di tali sistemi che, combinata allo squilibrio di potere che si verifica nei due contesti presi in considerazione dalla norma, potrebbero determinare un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di talune persone fisiche o di interi gruppi[82].

Di converso, i medesimi sistemi di riconoscimento delle emozioni sono categorizzati come ad alto rischio laddove siano impiegati nei settori della biometria[83], delle attività di contrasto[84] e nella gestione del fenomeno migratorio. Come si diceva in precedenza, l'allegato III richiama espressamente i poligrafi e strumenti analoghi[85], non essendo stata presa in

[79] Art. 6, *GDPR*.

[80] *Ivi,* art. 22.

[81] Art. 5, par. 1, lett. *f*), *AI Act.*

[82] *Ivi,* considerando n. 44.

[83] *Ivi,* allegato III, n. 1, lett. *c*): «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per il riconoscimento delle emozioni».

[84] *Ivi,* allegato III, n. 6, lett. *b*): «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto o per loro conto, oppure da istituzioni, organi e organismi dell'Unione a sostegno delle autorità di contrasto, come poligrafi e strumenti analoghi».

[85] *Ivi,* allegato III, n. 7, lett. *a*). V'è da segnalare che, rispetto alla proposta di regolamento presentata dalla Commissione, è stata espunta la dicitura di sistemi impiegati «to detect the emotional state of a natural person». Tale modifica, alla quale non ha fatto

considerazione la proposta avanzata dal Parlamento europeo di includere anch'essi tra le pratiche vietate[86].

Parere contrario all'impiego, nel contesto migratorio, dei poligrafi e dei sistemi di riconoscimento delle emozioni era stato espresso anche dal Comitato e dal Garante europeo sulla protezione dei dati personali[87], nonché da diverse associazioni di tutela dei diritti fondamentali, che, tra le altre cose, mettevano in evidenza come tali sistemi costituissero una forma molto invasiva di sorveglianza[88].

Ulteriori critiche, in particolare nei termini di un'incompatibilità con gli artt. 3 e 14 CEDU – che sanciscono, rispettivamente, il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di discriminazioni – sono state formulate, recentemente, anche in seno al Consiglio d'Europa[89].

Una diversa categorizzazione dell'IA emozionale tra le pratiche vietate sarebbe auspicabile alla luce del fatto che anche per il settore migratorio possono essere espresse quelle preoccupazioni poste alla base del divieto nel contesto dell'istruzione e del lavoro.

È indubbio che la base scientifica di tali sistemi sia contestata indipendentemente dal settore di utilizzo. In particolare, si deve tener conto

seguito l'inclusione di tali sistemi tra le pratiche vietate, rischia addirittura di introdurre una pericolosa scappatoia all'applicazione quantomeno della disciplina dei sistemi ad alto rischio.

[86] Il Parlamento europeo proponeva di ampliare il novero dei settori nei quali vietare il ricorso all'IA emozionale, includendovi anche il settore delle attività di contrasto e della gestione delle frontiere. V. Posizione negoziale del Parlamento europeo, doc. P9_TA(2023)0236, emendamento n. 226: «Article 5 – paragraph 1 – point d c (new): the placing on the market, putting into service or use of AI systems to infer emotions of a natural person in the areas of law enforcement, border management, in workplace and education institutions».

[87] EDPB-EDPS*, Joint Opinion 5/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 2021, p. 35: «Furthermore, the EDPB and the EDPS consider that the use of AI to infer emotions of a natural person is highly undesirable and should be prohibited, except for certain well specified use-cases, namely for health or research purposes (e.g., patients where emotion recognition is important), always with appropriate safeguards in place and of course, subject to all other data protection conditions and limits including purpose limitation».

[88] Access Now, European Digital Rights, Migration and Technology Monitor, the Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM) and Statewatch, *Uses of AI in Migration and Border Control: A Fundamental Rights Approach to the Artificial Intelligence Act*, 2022, disponibile online.

[89] Si veda la bozza di risoluzione adottata il 9 settembre 2025 dalla Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, *Artificial intelligence and migration,* doc. 16240, punto 7: «The Assembly calls for a prohibition on the use of AI tools such as automated credibility assessments, emotion recognition, and risk profiling based on nationality or ethnicity. These technologies lack scientific validity and are incompatible with Articles 3 and 14 of the Convention».

dei limiti che il riconoscimento delle emozioni incontra proprio laddove sia impiegato nei confronti dei migranti, in quanto provenienti da contesti sociali e culturali notevolmente diversificati.

Ma a tacere di ciò, lo squilibrio di potere, al quale fa riferimento il legislatore, non può che sussistere anche nei rapporti che si instaurano tra l'agente di frontiera e il soggetto che intenda attraversarla[90]. Del resto, ciò viene implicitamente ammesso nel momento in cui si dà conto della posizione di particolare vulnerabilità dei migranti e del fatto che il loro futuro dipende dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti[91].

Sebbene una modifica dell'attuale categorizzazione dei sistemi di IA sarebbe possibile, nell'ambito delle revisioni periodiche dell'*AI Act*[92], a fronte delle diverse richieste avanzate da più parti nel corso dell'*iter* legislativo, sembra difficile credere che, nel breve termine, essa interesserà proprio l'IA emozionale.

Al contrario, alla luce della decisione politica[93] di legittimare l'impiego di tali sistemi nel contesto migratorio, appare ben probabile che essi, in un futuro non troppo lontano, saranno impiegati anche nella gestione dei controlli di frontiera.

A fronte di tale consapevolezza, non resta che chiedersi quali forme di tutela siano attualmente previste dall'*AI Act* e, in termini complementari, dalla normativa in materia di dati personali. Queste, pur rappresentando un importante punto di riferimento, appaiono insufficienti a far fronte ai limiti strutturali di tali sistemi, primo fra tutti la loro dubbia affidabilità scientifica.

Ad ogni modo, la disciplina dell'*AI Act* consentirebbe di far fronte a talune problematiche già emerse nel caso *iBorderCtrl*, prescrivendo, ad esempio, l'utilizzo di *datasets* di addestramento che rispondano ai requisiti di elevata qualità e rappresentatività.

[90] Inoltre, lo squilibrio di potere caratterizza anche le azioni delle attività di contrasto, come viene espressamente riconosciuto al considerando n. 59, *AI Act*.

[91] *Ivi,* considerando n. 60.

[92] *Ivi,* art. 112, che stabilisce l'obbligo in capo alla Commissione di valutare la necessità di modificare l'elenco dei sistemi indipendenti ad alto rischio, di cui all'allegato III, e l'elenco delle pratiche vietate, di cui all'art. 5, una volta all'anno dopo l'entrata in vigore del regolamento e fino al termine del periodo della delega di potere di cui all'art. 97, trasmettendo i risultati della valutazione al Parlamento europeo e al Consiglio (par. 1). Inoltre, può presentare opportune proposte di modifica del regolamento tenendo conto, in particolare, degli sviluppi delle tecnologie e dell'effetto dei sistemi di IA sulla salute, sulla sicurezza e sui diritti fondamentali, nonché alla luce dei progressi della società dell'informazione (par. 10).

[93] In questi termini, F. P. Levantino, I. Neroni Rezende, *Rischio inaccettabile: usi proibiti* in O. Pollicino, F. Donati, G. Finocchiaro, F. Paolucci (a cura di), *La disciplina dell'intelligenza artificiale,* cit., p. 160.

Inoltre, il regolamento prevede che sia garantita un'efficace sorveglianza umana sull'utilizzo del sistema, tale per cui il *deployer* sia consapevole della tendenza a fare automatico affidamento sullo stesso. A tal proposito, questa disciplina non sembra offrire soluzioni adeguate al problema dell'opacità, non tenendo conto dell'ulteriore rischio legato alla scarsa comprensione circa il funzionamento del sistema da parte delle autorità di frontiera[94]. Questa mette in dubbio o comunque rende molto difficoltoso per l'agente umano discostarsi all'esito del sistema o spiegarne l'incidenza sulla decisione finale adottata nei confronti del singolo, sulla scorta dell'art. 86 del regolamento.

Ciò detto con riferimento all'*AI Act* e volgendo invece lo sguardo alla disciplina in materia di dati personali, anch'essa presenta talune criticità, oltre a non offrire tutele tali da scongiurare un futuro impiego alle frontiere dei sistemi di riconoscimento delle emozioni.

Si è già detto che ai fini del trattamento dei dati personali, compresi i dati biometrici, occorra individuarne una base giuridica. Laddove questa sia ricercata nel consenso dell'interessato stesso, sembra poco verosimile pensare, anche in virtù dello squilibrio di potere più volte richiamato, che chi intenda attraversare la frontiera possa sottrarsi all'impiego nei suoi confronti di un sistema di IA emozionale, negando il proprio consenso.

Ci si potrebbe poi chiedere se la decisione che, ad esempio, neghi l'ingresso di un soggetto sulla scorta dell'esito di un sistema di questo genere rientri nell'ambito di applicazione della disciplina dei processi decisionali automatizzati.

Una tale decisione, sebbene vietata sulla scorta del principio generale sancito all'art. 22, par. 1, GDPR[95], sarebbe comunque possibile se basata su una delle eccezioni prescritte dalla norma, prima fra tutte, ancora una volta, il consenso dell'interessato[96]. In questi casi, tale disciplina attribuirebbe comunque a costui una serie ulteriore di garanzie, quali il diritto di ottenere l'intervento umano, esprimere la propria opinione, contestare la decisione

[94] V'è infatti da segnalare che manca, nel regolamento, un obbligo specifico di formazione degli agenti di frontiera, che rappresenta una lacuna ulteriore di tale disciplina. Sulla necessità di introdurre un obbligo di formazione specifica per gli agenti di frontiera che facciano utilizzo di tali sistemi, per controbilanciare i *bias* umani e dell'IA, si veda la Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, cit., punto 19.

[95] Così, Corte giust. 7 dicembre 2023, C-634/21, *Schufa,* punto 52.

[96] Art. 22, par. 2, *GDPR:* «Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: *a*) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; *b*) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; *c*) si basi sul consenso esplicito dell'interessato».

assunta, nonché il diritto alla spiegazione[97]. Eppure, tali forme di tutela – laddove effettivamente riconoscibili[98]– si scontrano anch'esse con un duplice limite. Da un lato, quello afferente all'alea scientifica che circonda detti sistemi; dall'altro con la consapevolezza che difficilmente i migranti saranno nelle condizioni di richiedere l'intervento umano o la spiegazione.

6. *Conclusioni*

Si è detto, in apertura del presente scritto, che l'impiego dell'IA nel contesto migratorio risponde ad una logica di *techno-securitization* delle frontiere. A seguito dell'adozione dell'*AI Act*, questa deve essere ricondotta ad un quadro normativo che si propone di assicurare adeguata tutela dei diritti fondamentali. Eppure, in questa disciplina, si intravede uno sbilanciamento che porta a privilegiare logiche securitarie rispetto alle garanzie di protezione dei migranti[99].

Ciò si evince in quanto il legislatore, pur assoggettando l'impiego dell'IA alle frontiere al regime dei sistemi ad alto rischio, finisce per legittimare l'utilizzo di sistemi molto invasivi e, in certi casi, dalla dubbia affidabilità scientifica.

In aggiunta ai profili problematici legati alle specificità del settore migratorio – in particolare, la posticipazione nell'applicazione dell'*AI Act* ai sistemi integrati nelle banche dati instituite nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e le deroghe in punto di sorveglianza umana e di trasparenza –, la

[97] L'esistenza di un diritto alla spiegazione dei processi decisionali automatizzati, nell'ambito del diritto di accesso di cui all'art. 15, par. 1, lett. *h*), *GDPR,* è stata recentemente affermata dalla CGUE. Si veda Corte giust. 27 febbraio 2025, C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria*.

[98] Nel caso di *iBorderCtrl*, atteso che il sistema di IA emozionale operava solo nella fase di *pre-sceening* e che la fase successiva di controllo era gestita dall'operatore umano, la decisione finale non rientrerebbe, all'apparenza, nel novero delle decisioni esclusivamente automatizzate. Eppure, sulla scorta della giurisprudenza *Schufa,* sopra citata, punto 73 – secondo cui si può parlare di decisione basata esclusivamente sul trattamento automatizzato laddove essa dipenda in modo decisivo dal trattamento automatizzato – si potrebbe ritenere che, laddove l'intervento umano non fosse decisivo né l'agente di frontiera potesse verosimilmente discostarsi dall'esito del sistema, tale decisione rientri comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 22.

[99] Sulla prevalenza di una logica securitaria nell'utilizzo delle tecnologie digitali nel contesto migratorio, si veda anche I. Goldner Lang, *Security-Centric Approach in the Use of Digital Technologies in EU Migration and Asylum Policies*, in *Transnational Legal Theory,* vol. 15, n. 4, 2024, p. 591 ss.

principale fragilità di tale disciplina si individua nella concreta configurazione dei casi d'uso di cui all'allegato III del regolamento.

Da un lato, tale elencazione non riflette il novero dei sistemi che possono determinare un impatto negativo sui diritti fondamentali, mancando l'inclusione dei sistemi di sorveglianza e di predizione dei flussi migratori. Questi potrebbero, al contrario, essere impiegati al fine di negare l'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione a interi gruppi di persone, in violazione del divieto di espulsione collettiva e di respingimento.

Dall'altro, l'assoggettamento dell'IA emozionale alla disciplina dell'alto rischio, anziché tra le pratiche vietate, ne lascia presagire un futuro utilizzo alle frontiere esterne dell'Unione, già oggetto di attenzione nell'ambito dei diversi finanziamenti europei a progetti come *iBorderCtrl,* che ne hanno messo in luce la pericolosità.

Sul punto, un ripensamento da parte del legislatore, nel senso di vietare l'impiego di poligrafi e strumenti analoghi alle frontiere, sarebbe pertanto auspicabile, pur nella consapevolezza che difficilmente ciò accadrà nel breve termine.

Eppure, sembra doveroso richiamare quanto affermato nel preambolo del regolamento, ove si precisa che i sistemi di IA non dovrebbero essere utilizzati per violare in alcun modo il principio di non respingimento o per negare vie legali di ingresso nel territorio dell'Unione sicure ed efficaci, compreso il diritto alla protezione internazionale[100]. Rispetto a quella che sembra la rassicurazione che l'*AI Act* prevenga tali esiti, l'invasività e le ripercussioni che certe applicazioni dell'IA potrebbero determinare sui diritti fondamentali dei migranti fa emergere dubbi sull'effettività della protezione concretamente introdotta.

[100] Considerando n. 60, *AI Act.*

Abstract (ita)

Il contributo analizza la regolamentazione dei sistemi di intelligenza artificiale (IA) impiegati nel contesto della gestione delle frontiere esterne dell'Unione, soffermandosi, in particolare, sui sistemi di riconoscimento delle emozioni. Richiamando la disciplina introdotta in materia dal regolamento (UE) 2024/1689 e le sue principali criticità, si intende evidenziare come la prevalenza, in tale ambito, di una logica securitaria – alla base dell'utilizzo di applicazioni dell'IA altamente invasive – rischi di minare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Abstract (eng)

The article analyses the regulation of artificial intelligence (AI) systems employed within the context of the management of the external borders of the Union, focusing, in particular, on emotion recognition systems. Recalling the discipline introduced by Regulation (EU) 2024/1689 and its main criticalities, it aims at highlighting how the prevalence of a security logic – at the basis of the use of highly invasive AI applications – risks undermining the effectiveness of protection of fundamental rights of migrants.

Schengen e modelli di integrazione differenziata *esterna*: fondamenti, criticità e prospettive

Marco Buccarella[*]

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla differenziazione: *proprium* dell'ordinamento dell'Unione europea. – 3. Schengen e integrazione differenziata esterna nell'interazione tra diritto internazionale e diritto UE. – 4. Svizzera. – 5. Norvegia. – 6. Segue: considerazioni *a latere* sulla Corte EFTA – 7. A margine e in prospettiva: riflessioni sui (primi) quarant'anni di integrazione differenziata *made in Schengen*.

1. *Introduzione*

Il momento celebrativo che il Dipartimento di Giurisprudenza, Studî Politici e Internazionali dell'Università di Parma ha dedicato all'area Schengen – pilastro fondamentale dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – rappresenta un'occasione preziosa per riflettere, tra l'altro, sulle diverse traiettorie di integrazione differenziata che hanno accompagnato il processo di costruzione dell'Unione europea[1]. Con il termine integrazione differenziata si fa riferimento «a situation in which the territorial extension of the legal validity of EU rules is incongruent with EU membership»[2], laddove l'ambito geografico di applicazione delle norme non corrisponde esattamente alla cerchia degli Stati membri. Tale fenomeno può manifestarsi in due direzioni. Sul piano interno, quando uno o più Stati membri non partecipano a specifiche politiche o disposizioni dell'Unione; oppure esternamente, quando Stati terzi prendono parte a segmenti dell'*acquis* e

[*] Docente a contratto di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Foggia; dottore di ricerca in Scienze Giuridiche.

[1] P. De Pasquale, *L'Unione europea e le nuove forme di integrazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2017, pp. 671-686; B. De Witte, *An Undivided Union? Differentiated Integration in Post-Brexit Times*, in *CMLR*, vol. 55, n. 3, 2018, pp. 227-249; A. Miglio, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2020; *Id.*, *Riforma dell'Unione e integrazione differenziata: l'eterno ritorno di un binomio classico*, in questa *Rivista*, n. 3, 2023, pp. 133-146.

[2] K. Holzinger, F. Schimmelfennig, *Differentiated Integration in the European Union: Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of European Public Policy,* n. 19, 2012, p. 292; F. Schimmelfenning, D. Leuggen, C. De Vries, *Differentiated Integration in the European Union: Institutional Effects, Public Opinion, and Alternative Flexibility Arrangements*, in *European Union Politics*, vol. 24, n. 1, 2023, pp. 3-20.

alle politiche dell'UE pur rimanendo al di fuori dell'Unione[3]. Schengen costituisce un esempio emblematico di questo assetto a geometria variabile: un sistema estremamente articolato e in continua trasformazione, che combina forme di partecipazione interna ed esterna, contribuendo così a rendere più sfumata la stessa nozione di appartenenza all'Unione e dando vita a uno spazio dinamico in cui coesistono modelli di partecipazione molto diversi tra loro[4].

Nel corso del presente contributo si procederà, anzitutto, a delineare il quadro giuridico dell'integrazione differenziata, con particolare riguardo alle forme integrazione esterna sviluppatesi attorno all'*acquis* di Schengen (par. 2 e 3). Successivamente, l'attenzione sarà rivolta a due esperienze di integrazione particolarmente significative, quelle di Svizzera e Norvegia, in quanto Stati *esterni* che partecipano ad alcuni ambiti fondamentali dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (parr. 4 e 5). L'analisi di questi due modelli consentirà poi di sviluppare alcune riflessioni sul funzionamento dell'integrazione differenziata esterna, un meccanismo che ha contribuito nel tempo ad estendere l'*acquis* di Schengen oltre i confini dell'Unione, pur presentando alcune criticità (par. 6). Come condivisibilmente osservato in dottrina[5], tali criticità riguardano in particolare l'effettività giuridica e la legittimazione democratica, aspetti su cui pure ci soffermeremo in seguito. Un momento celebrativo come quello dei (primi) quarant'anni di Schengen rappresenta l'occasione ideale per riflettere sulle strategie di rafforzamento dei modelli più emblematici di integrazione esterna, guardando alle prospettive dei prossimi quarant'anni e al rafforzamento del ruolo degli accordi internazionali come veicoli di differenziazione.

[3] M. Rabinovytch, A. Pintsch, *EU External Differentiated Integration and Compliance: Theoretical and Legal Aspects*, in B. Leruth, S. Ganzle, J. Trondal (eds.), *The Routledge Handbook of Differentiation in the European Union*, London, 2022, p. 99 ss.; L.F. Pedreschi, J. Scott, *External Differentiated Integration: Legal Feasibility and Constitutional Acceptability*, in *Policy Brief*, n. 27, 2022; F. Maiani, R. Petrov, E. Mouliarova, *European Integration Without EU Membership: Models, Experiences, Perspectives*, in *Policy Brief*, n. 10, 2009; A. Ott, *A Flexible Future for the European Union: The Way Forward or a Way Out?*, in S. Blockmans, S. Prechal, W. Douma (eds.), *Reconciling the Deepening and the Widening of the European Union*, The Hague, 2007, p. 131 ss.

[4] Sull'argomento, si veda l'approfondito studio di M. Patrin, *L'integrazione differenziata nello spazio Schengen: profili "costituzionali" di legittimità democratica*, in *FSJ*, n. 1, 2025, pp. 304-325.

[5] M. Patrin, *op. cit.*, p. 304 ss.

2. *Cenni sulla differenziazione:* proprium *dell'ordinamento dell'Unione europea*

Fin dai suoi inizi, il progetto europeo si è sviluppato intorno all'idea che l'integrazione dovesse procedere per inclusione progressiva, sia sul piano materiale delle competenze, sia su quello geografico delle frontiere. L'obiettivo di un'Unione sempre più stretta tra i popoli europei ha alimentato per decenni l'aspettativa di una partecipazione quanto più possibile uniforme degli Stati membri alle politiche comuni. Tale uniformità è stata del resto considerata una sorta di marchio distintivo dell'ordinamento dell'Unione, che la Corte di giustizia ha definito con la nota espressione «ordinamento giuridico di nuovo genere»[6], per indicare un ordinamento dotato di autonomia e in grado di incidere direttamente sugli Stati e sui cittadini, attraverso un sistema sovranazionale volto a garantire l'eguaglianza giuridica dei cittadini europei. Proprio questa peculiare attenzione verso l'uniformità ha alimentato, per lungo tempo, una certa diffidenza verso la nozione di integrazione differenziata, percepita come un possibile fattore di frattura nel processo di consolidamento dell'Unione. Tuttavia, l'ampliamento dell'UE a numerosi nuovi Stati membri e il parallelo rafforzamento delle politiche comuni hanno mostrato i limiti di un modello *integralmente* omogeneo. Sono quindi sorte divergenze tra gli Stati riguardo agli obiettivi dell'integrazione e al grado di partecipazione desiderato, rendendo necessario ripensare l'idea stessa di uniformità e trasformarla da fondamento rigido a principio più flessibile e adattabile.

Del resto, va riconosciuto che la diversità è sempre stata un tratto intrinseco all'ordinamento dell'Unione, quale sistema che non sostituisce gli ordinamenti nazionali, ma coopera con essi, distribuendo competenze secondo il principio di attribuzione[7]. In questo quadro, esistono aree in cui l'Unione può legiferare in modo pieno, altre in cui si limita a stabilire obiettivi comuni da attuare tramite direttive e, ancora, ulteriori spazi in cui la normativa UE non preclude interventi paralleli degli Stati membri. Ciò fa sì che l'armonizzazione non sia mai totale e che elementi di flessibilità siano fisiologici. Non è dunque la diversità in quanto tale a rappresentare un elemento problematico, quanto piuttosto la possibilità che alcuni Stati

[6] Corte giust. 5 febbraio 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*.

[7] Sul principio di attribuzione e sulle competenze degli Stati membri, cfr., anche per la bibliografia ivi richiamata, G. Tesauro, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, (a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro), vol. I, IV ed., Napoli, 2023, pp. 57-94; P. De Pasquale, *Competenze proprie degli Stati e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea*, in *DPCE*, n. 2, 2019, pp. 5-14.

membri si sottraggano sistematicamente a parti rilevanti dell'*acquis*, con effetti potenzialmente destabilizzanti sul piano politico e giuridico.

Per evitare tali conseguenze, l'Unione ha elaborato strumenti capaci di "canalizzare" la differenziazione entro cornici giuridiche controllabili. In parallelo, il principio di apertura che caratterizza il processo d'integrazione ha spinto l'UE a costruire rapporti sempre più stretti con Paesi terzi che, pur non intendendo aderire pienamente alla struttura sovranazionale, erano interessati a partecipare a specifiche politiche – in primo luogo al mercato interno. L'attrattività economica e regolatoria dell'Unione ha così favorito lo sviluppo di forme di integrazione "esterna", che permettono a Stati terzi di avvicinarsi a segmenti dell'*acquis* senza diventare membri a pieno titolo[8]. Anche in questo caso, tuttavia, l'Unione ha posto un limite invalicabile: la partecipazione esterna non può compromettere le prerogative degli Stati membri né l'equilibrio costituzionale dell'ordinamento dell'Unione.

La differenziazione interna si manifesta essenzialmente attraverso tre categorie di strumenti: deroghe inserite nei Trattati (*opt-out*), cooperazioni rafforzate e accordi internazionali conclusi tra Stati membri al di fuori del diritto UE ma collegati ad esso. Questi accordi, nel fungere da ponte fra differenziazione interna ed esterna, possono poi disciplinare forme di cooperazione fra Stati membri al di fuori del diritto dell'Unione europea[9], come avvenuto originariamente per Schengen o, più recentemente, per il Meccanismo europeo di stabilità (MES)[10]. Quando poi tali accordi coinvolgono Stati terzi, essi costituiscono la principale modalità di integrazione esterna: trattati bilaterali o multilaterali che permettono la

[8] In proposito, cfr. P. Mariani, *La partecipazione esterna al mercato interno: ripensare ai modelli di cooperazione economica in Europa con Stati che non intendono aderire al progetto europeo*, in *EJ*, n. 4, 2022, pp. 74-84.

[9] E. Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018, p. 13 ss.

[10] Pur trattandosi di un'istituzione finanziaria internazionale istituita tramite un trattato sottoscritto in forma solenne dagli Stati dell'Eurozona al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, la creazione del MES è stata preceduta da una revisione del TFUE. Tale revisione, approvata con decisione del Consiglio europeo secondo la procedura semplificata, ha introdotto un terzo comma all'art. 136 TFUE, stabilendo che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare, se necessario, per preservare la stabilità dell'intera area dell'euro». Cfr. decisione 2011/199/UE del Consiglio, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro. Per un approfondimento sul processo di integrazione del MES nell'ordinamento nell'Unione europea, v. M. Di Simone, *L'integrazione del meccanismo europea di stabilità e del Trattato sul Fiscal Compact nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 2, 2018, pp. 1-43.

partecipazione selettiva di Paesi non membri a specifiche politiche dell'UE, dando vita a forme di "integrazione senza adesione" sempre più rilevanti nel panorama europeo.

I suddetti modelli creano inevitabilmente assetti frammentati e complessi, nei quali l'interazione tra diritto internazionale, diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali produce incertezza sulle rispettive competenze e sui meccanismi di responsabilità democratica. Lo spazio Schengen rappresenta l'esempio paradigmatico di questa combinazione, poiché integra al proprio interno *opt-out*, cooperazioni rafforzate e accordi internazionali con Stati terzi, dando vita a un sistema ibrido che rende particolarmente lampanti i limiti e le potenzialità dell'integrazione esterna.

Negli ultimi anni, alcune evoluzioni politiche hanno temporaneamente attenuato l'attenzione verso la differenziazione, come l'uscita del Regno Unito[11] – tradizionalmente più riluttante verso l'approfondimento dell'integrazione – e l'adozione di *Next Generation EU*, concepito come iniziativa comune dell'intera Unione[12]. Tuttavia, il dibattito attuale, segnato dalle nuove sfide dell'allargamento e dalle resistenze di taluni Paesi membri a rafforzare il livello sovranazionale, dimostra come l'integrazione uniformemente condivisa difficilmente possa costituire l'unica via percorribile. In questo quadro, (ri)prende forma l'idea di assetti istituzionali a geometrie variabili, nei quali la dimensione esterna dell'integrazione e gli strumenti che la

[11] Sul tema Brexit la dottrina è sterminata. Per una ricostruzione dei principali riferimenti bibliografici, si rinvia al *dossier* a cura del Centro di documentazione europea dell'Università degli Studi di Verona, dal titolo *Bibliografia su Unione europea e Brexit 2017-2024*, consultabile al seguente link: https://cde.univr.it/wp-content/uploads/Dossier-Europa-e-Brexit_gennaio2025.pdf.

[12] Sul NGEU e, in generale, sugli strumenti di politica comune impiegati dall'Unione nei contesti emergenziali, A. Nato, *Finanziare le politiche europee attraverso il debito comune UE: riflessioni sul dilemma dell'emergenza e sulla conciliabilità dell'istituto con i principi di bilancio e di stabilità finanziaria sovranazionali*, in *Unione europea e diritti*, n. 2, 2025, p. 263-326; F. Costamagna, *Il Next Generation EU e la costruzione di una politica economica europea: quale ruolo per democrazia e solidarietà?*, in *L'Unione europea dopo la pandemia. Quaderno AISDUE, serie speciale*, Napoli, 2022, pp. 47-55; R. Cisotta, *L'indebitamento pubblico nell'UE, tra Next generation EU e riforma del patto di stabilità e crescita*, in A. Mondini (a cura di), *Lezioni di diritto della finanza pubblica europea*, Milano, 2025 p. 175; M.A. Panascì, *Unravelling Next Generation EU as a Transformative Moment: From Market Integration to Redistribution*, in *CMLR*, n. 1, 2024, p. 13 ss.; G. Contaldi, *Su taluni problemi strutturali del programma Next Generation EU*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 4, 2022, p. 875 ss.; B. De Witte, *Guest Editorial: EU Emergency Law and Its Impact on the EU Legal Order*, in *CMLR*, n. 1, 2022, p. 3 ss.; N. Lupo, *Next Generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2022, p. 729 ss.; P. Leino-Sandberg, M. Ruffert, *Next Generation EU and Its Constitutional Ramification: A Critical Assessment*, in *CMLR*, n. 2, 2022, p. 433 ss.

governano assumono un ruolo sempre più centrale, soprattutto nei rapporti *esterni* dell'Unione.

3. *Schengen e integrazione differenziata esterna nell'interazione tra diritto internazionale e diritto UE*

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta uno dei settori nei quali l'Unione europea ha sviluppato in modo più marcato forme di integrazione esterna, grazie alla crescente attrattività delle sue politiche in settori tradizionalmente delicati, come la gestione delle frontiere, l'immigrazione e la cooperazione giudiziaria e di polizia. L'evoluzione di queste politiche ha progressivamente spinto diversi Paesi terzi a ricercare un coinvolgimento stabile negli strumenti dell'UE, pur in assenza di un percorso verso l'ottenimento della *membership*.

In questo contesto, lo spazio Schengen costituisce l'esempio più strutturato di partecipazione esterna[13]. Accanto agli Stati membri aderenti, esso include infatti la Norvegia, l'Islanda, la Svizzera e il Liechtenstein, associati tramite specifici accordi internazionali che estendono loro parti sostanziali dell'*acquis* Schengen, in particolare le norme sulla soppressione dei controlli alle frontiere interne e quelle sul governo delle frontiere esterne. Questi accordi, pur collocandosi formalmente al di fuori dell'ordinamento dell'Unione, operano in stretta sinergia con esso e ne replicano le dinamiche di adattamento continuo.

L'integrazione esterna nel quadro di Schengen si traduce così in regimi giuridici complessi e stratificati, nell'ambito dei quali diritto internazionale e le norme dell'Unione coesistono e si condizionano reciprocamente. Tale intersezione produce un sistema caratterizzato da elevata permeabilità, che consente ai Paesi terzi associati di partecipare alla cooperazione quotidiana e ai meccanismi operativi dello spazio Schengen, senza che essi possano tuttavia incidere direttamente sui processi decisionali che ne definiscono l'evoluzione.

Il risultato è una forma di integrazione senza *membership*, in cui Stati non appartenenti all'Unione assumono obblighi sostanziali e contribuiscono alla gestione congiunta di funzioni centrali per la sicurezza europea, mentre

[13] Cfr. W. H. Byrne, T. Gammeltoft-Hansen, *Untangling the Legal Infrastructure of Schengen*, in *EP*, vol. 9, n. 1, 2025, pp. 157-177, spec. p. 171 ss.; A. Miglio, *Schengen, Differentiated Integration and Cooperation with the 'Outs'*, in *EP*, vol. 1, n. 1, 2016, pp. 139-148.

permangono limiti strutturali in termini di responsabilità democratica, dovuti all'assenza di strumenti pienamente equivalenti di rappresentanza e controllo[14]. Proprio la combinazione tra forte interdipendenza funzionale e *deficit* di partecipazione politica rende lo spazio Schengen un laboratorio particolarmente significativo per valutare la tenuta dei meccanismi democratici in scenari di integrazione esterna.

La partecipazione esterna allo spazio Schengen costituisce un quadro complesso e frammentario. Tutti i paesi membri dell'Associazione europea di libero scambio (*European Free Trade Association*, comunemente conosciuta come EFTA)[15], ovverosia Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera, hanno stipulato accordi di associazione con l'Unione europea e partecipano pertanto allo spazio Schengen in qualità di Stati terzi. Tuttavia, la tipologia degli accordi e le modalità di partecipazione differiscono. Si possono distinguere, in via generale, due modelli principali. Da un lato, gli accordi conclusi con gli Stati dello Spazio economico europeo (SEE)[16], tra i quali la Norvegia rappresenta l'esempio più significativo; dall'altro, gli accordi bilaterali stipulati con la Svizzera, che non fa parte del SEE. Poiché ci è impossibile in questa sede esaminare le esperienze di tutti i quattro Stati terzi aderenti a Schengen, l'analisi si limiterà agli aspetti essenziali relativi ai rapporti con Svizzera e della Norvegia, in quanto particolarmente rappresentativi dei due modelli appena richiamati[17]. Peraltro, ambedue i Paesi pongono questioni

[14] M. Patrin, *op. cit.*, p. 304 ss.

[15] Il trattato istitutivo dell'EFTA, sottoscritto a Stoccolma il 4 gennaio 1960 ed entrato in vigore il 3 maggio 1960, contiene disposizioni sul libero scambio di beni industriali e di selezionati prodotti agricoli e della pesca trasformati. Cfr. G. Baur, *The European Free Trade Association. An Intergovernmental Platform for Trade Relations*, Cambridge, 2020, p. 9 ss.; G. Porro, *L'integrazione giuridica dell'Associazione giuridica di libero scambio*, Milano, 1983, p. 9 ss.; U. Draetta, M. Fumagalli Merviglia, *Il diritto delle organizzazioni internazionali: parte speciale*, Milano, 2001, p. 285 ss. In generale, per un approfondimento sui modelli di cooperazione economica affermatisi in Europa, sulla base di aree di libero scambio e unioni doganali come definite dell'articolo XXIV del *General Agreement on Tariffs and Trade*, con Stati che non intendono aderire al progetto dell'Unione, v. P. Mariani, *La partecipazione esterna al mercato interno: ripensare ai modelli di cooperazione economica in Europa con Stati che non intendono aderire al progetto europeo*, in *EJ*, n. 4, 2022, pp. 74-84.

[16] Come noto, il SEE raggruppa i 27 Stati membri dell'Unione e tre Stati membri EFTA (Islanda, Liechtenstein e Norvegia) in un unico mercato soggetto alle stesse regole. Il SEE è stato istituito con l'accordo sullo Spazio economico europeo, entrato in vigore il 1o gennaio 1994. Cfr. decisione 94/1/CE del Consiglio e della Commissione, del 13 dicembre 1993, relativa alla conclusione dell'accordo sullo Spazio economico europeo tra le Comunità europee, i loro Stati membri e la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Finlandia, la Repubblica d'Islanda, il Principato del Liechtenstein, il Regno di Norvegia, il Regno di Svezia e la Confederazione elvetica.

[17] In questo senso, cfr. anche M. Patrin, *op. cit.*, p. 317 ss.

analoghe sotto il profilo della legittimità democratica e della responsabilità politica, con ricadute rilevanti sia per gli Stati associati sia per l'ordinamento dell'Unione nel suo complesso.

4. *Svizzera*

La Svizzera è associata a Schengen per effetto di uno degli accordi costituenti il c.d. Pacchetto Bilaterali II[18], che costituiscono parte di un più ampio mosaico di relazioni economiche, politiche e culturali con l'Unione[19]. Tali accordi hanno carattere c.d. evolutivo o dinamico, in quanto le disposizioni successivamente adottate dalle istituzioni dell'Unione sono destinate a trovare applicazione anche nei confronti della Svizzera, che è tenuta a recepirle nel proprio ordinamento entro un termine prestabilito.

Un Comitato Misto, composto da rappresentanti delle due parti, è responsabile della cooperazione e della risoluzione delle controversie. Gli accordi prevedono una clausola di cessazione, che dovrebbe essere attivata in caso di omessa trasposizione delle norme o mancata intesa in seno al Comitato misto, con conseguente sospensione dell'accordo di associazione. Una simile clausola rappresenta un vincolo rilevante per il sistema di democrazia diretta svizzero – che prevede ampio ricorso ai *referendum* – e potrebbe favorire l'insorgere di conflitti vincoli europei e processi decisionali nazionali[20]. La Svizzera è coinvolta nelle fasi tecniche del processo decisionale, in quanto è informata e consultata sui progetti normativi nell'ambito dei gruppi di lavoro della Commissione e dei comitati di comitatologia. Partecipa inoltre ai lavori del Comitato misto e alle riunioni del Coreper e del Consiglio, senza però

[18] Accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera, riguardante l'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen, firmato il 26 ottobre 2004 ed entrato in vigore il 1° marzo 2008. Cfr. decisione 2004/489/CE del Consiglio, del 15 dicembre 2004; decisione 2004/860/CE del Consiglio, del 17 dicembre 2004; decisione 2008/146/CE del Consiglio, del 27 febbraio 2008; decisione 2008/149/GAI del Consiglio, del 27 febbraio 2008.

[19] In generale, sulle relazioni tra Unione europea e Svizzera, Cfr. A. Lang, *I rapporti tra la Svizzera e l'Unione europea: problemi generali*, in A. Lang, C. Sanna (a cura di), *Federalismo e regionalismo. L'esperienza italiana, svizzera e dell'Unione europea a confronto*, Milano, 2005, p. 117 ss.; C. Kaddous, *The Relations between the UE and Switzerland*, in A. Dashwood, M. Maresceau (eds.), *Recent Trends in Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge, 2008, p. 227 ss.; M. Condinanzi (a cura di), *Unione europea e Svizzera tra cooperazione e integrazione*, Milano, 2012, p. 1 ss.

[20] N. Wichmann, *"More In Than Out": Switzerland's Association with Schengen/Dublin Cooperation*, in *Swiss Political Science Review*, n. 15, 2009, pp. 653-682.

godere del diritto di voto. Le decisioni finali restano pertanto prerogativa degli Stati membri dell'Unione.

Sul piano giurisdizionale, le corti svizzere hanno competenza piena sull'interpretazione e applicazione delle norme Schengen in territorio nazionale. Tuttavia, l'articolo 3 dell'Accordo di Schengen tra Unione e Svizzera istituisce un meccanismo di coordinamento con il Comitato misto, che monitora la giurisprudenza europea ed è incaricato di risolvere eventuali divergenze interpretative, stabilendo che «il comitato misto, in considerazione dell'obiettivo delle parti contraenti di assicurare un'applicazione e un'interpretazione il più possibile omogenee delle disposizioni di cui all'articolo 2, si tiene costantemente aggiornato sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee […] e di quella dei competenti organi giurisdizionali svizzeri, relativa a dette disposizioni». L'Accordo prevede una specifica procedura per la risoluzione delle eventuali controversie, in cui il Comitato Misto assume la funzione di mediatore. Solo in caso di mancato raggiungimento di un'intesa risolutiva è previsto come unico rimedio la cessazione dell'Accordo e dunque del rapporto di associazione. La Svizzera può inoltre presentare osservazioni nei rinvii pregiudiziali relativi a Schengen, contribuendo indirettamente a garantire uniformità interpretativa.

Giova infine evidenziare come proprio il carattere dinamico che ha ispirato l'associazione a Schengen abbia rappresentato il filo conduttore dei nuovi negoziati culminati, il 2 marzo 2026, nella sottoscrizione dei c.d. Accordi bilaterali III[21], destinati a rafforzare le relazioni tra Svizzera

[21] Cfr. dichiarazione comune 10565/25 dell'Unione europea e della Confederazione svizzera, del 16 febbraio 2026, sull'istituzione di un dialogo ad alto livello sull'ampio pacchetto bilaterale e sul possibile ulteriore sviluppo delle relazioni bilaterali tra l'Unione europea e la Svizzera; decisione del Consiglio, del 24 febbraio 2026, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, di un ampio pacchetto di accordi, tra l'Unione europea, da una parte, e la Confederazione Svizzera, dall'altra, intesi a consolidare, approfondire e ampliare le loro relazioni bilaterali, e all'applicazione a titolo provvisorio dell'Accordo sulle modalità e le condizioni di partecipazione della Confederazione Svizzera all'Agenzia dell'Unione europea per il programma spaziale; decisione del Consiglio, del 24 febbraio 2026, relativa alla conclusione di un ampio pacchetto di accordi tra l'Unione europea, da una parte, e la Confederazione Svizzera, dall'altra, intesi a consolidare, approfondire e ampliare le loro relazioni bilaterali e che modifica le decisioni 2011/51/UE e 2011/738/UE; per una panoramica degli strumenti giuridici ricompresi nel pacchetto sottoscritto dall'Unione e dalla Svizzera, si vedano le sezioni dedicate agli Accordi bilaterali III del sito del Consiglio dell'Unione europea e del sito della Confederazione Svizzera, rispettivamente consultabili ai link: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2026/02/24/council-greenlights-signing-of-package-of-agreements-with-switzerland/ e https://www.europa.eda.admin.ch/it.

e Unione europea[22]. Questi accordi, trasmessi dal Consiglio federale al Parlamento elvetico il 13 marzo 2026, sono tutt'oggi al centro di un importante dibattito pubblico, anche per l'impatto che la loro approvazione avrebbe sull'integrazione automatica del diritto dell'Unione in numerosi settori dell'ordinamento della Svizzera[23]. Secondo quanto prospettato dal Consiglio federale, la loro ratifica potrebbe essere sottoposta a un referendum facoltativo, come avviene per i trattati internazionali di particolare rilevanza. Tra le novità introdotte dagli Accordi bilaterali III figura un peculiare meccanismo di risoluzione delle controversie, secondo il quale, in caso di divergenze tra le parti, il tribunale arbitrale potrà rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea per ottenere un parere consultivo sulla corretta interpretazione del diritto UE.

La prassi dei rapporti tra l'Unione europea e la Svizzera conferma una certa apertura dell'ordinamento elvetico all'integrazione del diritto UE, pur registrando alcune marginali frizioni con l'*acquis* di Schengen. Il caso più significativo riguarda l'utilizzo da parte della Svizzera del c.d. visto a validità territoriale limitata (VTL), previsto dall'art. 25 del Codice frontiere Schengen[24], per consentire l'ingresso per motivi umanitari. Questa prassi, pur animata da condivisibili finalità umanitarie e perciò coerente con la consolidata tradizione svizzera di accoglienza e protezione, fu criticata dalla Commissaria alla Giustizia e agli Affari Interni nel 2015[25]. In quell'occasione, la Commissaria precisò che il Codice dei visti disciplina esclusivamente i soggiorni di breve durata e non costituisce lo strumento idoneo ad autorizzare l'ingresso e la permanenza di persone bisognose di protezione internazionale, che dovrebbero invece essere ammesse tramite visti di lunga durata – in ossequio al diritto internazionale[26]. Una simile presa

[22] Per un approfondimento sugli Accordi bilaterali III, v. C. Sanna, *Gli accordi bilaterali III: continuità ed innovazione nelle relazioni UE – Svizzera*, in *EJ*, n. 4, 2025, pp. 405-416.

[23] C. Baudenbacher, *The EU–Switzerland Treaty Package*, in *EFTAStudies.org*, 13 February 2025.

[24] 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).

[25] Cfr. P. Hanke, M. Wieruszewski, M. Panizzon, *The 'Spirit of the Schengen Rules', the Humanitarian Visa, and Contested Asylum Governance in Europe – The Swiss Case*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol. 45, n. 8, 2019, pp. 1361-1376.

[26] L'estratto della comunicazione è citato da P. Hanke, M. Wieruszewski, M. Panizzon, *op. cit.*, par. 9 e nota 32, ove si riporta la seguente fonte: «Statement sent by e-mail from EUROPE DIRECT Contact Centre on 10.12.2015; the same information had been published by NZZ am Sonntag on 7.6.2015».

di posizione, antecedente alla nota sentenza *X e X* del 2017[27], evidenzia come possano emergere divergenze interpretative sull'applicazione dell'*acquis* di Schengen. Al contempo, però, nel caso dei rapporti Svizzera-UE tali divergenze si manifestano raramente, a conferma di una certa disponibilità dell'ordinamento elvetico a conformarsi al diritto dell'Unione, come del resto risulta chiaramente, su un piano generale, dall'impianto complessivo dei controversi Accordi bilaterali III.

5. *Norvegia*

La Norvegia aderisce a Schengen in base all'Accordo sull'attuazione, l'applicazione e lo sviluppo dell'*acquis* Schengen, firmato il 18 maggio 1999[28]. Tale accordo consente a Oslo di determinare quali norme europee debbano essere recepite nel diritto nazionale e di adattare la propria legislazione interna di conseguenza, con specifico riferimento alle norme che regolano la cooperazione di polizia, lo scambio di informazioni, la cooperazione giudiziaria in materia penale e i controlli sulle persone alle frontiere esterna. Allo stesso modo, nell'elaborazione di nuovi atti legislativi, la Commissione europea è tenuta a consultare gli esperti norvegesi, così come avviene con quelli degli Stati membri dell'UE. L'accordo di associazione prevede inoltre la possibilità per la Norvegia di partecipare alla definizione delle nuove norme pertinenti all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen.

L'applicazione e l'interpretazione uniforme delle disposizioni sono affidate a un Comitato misto UE–Norvegia, incaricato di supervisionare l'attuazione dell'accordo e di risolvere eventuali controversie. Ogniqualvolta il Consiglio europeo sviluppi atti legislativi che non rientrano nell'ambito di

[27] Corte giust. 21 marzo 2017, C-638/16 PPU, *X e X*. Per un commento a tale pronuncia, v. A. Del Guercio, *La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa*, in *EP*, p. 271-291; G. Raimondo, *Visti umanitari: il caso X. e X contro Belgio, C-638/16 PPU*, in *SIDIBlog*, 1° maggio 2017.

[28] Decisione 1999/437/CE del Consiglio, del 17 maggio 1999, relativa a talune modalità di applicazione dell'accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'associazione di questi due Stati all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen; decisione 1999/439/CE del Consiglio, del 17 maggio 1999, relativa alla conclusione dell'accordo con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen. Sul contenuto dell'accordo, v. P. Cullen, *The Schengen Agreement with Iceland and Norway: Its Main Features*, in *ERA Forum*, n. 2, 2001, p. 71 ss.

applicazione dell'accordo ma che possono comunque essere rilevanti per la cooperazione, il Comitato Misto deve esserne informato.

L'accordo include una clausola di tipo "cessazione", tale per cui se la Norvegia non recepisce un atto Schengen entro i termini stabiliti, o se sussistono controversie irrisolte, l'intero accordo decade, inficiando la partecipazione del Paese allo spazio Schengen[29]. Questo meccanismo funge da incentivo rispetto all'allineamento dell'ordinamento norvegese alle norme dell'Unione, anche sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione delle disposizioni dell'accordo. In questa prospettiva, sebbene i tribunali norvegesi non siano formalmente vincolati dalle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'esigenza di garantire il corretto funzionamento dell'accordo e di evitarne la cessazione li induce, nella prassi, a privilegiare interpretazioni conformi alla giurisprudenza dell'Unione[30].

La relazione tra la Corte di giustizia e la Norvegia è inoltre particolarmente influenzata dall'esperienza del SEE, dove gli Stati EFTA hanno istituito una Corte EFTA, incaricata di garantire l'uniformità interpretativa delle norme SEE in linea con la giurisprudenza della Corte UE[31]. Sebbene la Corte EFTA non sia tecnicamente competente per Schengen, l'approccio cooperativo influisce sulle pratiche giuridiche norvegesi[32]. L'art. 9, par. 2, dell'Accordo di adesione a Schengen attribuisce infatti alla Norvegia la facoltà di presentare memorie o osservazioni a fronte di rinvii pregiudiziali riguardanti disposizioni Schengen, offrendo così un canale limitato per contribuire all'interpretazione del diritto europeo. La Norvegia ha esercitato tale diritto, ad esempio, nel caso *Ruska Federacija/I.N.*[33], un rinvio pregiudiziale relativo

[29] J.E. Fossum, *Representation under Hegemony? On Norway's Relationship to the EU*, in E.O. Eriksen, J.E. Fossum (eds.), *The European Union's Non-Members. Independence under hegemony?*, Abingdon, 2015, p. 162 ss.

[30] Cfr. M. Patrin, *op. cit.*, p. 317-318.

[31] Sulla Corte EFTA v., in generale, S.T. Helmersen, *The EFTA Court and International Law*, in *Oslo Law Review*, vol. 8, n. 1, 2021, p. 30-46; C. Baudenbacher, *The EFTA Court's Contribution to the Realisation of a Single Market*, in *European Business Law Review*, vol. 29, n. 5, 2018, p. 671-690; H. Haukeland Fredriksen, *The EFTA Court*, in R. Howse, H. Ruiz-Fabri, G. Ulfstein, M.Q. Zang (eds.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals. Studies on International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2018, p. 138-181.

[32] In dottrina è stato però osservato come i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione nelle pronunce della Corte EFTA siano più frequenti rispetto a quelle della Corte di giustizia alle sentenze della Corte EFTA. Cfr. C.M. Sielman, *Governing Difference: Internal and External Differentiation in European Union Law*, Baden-Baden, 2020, p. 398 ss.

[33] Corte giust. 2 aprile 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*, spec. punti 44, 50 e 58. In proposito, cfr. H.H. Fredriksen, C. Hillion, *The "Special Relationship" between the EU and the EEA EFTA States – Free Movement of EEA Citizens in an Extended Area of*

alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e i Paesi associati, Islanda e Norvegia, sulle procedure di estradizione di un cittadino appartenente a un Paese EFTA verso uno Stato terzo. In questa controversia, la Corte UE ha avuto modo di evidenziare come la combinazione dell'Accordo SEE e dell'Accordo di Schengen rende la situazione di un cittadino di uno Stato EFTA oggettivamente paragonabile a quella di un cittadino dell'UE al quale, ai sensi dell'art. 3, par. 2, TUE, l'Unione offre, *rectius* garantisce, uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, assicurando la libera circolazione delle persone[34].

Sul piano del processo decisionale, la partecipazione norvegese è principalmente tecnica. Gli esperti nazionali sono di regola consultati nei gruppi di lavoro della Commissione e nei comitati di comitatologia e partecipano alle riunioni del Comitato misto. Allo stesso modo, la Norvegia può assistere alle discussioni del Coreper e del Consiglio, ma senza diritto di voto, il che limita la capacità di incidere sulle decisioni finali[35]. In materia di *accountability*, il Parlamento norvegese rappresenta il principale strumento di controllo. Poiché il Comitato misto opera come organo di supervisione indiretta, la responsabilità politica ricade sull'esecutivo, che risponde al Parlamento per la gestione della cooperazione con l'UE. La supervisione parlamentare resta tuttavia limitata, poiché le questioni relative all'Unione europea sono ricondotte all'ambito della politica estera. Esistono forme di cooperazione interparlamentare, come la partecipazione della Norvegia al Sistema di cooperazione interparlamentare del Parlamento europeo (COSAC), al comitato interparlamentare sulla politica estera e di sicurezza, nonché la presenza di un ufficio presso il Parlamento europeo. Tali strumenti mantengono però una funzione prevalentemente consultiva e non conferiscono alla Norvegia un effettivo potere decisionale.

L'analisi appena condotta mostra come il rapporto tra Bruxelles e Oslo presenti caratteristiche peculiari. La posizione della Norvegia rispetto all'Unione europea, pur essendo formalmente quella di uno Stato terzo, è infatti caratterizzata da un grado di integrazione eccezionalmente

Freedom, Security and Justice Ruska Federacija v. I.N: Case C-897/19 PPU, in *CMLR*, vol. 58, n. 2021, p. 851-876. In generale, sul tema della libera circolazione delle persone nello spazio giudiziario europeo "allargato" ai Paesi terzi, v. G. Biagioni, *Libera circolazione delle persone tra estradizione e mandato d'arresto europeo nello spazio giudiziario europeo «allargato»*, in *Papers di diritto europeo*, n. 1, 2024, p. 135-158.

[34] *Ruska Federacija*, sopra citata, punto 44.

[35] K. Graneng, L. Rye, *Norwegian Politicians' Presentations of the National 'Wriggle Room' within the EEA Association*, in *West European Politics*, vol. 48, n. 5, 2025, p. 1086-1112.

elevato. Tale peculiarità dipende, oltre che dalla partecipazione allo Spazio economico europeo, proprio dall'applicazione dell'*acquis* di Schengen, dal coinvolgimento nel *Common European Asylum System* e dalla conclusione dell'Accordo sulla procedura di consegna con l'UE e con l'Islanda, in vigore dal 1° novembre 2019[36]. Si tratta di un insieme di strumenti che collocano la Norvegia in una relazione speciale con l'Unione, come riconosciuto nel noto caso *JR* anche dalla Corte di giustizia, secondo cui il rapporto Oslo-Bruxelles va oltre la cooperazione economico-commerciale[37]. Questa relazione, secondo la Corte, si fonda su una fiducia reciproca nella struttura e nel funzionamento dei rispettivi sistemi giuridici. Non a caso, nella già menzionata sentenza *Ruska Federacija*, la Corte di giustizia ha evidenziato che il preambolo dell'Accordo sulla consegna richiama espressamente tale rapporto di fiducia, osservando inoltre come numerose sue disposizioni riproducano il contenuto della decisione quadro 2002/584 sul mandato d'arresto europeo e sulle procedure di consegna tra Stati membri[38].

6. *Segue*: *considerazioni* a latere *sulla Corte EFTA*

Una conferma della stretta interazione tra diritto dell'Unione e disposizioni SEE emerge anche dalla giurisprudenza della Corte EFTA, come dimostra, da ultimo, la pronuncia dell'11 marzo 2025 nella causa E-23/24[39]. Benché tale decisione non riguardi l'*acquis* di Schengen, essa risulta comunque significativa poiché evidenzia la peculiare attenzione della Corte EFTA nel garantire un'interpretazione delle norme SEE coerente con il diritto dell'Unione e con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel caso di specie, due coniugi, di nazionalità rispettivamente polacca ed egiziana, avevano presentato domanda per il rilascio di un certificato di residenza permanente in Norvegia, facendo valere il cumulo dei redditi matrimoniali ai fini della dimostrazione delle risorse sufficienti previste dalla direttiva 2004/38/CE[40]. Le autorità norvegesi avevano respinto l'istanza, escludendo

[36] Cfr. anche Corte giust. 19 luglio 2012, C-48/11, *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö/A Oy*, punto 37; 28 settembre 2010, C-72/09, *Établissements Rimbaud*, punti 43-44.

[37] Corte giust. 17 marzo 2021, C-488/19, *JR*, spec. punto 60.

[38] *Ruska Federacija*, sopra citata, punti 73-74.

[39] Corte EFTA 11 marzo 2025, E-23/24, *AO and IM*.

[40] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68

la possibilità di considerare i redditi congiunti. La Corte EFTA, in dichiarata applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, ha invece chiarito che, ai sensi dell'art. 7, par. 1, lett. b), della direttiva, la verifica delle risorse disponibili deve tener conto di tutte le risorse effettivamente a disposizione del cittadino SEE, indipendentemente dalla loro origine o dalla circostanza che provengano, in tutto o in parte, da un cittadino di uno Stato terzo.

Proprio all'interno di questo assetto di "integrazione" particolarmente avanzato è stata tuttavia riscontrata, negli ultimi anni, una criticità strutturale. In dottrina, l'ex Presidente della Corte EFTA, prof. Carl Baudenbacher, ha infatti più volte evidenziato una certa riluttanza dello Stato norvegese ad assicurare una piena applicazione del diritto dell'Unione e, soprattutto, a riconoscere il ruolo della Corte EFTA, chiamata a svolgere nel contesto SEE una funzione sostanzialmente analoga a quella esercitata dalla Corte di giustizia. In particolare, Baudenbacher ha evidenziato come, in più occasioni, il governo norvegese abbia adottato una strategia volta a limitare l'incidenza delle sentenze della Corte EFTA nei casi politicamente sensibili. Tale atteggiamento si è manifestato nel tentativo di creare consapevolmente conflitti interpretativi tra la Corte di giustizia e la Corte EFTA, sollecitando decisioni divergenti in procedimenti paralleli[41], come è accaduto in *Candolin* (C-537/03)[42] rispetto a *Finanger* (E-1/99)[43], in *Jafari* (C-646/16)[44] rispetto ai casi *Olsen* (E-3/13; E-20/13)[45], e in *Ruska Federacija* (C-897/19)[46] rispetto a *Yankuba Jabbi* (E-28/15)[47]. Inoltre, il Governo avrebbe incoraggiato i giudici nazionali a rimettere in discussione sentenze già rese dalla Corte EFTA, come avvenuto nei casi *Fosen-Linjen* (E-16/16 e E-7/18)[48], *Yankuba Jabbi* (E-28/15)[49] e *Campbell* (E-4/19)[50]. L'episodio più grave denunciato dal prof. Baudenbacher riguarda presunte pressioni esercitate sull'*Oslo Tingrett* (il Tribunale distrettuale di Oslo) affinché ritirasse un rinvio pregiudiziale alla

ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

41 C. Baudenbacher, *The Norwegian State and its Duty of Loyalty to the EEA Agreement*, in *RETT24*, 8 dicembre 2023; C. Baudenbacher, *Loyalty vs. Sovereignty Some Thoughts on the EFTA pillar of the EEA*, in *Verfassungsblog*, 25 giugno 2020.

42 Corte giust. 30 giugno 2005, C-537/03, *Candolin*.

43 Corte EFTA 17 novembre 1999, E-1/99, *Finanger*.

44 Corte giust. 26 luglio 2017, C-646/16, *Jafari*.

45 Corte EFTA 9 luglio 2014, E-3/13 – E-20/13, *Olsen*.

46 *Ruska Federacija*, sopra citata.

47 Corte EFTA 26 luglio 2016, E-28/15, *Jankuba Jabbi*.

48 Corte EFTA 26 luglio 2016, E-16/16 e E-7/18, *Fosen-Linjen*.

49 *Jankuba Jabbi*, E-28/15, sopra citata.

50 Corte EFTA 13 maggio 2020, E-4/19, *Campbell*.

Corte EFTA in materia di lavoro temporaneo. Si tratta di un comportamento che il prof. Baudenbacher ha definito come un'ascia posta contro una delle pietre angolari del SEE[51]. Una simile resistenza istituzionale appare giustificata, dal punto di vista giuridico, dalla cosiddetta dottrina della *Room for Manoeuvre*[52], elaborata dall'Avvocatura dello Stato norvegese come alternativa nazionale al principio di lealtà sancito dall'art. 3 SEE. Tuttavia, tale dottrina, oltre a porsi in contrasto con il fondamentale principio di diritto interazionale consuetudinario *pacta sunt servanda*, sembra ridimensionare in modo ingiustificato l'efficacia del diritto dell'Unione, rischiando di compromettere l'effettività dei diritti dei cittadini SEE/EFTA.

La preoccupazione non è puramente teorica, considerato il labile equilibrio tra l'autonomia statale norvegese e gli obblighi derivanti dagli accordi con l'UE. Anche dalla lettura della già menzionata sentenza della Corte EFTA dell'11 marzo 2025 (caso E-23/24), emerge in modo emblematico una certa riluttanza dello Stato norvegese a favorire la corretta applicazione del diritto UE. In quella vicenda processuale, l'Avvocatura di Stato, tramite un'eccezione di natura processuale, aveva infatti sostenuto il carattere non giurisdizionale dell'organo nazionale che stava decidendo sulla questione del certificato di soggiorno e aveva perciò chiesto la non ammissibilità del rinvio pregiudiziale, nel (non condivisibile) tentativo di sfuggire alle decisioni dell'unico tribunale che garantisce l'applicazione del diritto dell'Unione nel contesto eurounionale[53].

Quest'ultimo episodio sembrerebbe confermare una certa reticenza di Oslo ad aderire a un sistema di integrazione giuridica pienamente vincolante, soprattutto per quanto concerne le garanzie assicurate sul piano giurisdizionale. Se lo Stato norvegese mette in discussione, ostacola o tenta di aggirare il sistema dei rinvii pregiudiziali – principale meccanismo per garantire l'interpretazione uniforme del diritto UE – si aprono inevitabilmente interrogativi sulle ricadute anche sugli altri pilastri dell'integrazione. La vicenda dimostra come il margine di resistenza norvegese possa comportare un rischio (astratto) anche per Schengen, dove la cooperazione presuppone

[51] C. Baudenbacher, *The Norwegian State and its Duty of Loyalty to the EEA Agreement*, *op. cit*.

[52] Sul tema, H.H. Fredriksen, *The Rule of Law in a European Economic Area with National "Room for Manoeuvre"*, in *Verfassungsblog*, 29 novembre 2019; C. Baudenbacher, *"Room for Manoeuvre" is the Real Reason for Norway's EEA Scandal*, in *Verfassungsblog*, 21 novembre 2019; Id., *The Norwegian Concept of "Room for Manoeuvre": A Nail in the EEA's Coffin*, in M. Heidemann (ed.), *The Transformation of Private Law – Principles of Contract and Tort as European and International Law. A Liber Amicorum for Mads Andenas*, Cham, 2024, pp. 125-148.

[53] *AO and IM*, E-23/24, sopra citata, spec. punti 45-56.

un'adesione rigorosa ai principi di mutua fiducia, omogeneità e applicazione uniforme delle norme. In questo quadro, emerge un dato strutturale: al di là della portata estesa degli accordi conclusi con l'Unione, l'integrazione del diritto UE rischia di essere subordinata, in ultima istanza, alla volontà dello Stato e non dei cittadini. Quando la conformità normativa diventa una scelta politica e non un vincolo giuridico pieno, l'equilibrio del modello di integrazione rischia di incrinarsi, rendendo necessario, come dimostra il caso E-23/24, un intervento correttivo da parte dei giudici per preservare la coerenza e l'efficacia dell'assetto integrativo… ma a condizione che venga loro effettivamente permesso di pronunciarsi!

7. *A margine e in prospettiva: riflessioni sui (primi) quarant'anni di integrazione differenziata* made in Schengen

L'analisi dei due modelli di integrazione differenziata esterna conferma come lo spazio Schengen costituisca un esempio paradigmatico di partecipazione flessibile e articolata, in cui, come pure osservato in dottrina[54], lo *status* dei partner associati non è sempre chiaramente definito, con implicazioni evidenti sulla responsabilità democratica sia a livello nazionale sia nell'interazione con l'ordinamento dell'Unione.

Per quanto riguarda la responsabilità democratica, i risultati sono ambivalenti. Formalmente, i Paesi terzi conservano piena sovranità, sia nella decisione di aderire alla cooperazione sia nella facoltà di continuare a farne parte. Le clausole di recesso previste dagli accordi Schengen consentono infatti ai *partner* associati di determinare liberamente l'adozione delle nuove norme UE. Tuttavia, nella pratica, la differenziazione esterna genera un certo grado di incongruenza: la pressione a conformarsi al diritto dell'Unione è – almeno in teoria – considerevole, poiché il mancato adeguamento potrebbe comportare la cessazione della cooperazione e l'esclusione dall'area Schengen. Ne consegue che i cittadini dei Paesi terzi esercitano un controllo limitato sulle decisioni politiche, le quali incidono comunque sulle loro vite senza che essi possano contribuire pienamente alla formazione delle scelte.

La partecipazione dei *partner* associati al processo decisionale europeo è poi spesso di natura prevalentemente informale, rendendo opaca la definizione delle posizioni politiche e la tracciabilità delle scelte adottate. Anche il controllo giurisdizionale presenta limiti, poiché i tribunali nazionali dei Paesi terzi non sono vincolati dalle sentenze della Corte dell'Unione e

[54] M. Patrin, *op. cit.*, p. 317-318.

mantengono una formale autonomia nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme Schengen. Non si può però trascurare come gli accordi prevedano la possibile cessazione della cooperazione in caso di divergenze significative, esercitando una pressione concreta sui tribunali nazionali affinché si allineino all'orientamento giurisprudenziale dell'UE.

Nello spazio Schengen, i due modelli di integrazione differenziata esterna si caratterizzano per una significativa flessibilità, che consente ai Paesi terzi di adeguarsi alle norme e alle politiche dell'Unione senza essere membri a pieno titolo. Gli strumenti previsti, come la possibilità di presentare memorie nei rinvii pregiudiziali e il ruolo dei Comitati misti nel monitorare l'interpretazione uniforme delle norme, confermano la peculiare caratteristica di adattabilità che distingue il sistema Schengen. Al contempo, questa stessa flessibilità genera inevitabili asimmetrie strutturali, che risultano necessarie sia per salvaguardare l'integrità dell'ordinamento dell'UE, sia per evitare un coinvolgimento dei Paesi terzi tale da attenuare la distinzione tra membri e non membri. Le seppur minime frizioni riscontrate, anche nell'ordinamento svizzero, suggeriscono come tali tensioni siano in larga misura ontologicamente inevitabili, considerando lo *status* "esterno" dei Paesi rispetto all'Unione. In conclusione, l'integrazione differenziata esterna nello spazio Schengen si presenta come un sistema complesso e articolato, in cui la partecipazione limitata, l'interazione tra diritto UE e diritto internazionale e il coordinamento sovranazionale e intergovernativo si intrecciano con i diritti degli Stati membri e dei *partner* associati. Per migliorarne l'efficacia futura, sarebbe comunque auspicabile potenziare i meccanismi di controllo democratico e ridefinire i sistemi di risoluzione delle controversie.

Un'ipotesi correttiva particolarmente interessante riguarda la Corte EFTA. La prassi più recente mostra come tale Corte, insieme alla Corte di giustizia[55], si sia distinta, sul piano generale, per l'applicazione del diritto dell'Unione in un sistema multilivello in cui i cittadini dello spazio SEE-EFTA godono di una tutela parificata a quella dei cittadini dell'Unione. In questo contesto, un rafforzamento dei poteri della Corte EFTA, ad esempio mediante l'estensione della sua competenza all'ambito Schengen, potrebbe contribuire a contemperare esigenze apparentemente contrapposte: da un lato, la comprensibile ritrosia dei Paesi terzi ad assoggettarsi alla Corte di giustizia; dall'altro, la necessità di garantire che l'integrazione europea non dipenda esclusivamente dalla volontà politica dei singoli Stati, ma sia supportata da un meccanismo giurisdizionale credibile ed efficace.

[55] *Ruska Federacija*, sopra citata.

In tal modo, l'integrazione differenziata esterna potrebbe consolidarsi, valorizzando la specificità e la sovranità dei *partner* associati e, nello stesso tempo, rafforzando l'effettività del diritto UE nello spazio Schengen e oltre i confini dell'Unione.

Abstract (ita)

Il contributo si propone di analizzare i presupposti giuridici e le caratteristiche principali dei modelli di integrazione differenziata esterna nello spazio Schengen, uno degli ambiti principali in cui il fenomeno integrativo si manifesta nei rapporti con i Paesi non membri UE. In particolare, l'analisi si concentra su due modelli significativi, la Norvegia, quale Paese che rappresenta gli Stati dello Spazio economico europeo (SEE) aderenti a Schengen, e la Svizzera, che partecipa per effetto di accordi bilaterali esterni al SEE. L'analisi dei tratti essenziali di questi due modelli funge da riferimento per le riflessioni finali sul funzionamento dell'integrazione differenziata esterna, in cui si evidenziano criticità e possibile prospettive di consolidamento del sistema.

Abstract (eng)

This paper examines the legal foundations and structural features of differentiated external integration models within the Schengen area, one of the main contexts in which integration extends to non-EU countries. The analysis focuses on two representative cases: Norway, which participates in Schengen through the agreements concluded with the European Economic Area (EEA) states, and Switzerland, which is associated via bilateral agreements outside the EEA framework. By exploring the key characteristics of these models, the study reflects on the functioning of differentiated external integration, highlighting challenges and potential avenues for system consolidation.

IL RUOLO DELLA RECIPROCA FIDUCIA NELLA DEFINIZIONE DELL'ESTENSIONE TERRITORIALE DELLO SPAZIO SENZA FRONTIERE INTERNE (E VICEVERSA)

Nicola Bergamaschi[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La triangolazione tra spazio senza frontiere interne, reciproca fiducia e *membership* all'Unione. – 3. Quale relazione tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e la reciproca fiducia in assenza di *membership* all'Unione? – 4. Il rapporto rovesciato tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e la reciproca fiducia nella giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estradizione verso Paesi terzi. – 5. Riflessioni conclusive: ripensare la reciproca fiducia nell'ambito dei rapporti con i Paesi terzi che partecipano allo spazio senza frontiere interne. – 6. Epilogo.

1. *Introduzione*

Il contributo si propone di indagare la relazione tra il principio di reciproca fiducia e l'estensione territoriale di quello «spazio senza frontiere interne»[1] regolato dall'*acquis* di Schengen, nonché dai regimi normativi a quest'ultimo collegati o strumentali, quali, ad esempio, i meccanismi di cooperazione giudiziaria[2].

L'interesse per una simile indagine nasce da una duplice constatazione. Da un lato, si può osservare come il principio di reciproca fiducia venga considerato fondamentale per la creazione e il mantenimento dello spazio

[*] Collaboratore di ricerca post-doc in Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Parma.

[1] L'espressione è tratta da Corte giust. parere 18 dicembre 2016, 2/13, punto 191.

[2] Per *acquis* di Schengen si intende l'insieme degli atti e delle norme sull'abolizione delle frontiere interne classificati come appartenenti a tale *corpus*. Come nota Lutz, tuttavia, non vi è un elenco ufficiale aggiornato di tali atti (la classificazione si ricava dal preambolo dei singoli atti); F. LUTZ, *Practical Guide to Schengen Law*, Cham, 2024, p. 37. Per questo, ove opportuno, l'indagine prende in considerazione anche altre norme dell'ordinamento dell'UE, connesse a vario grado all'*acquis* di Schengen, che contribuiscono in maniera più o meno diretta alla creazione e al mantenimento dello spazio senza frontiere interne. Per illustrare il concetto, Lutz propone l'immagine della cipolla, composta da più strati, di cui l'*acquis* di Schengen rappresenta il cuore; *ivi*, pp. 37-60. Seppur non aggiornata, una (prima) lista degli atti che compongono l'*acquis* di Schengen è contenuta nell'Allegato del Protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea del Trattato di Amsterdam.

senza frontiere interne; esso, inoltre, risulta strettamente interconnesso all'appartenenza di uno Stato all'UE, cioè alla *membership* all'Unione. D'altro lato, occorre ricordare che lo spazio senza frontiere interne non coincide geograficamente con i confini degli Stati membri, visto che non tutti vi aderiscono, che l'acquisizione dello *status* di Paese membro non implica l'immediata e completa applicazione dell'*acquis* di Schengen, e che vi sono Stati terzi che ne fanno parte[3].

A fronte di ciò, ha senso domandarsi in che misura il principio di reciproca fiducia contribuisca a determinare la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e, viceversa, come tale partecipazione influisca sulla portata applicativa del principio in parola, anche in assenza di *membership*. A tal proposito, si anticipa che, come emergerà nella trattazione, il rapporto tra reciproca fiducia e partecipazione allo spazio senza frontiere interne, soprattutto nel caso dei Paesi terzi, si rende specialmente evidente nell'ambito dell'applicazione di quei meccanismi di cooperazione che sono strumentali al mantenimento di tale spazio e il cui funzionamento si basa proprio sul principio in esame. Per questo motivo si presterà specifica attenzione ai suddetti strumenti, specie a quelli in materia di estradizione, rispetto ai quali è presente una prassi giurisprudenziale di particolare interesse ai fini dell'indagine.

Nel tentativo di rispondere al quesito evidenziato, il contributo dapprima esamina il quadro teorico tratteggiato dalla Corte di giustizia dell'UE (CGUE o "la Corte") e dalla dottrina, volto a illustrare la relazione tra il principio di reciproca fiducia e la partecipazione allo spazio senza frontiere interne nel caso degli Stati membri, cioè in quello che si può definire il contesto *intra*-UE (sezione 2). Successivamente, l'indagine si sofferma sulla situazione dei Paesi terzi che partecipano allo spazio senza frontiere interne e ad alcuni regimi normativi a esso connessi tra cui, in particolare, i meccanismi di consegna delle persone ricercate (sezione 3). Di fronte all'impossibilità di rinvenire, in questo frangente, uno schema esplicativo del rapporto tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne di tali Paesi terzi e la portata del principio che sia equivalente al modello operante sul piano interno, si procede quindi ad analizzare detto rapporto attraverso la giurisprudenza della CGUE (sezione 4). Segnatamente, si considerano le pronunce della Corte in materia di estradizione verso Paesi terzi. Questi casi, infatti, permettono di esaminare la portata applicativa del principio di reciproca fiducia che informa i meccanismi di cooperazione giudiziaria in materia penale istituiti

[3] Tali aspetti, qui brevemente sintetizzati, verranno trattati più approfonditamente di seguito, nelle sezioni 2 e 3 di questo contributo, alle quali si rimanda.

per via pattizia con alcuni Paesi terzi e, inoltre, consentono il confronto con il funzionamento del principio nel contesto *intra*-UE, in cui opera il Mandato di Arresto Europeo (MAE) di cui alla decisione quadro 2002/584[4]. Come si avrà modo di osservare, secondo questa giurisprudenza, la partecipazione all'*acquis* di Schengen e a determinati regimi normativi collegati, da parte di tali Stati terzi, svolge un ruolo particolare nella determinazione della portata applicativa del principio in esame, in un rapporto che può apparire inverso rispetto a quanto riscontrato in ambito *intra*-UE. Muovendo da ciò, si traggono le conseguenze dell'analisi compiuta e si svolgono alcune considerazioni conclusive sulla natura e sull'applicazione della reciproca fiducia nei rapporti con i Paesi terzi che partecipano allo spazio senza frontiere interne, suggerendo un approccio interpretativo in parte alternativo a quello seguito dalla Corte (sezione 5). Infine, si riportano sinteticamente le principali risultanze dell'indagine (sezione 6).

2. *La triangolazione tra spazio senza frontiere interne, reciproca fiducia e* membership *all'Unione*

Come affermato a più riprese dalla CGUE, «la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne» sono permessi dalla reciproca fiducia tra gli Stati membri, che, anche per questo, rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento dell'UE[5]. Sulla reciproca fiducia,

[4] Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, del 18 giugno 2002. Oltre a essere la «[…] prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco» (*ivi*, considerando n. 6), il MAE, a sua volta, viene considerato come strumento paradigmatico per lo studio del reciproco riconoscimento e della reciproca fiducia nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Cfr. A. Willems, *Principle of Mutual Trust in EU Criminal Law*, Oxford, 2021, p. 57.

[5] Parere 2/13, sopra citato, punto 191. Già in *N.S.* la reciproca fiducia era questione per la quale «[ne andava] della ragion d'essere dell'Unione e della realizzazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia»; Corte giust. 21 dicembre 2011, C-411/10, *N.S.*, punto 83. L'argomento trova ampia trattazione in dottrina. *Ex multis*, si veda M. Ferri, *Nel nome della fiducia reciproca! La Corte di Giustizia si pronuncia sul rischio di refoulement indiretto nei trasferimenti Dublino: l'unica (e sempre più restrittiva) eccezione delle carenze sistemiche e le (limitate) prerogative del giudice nazionale*, in *EJ*, 2024, fasc. 1, p. 40 ss.; K. Jürimäe, *Mutual Trust in Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in K. Lenaerts, U.B. Neergaard, K.E. Sørensen, E. Regan (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice: Liber Amicorum Vice-President Bay Larsen*, Oxford, New York, 2024, p. 29 ss.; T.M. Moschetta, *Mutuo riconoscimento, leale cooperazione ed effettività dei diritti nel(l'incompiuto) sistema comune d'asilo: spunti critici sulla recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *FSJ*, 2024, n. 3, p. 58 ss.; C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, Brussels,

infatti, si fonda il principio del mutuo riconoscimento il quale, a sua volta, informa i vari meccanismi di cooperazione tra le autorità nazionali (specie giudiziarie) che operano nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (SLSG) dell'Unione[6].

In questo contesto, la reciproca fiducia assume le vesti di principio giuridico, dotato di una propria portata prescrittiva. In virtù di tale principio, gli Stati membri possono essere tenuti a presumere il rispetto del diritto dell'UE e dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri (allorché questi ultimi agiscano in attuazione del diritto dell'UE)[7]. Da ciò consegue che, da un lato, sia preclusa agli Stati membri la facoltà di «[…] esigere da

2022; C. Sáenz Pérez, *Mutual Trust as a Driver of Integration: Which Way Forward?*, in K.S. Ziegler, P.J. Neuvonen, V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 530 ss.; A. Willems, *op. cit.*; E. Dubout, *L'équilibre fragile des rapports entre le droit de l'Union et le système de la CEDH*, in D. Petrlík, M. Bobek, J.-M. Passer, A. Masson (sous la direction de), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruxelles, 2020, p. 647 ss.; A. Miglionico, F. Maiani, *One Principle to Rule Them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, Vol. 57, n. 1, 2020, p. 7 ss.; J. Öberg, *Trust in the Law? Mutual Recognition as a Justification to Domestic Criminal Procedure*, in *ECLR*, vol. 16, n. 1, 2020, p. 33 ss.; H. Labayle, *Faut-il faire confiance à la confiance mutuelle?*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 472 ss.; P. Mori, *Quelques réflexions sur la confiance réciproque entre les États membres: un principe essentiel de l'Union européenne*, in AA. VV., *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano*, cit., p. 651 ss.; E. Regan, *The Role of the Principles of Mutual Trust and Mutual Recognition in EU Law*, in *DUE*, n. 2, 2018, p. 231 ss.; M. Schwarz, *Let's Talk about Trust, Baby! Theorizing Trust and Mutual Recognition in the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, in *ELJ*, Vol. 24, 2018, p. 124 ss.; E. Pistoia, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *FSJ*, 2017, n. 2, p. 26 ss.; S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *EP*, vol. 2, n. 1, 2017, p. 75 ss.; E. Brower, D. Gerard (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, EUI Working Paper MWP 2016/13, Firenze, 2016; C. Favilli, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *RDI*, 2015, n. 3, p. 701 ss.; B. Nascimbene, *Le traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, *Revue des affaires européennes*, 2011/0, p. 787 ss.; L. Marin, *Il principio di mutuo riconoscimento nello spazio penale europeo*, Napoli, 2006; G. de Kerchove, A. Weyembergh (sous la direction de), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, 2005.

[6] La centralità del principio del reciproco riconoscimento emerge già nelle conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999. Sul principio di reciproco riconoscimento nello SLSG, si veda K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *DUE*, n. 3, 2015, p. 525 ss.; S. Peers, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *CMLR*, Vol. 41, n. 1, 2004, p. 5 ss.

[7] Parere 2/13, sopra citato, punto 191.

un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione»; e, dall'altro lato, «[…] quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione [salvo casi eccezionali]»[8].

Il principio di reciproca fiducia prevede, quindi, una presunzione di sostanziale equivalenza tra le soluzioni giuridiche nazionali adottate dagli Stati membri, nonché la loro compatibilità con il diritto dell'UE, o, quantomeno, questa seconda (laddove tali soluzioni risultino differenti)[9]. Ciò permette di perseguire l'unitarietà dello SLSG nonostante le diversità tra gli ordinamenti nazionali degli Stati membri[10], garantendo la semi-automaticità dei meccanismi di cooperazione tra autorità nazionali in assenza di armonizzazione a livello sovranazionale e nel rispetto «[del]le tradizioni giuridiche e [de]gli ordinamenti giuridici degli Stati membri»[11].

Come noto, in questo campo il principio non agisce autonomamente: esso è integrato da strumenti di diritto derivato che consentono il riconoscimento reciproco delle soluzioni normative nazionali e delle decisioni giudiziarie[12], così rendendo operativo il principio di reciproco riconoscimento, a sua volta informato da quello di reciproca fiducia[13]. In questo quadro, il valore prescrittivo del principio di reciproca fiducia, consistente negli obblighi che ne discendono in capo agli Stati membri, contribuisce a determinare la portata applicativa degli strumenti a cui esso è sotteso, in una valutazione da compiersi caso per caso. A tal riguardo, la CGUE ha nel tempo chiarito che la presunzione prevista dal principio non è assoluta, ma relativa, e che, oltre alle specifiche deroghe previste dagli strumenti stessi, vi possono essere circostanze eccezionali tali da limitare il principio, in particolare in relazione

[8] *Ivi*, punto 192.

[9] Così, *inter alia*, C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, *op. cit.*, p. 167-174.

[10] *Inter alia* C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Area of Freedom, Security and Justice: A Critical Look at the Court of Justice's Stone-by-Stone Approach*, *MJECL*, Vol. 30, n. 3, 2023, (versione online) p. 1 ss., p. 5; H. Labayle, *op. cit.*, pp. 478-479; B. Nascimbene, *op. cit.*, p. 709. Sul tema, anche T. Konstadinides, A. Masson, J. Sterck, *A Laboratory of Constitutional Development: Domestic Differentiation and the Effective Application of EU Law in the Area of Freedom, Security and Justice*, in K. Lenaerts, U.B. Neergaard, K.E. Sørensen, E. Regan (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 71 ss.

[11] Art. 82, par. 2, TFUE.

[12] *Ibid.*

[13] Sul punto, e sulla distinzione tra i due principi in esame, si veda E. Pistoia, *op. cit.*, p. 28-32.

alla tutela dei diritti fondamentali[14]. Stabilire l'intensità della presunzione prevista dal principio significa, quindi, identificarne i confini, cioè le condizioni che ne permettono la sospensione nel caso di specie. In concreto, si tratta di determinare il test che l'autorità nazionale deve eseguire, ove necessario, per interrompere l'automaticità del meccanismo di cooperazione in applicazione[15]. In questo modo si delinea il bilanciamento tra la tutela

[14] *N.S.*, sopra citata, punti 81-86; parere 2/13, sopra citato, punto 192. In dottrina, si veda, *ex multis*, C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights*, *op. cit.*; V. Mitsilegas, *Mutual Recognition, Fundamental Rights and the Rule of Law in Europe's Area of Criminal Justice*, in V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Quintel (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Northampton, 2024, p. 90 ss.; S. Montaldo, *On a Collision Course! Mutual Recognition, Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights in the Recent Case-law of the Court of Justice*, in *EP*, Vol. 1, n. 3, 2016, p. 965 ss.; K. Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *CMLR*, Vol. 54, n. 3, 2017, p. 805 ss.; V. Mitsilegas, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *YEL*, Vol. 31, n. 1, 2012, p. 319 ss.

[15] Nel caso del MAE, come noto, la Corte ha definito il celebre test in due fasi in Corte giust. 5 aprile 2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, punti 88-94. In dottrina, si veda, *inter alia*, A. Rosanò, *Fiducia reciproca e circostanze eccezionali: considerazioni a partire dall'ordinanza Anacco della Corte di giustizia in materia di MAE*, in questa *Rivista*, n. 1, 2025, p. 349 ss.; A. Rosanò, *Prospettive di revisione del test Aranyosi e Căldăraru (o test LM) a partire dalla giurisprudenza della Corte EDU*, in questa *Rivista*, fasc. speciale n. 1, 2024, p. 133 ss.; F. Casolari, *Libertà personale e mutua fiducia tra Stati membri dell'UE nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la giurisprudenza della Corte di giustizia sul mandato di arresto europeo*, in L. Mezzetti, S. Romano (a cura di), *Habeas corpus. La tutela multilivello della libertà personale*, Pisa, 2023, p. 365 ss.; E. Xanthopoulou, *The European Arrest Warrant in a Context of Distrust: Is the Court Taking Rights Seriously?*, in *ELR*, vol. 28, nn. 4-6, 2022, p. 218 ss.; L.S. Rossi, *Mandat d'arrêt européen et défaillances de l'État de droit: une analyse en deux étapes*, in *FSJ*, n. 2, 2022, p. 1 ss.; G. Colavecchio, *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 5, 2021, p. 1302 ss.; L. Mancano, *You'll Never Work Alone: A Systemic Assessment of the European Arrest Warrant and Judicial Independence*, in *CMLR*, Vol. 58, n. 3, 2021, p. 683 ss.; L.S. Rossi, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo*, in *FSJ*, n. 1, 2021, p. 1 ss.; A. Rosanò, *Du côté de chez Aranyosi, ovvero ancora su come la Corte di giustizia ha chiarito alcuni aspetti applicativi del test Aranyosi e Căldăraru*, in *DUDI*, n. 2, 2019, p. 427 ss.; S. Marino, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in *DUE*, n. 4, 2018, p. 633 ss; G. Anagnostaras, *Mutual Confidence Is Not Blind Trust! Fundamental Rights Protection and the Execution of the European Arrest Warrant: Aranyosi and Caldararu*, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, p. 1675 ss.; G. Asta, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2016, p. 1 ss.; N. Lazzerini, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza "Aranyosi e Caldararu"*, in *DUDI*, n. 2, 2016, p. 445 ss.; C. Amalfitano, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013, disponibile al link https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

dei diritti fondamentali e l'interesse generale sotteso al meccanismo di cooperazione, quale, per esempio, la lotta all'impunità nel caso del MAE[16].

È proprio l'esito di questo bilanciamento che rende gli strumenti di cooperazione come il MAE essenziali al mantenimento dello SLSG e, per questo, è importante stabilire la portata applicativa del reciproco riconoscimento e della reciproca fiducia di cui sono espressione. Si spiega così il carattere fondamentale riconosciuto a quest'ultimo principio, nella misura in cui garantisce che l'esercizio della libertà di movimento tra gli Stati membri, cuore dell'*acquis* Schengen e dello SLSG, non ostacoli l'effettività delle decisioni adottate dalle autorità nazionali degli Stati membri, le quali acquisiscono in tal modo valore transnazionale[17], senza con ciò pregiudicare il rispetto dei diritti fondamentali.

Se, quindi, l'esistenza di uno spazio senza frontiere interne è resa possibile dalla reciproca fiducia tra gli Stati membri,[18] quest'ultima riveste un'importanza che va al di là di uno specifico ambito settoriale, assurgendo a «distinctive feature of the contemporary EU legal system»[19] e giocando un ruolo importante ai fini del processo di integrazione stesso[20]. Più in generale, e proprio in quest'ottica, la reciproca fiducia risulta legata a doppio filo

[16] Corte giust. 29 giugno 2017, C-579/15, *Popławski*, punto 23; 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi*, punto 141. Per analogia, si veda Corte giust. 6 settembre 2016, C-182/15, *Petruhhin*, punto 39; Conclusioni dell'Avv. gen. Bot, del 10 maggio 2016, C-182/15, *Petruhhin*, punti 57-62. Più in generale, sul tema, si rimanda a C. Lycourgos, *The Fight against Impunity in the Case Law of the European Court of Justice*, in K. Lenaerts, U.B. Neergaard, K.E. Sørensen, E. Regan (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice,* cit., p. 95 ss.; L. Marin, S. Montaldo (eds.), *The Fight Against Impunity in EU Law*, Oxford, 2020.

[17] K. Lenaerts, *La vie après l'avis*, *op. cit.*, p. 809. Suggestivamente, il considerando n. 5 della decisione quadro 2002/584 parla di «libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale […] nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia». In argomento, C. Amalfitano, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *SIE*, Vol. 4, fasc. 1, 2009, p. 73 ss.

[18] Un ulteriore riscontro del legame tra reciproca fiducia, reciproco riconoscimento e realizzazione dello SLSG sopra descritto può trovarsi nel preambolo della decisione quadro 2002/584 (*supra* nota 4), in cui si afferma che il MAE «[…] si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (*ivi*, considerando n. 10), che esso «[…] costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco» (*ivi*, considerando n. 6), e che è funzionale «[al]l'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (*ivi*, considerando n. 5).

[19] D. Gerard, *Mutual Trust as Constitutionalism?*, in E. Brower, D. Gerard (eds.), *Mapping Mutual Trust*, cit., p. 69 ss., p. 73. Cfr. A. Willems, *op. cit.*, p. 89.

[20] Come nota Spaventa «[…] the Court sees mutual recognition as the main tool to achieve the AFSJ, a key European integration objective»; E. Spaventa, *op. cit.*, p. 174. Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer, del 19 settembre 2002, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e C-385/01, punto 124. Si veda anche C. Honorati, *Lo Spazio di libertà, sicurezza e*

alla *membership* all'Unione. Sempre la Corte, infatti, ha chiarito che la reciproca fiducia è giustificata dalla condivisione di quei valori di cui all'art. 2 TUE su cui l'UE si fonda[21] e il cui rispetto e promozione rappresentano condizione di acquisizione dello *status* di Paese membro, *ex* art. 49 TUE. Autorevole dottrina ha individuato la "base costituzionale" del principio di reciproca fiducia nel principio di uguaglianza tra gli Stati membri davanti al diritto dell'UE[22], sancito all'art. 4, par. 2, TUE. Principio, questo, che contraddistingue le relazioni tra gli Stati membri rispetto a quelle tra questi e gli altri soggetti del diritto internazionale, proprio in virtù della loro appartenenza all'Unione[23]. Per di più, altri Autori hanno sottolineato lo stretto legame intercorrente tra quello di reciproca fiducia e un altro principio che contraddistingue i rapporti tra Stati membri e tra questi e l'UE, cioè quello di leale cooperazione, di cui all'art. 4, par. 3, TUE[24]. Ancora, la Corte ha evidenziato come il principio di reciproca fiducia trovi rilevanza anche quando si tratta di determinare il rapporto tra il diritto dell'UE e il diritto nazionale degli Stati membri[25], con riferimento al principio del primato, e il diritto internazionale, con riferimento al principio di autonomia[26]. Si capisce quindi perché, secondo Prechal, la reciproca fiducia segni un cambio qualitativo delle relazioni tra gli Stati membri in quanto

giustizia come laboratorio costituzionale dell'identità europea, in *Unione europea e diritti*, fasc. 3/2025, p. 1 ss.

[21] Parere 2/13, sopra citato, punto 168; Corte giust. 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*, punto 34. Già nel programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, del 15 gennaio 2001, si leggeva che «[l]'attuazione del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali presuppone una fiducia reciproca degli Stati membri nei rispettivi ordinamenti penali. Tale fiducia si fonda in particolare sulla base comune costituita dal loro attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello stato di diritto»; *ivi*, p. 10.

[22] K. Lenaerts, *La vie après l'avis*, *op. cit.*, p. 808.

[23] *Ivi*, p. 809. Si veda anche M. Klamert, *Structural Principles of EU Law*, Oxford, Dublino, 2025, pp. 93-94; L.S. Rossi, *The Principle of Equality Among Member States of the European Union*, in L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Cham, 2017, pp. 26-27.

[24] *Inter alia*, M. Klamert, op. cit., pp. 113-114; S. Prechal, *op. cit.*, p. 92; F. Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi*, Napoli, 2020, p. 23 e p. 76 (nota a pie' di pagina n. 122); L. Mancano, *Trust Thy Neighbour? Compliance and Proximity to the EU through the Lens of Extradition*, *Yearbook of European Law*, Vol. 40, n. 1, 2021, p. 475 ss., p. 486-487.

[25] Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, punto 63.

[26] Parere 2/13, sopra citato, punto 194. Sul rapporto tra reciproca fiducia e autonomia si veda anche K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fonss, S. Adam, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 1/2021, p. 47 ss., pp. 69-72; N.N. Shuibhne, *What is the Autonomy of EU*

tali[27], permettendo il passaggio da forme di cooperazione internazionale a una cooperazione sovranazionale[28], come ben emerge dalla distinzione tra accordi di estradizione e MAE, e assurgendo a principio "costituzionale"[29], "generale e sistemico"[30] o "strutturale"[31], il quale occupa un posto di prima importanza all'interno del quadro costituzionale dell'UE, in chiave integrazionista. Quanto detto sopra, infatti, non vale solo nel contesto dello SLSG. In *Achmea*, per esempio, la Corte ha sottolineato la rilevanza della reciproca fiducia nei rispettivi sistemi giurisdizionali degli Stati membri nell'ambito della libera circolazione dei servizi e dei capitali[32]. Inoltre, come emerge da più recenti pronunce, il principio informa vari istituti aventi valenza sistemica e costituzionale nell'ordinamento dell'Unione, come, per esempio, il bilancio e la cittadinanza[33].

Per concludere, si può affermare che esiste un legame di dipendenza tra l'istituzione di uno spazio senza frontiere interne e di meccanismi di riconoscimento reciproco, la reciproca fiducia e la *membership* all'Unione,

Law, and Why Does that Matter, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 88, Issue 1, 2019, p. 9 ss., pp. 14 e 38; H. Labayle, *op. cit.*, p. 478.

[27] S. Prechal, *op. cit.*, p. 92.

[28] E. Spaventa, *op. cit.*, p. 162.

[29] H. Labayle, *op. cit.*, p. 476. K. Lenaerts, *The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom Security and Justice*, 18 febbraio 2015, disponibile al link https://www.law.ox.ac.uk, p. 5-7. Più in generale, si veda E. Herlin-Karnell, *Constitutional Principles in the Area of Freedom, Security and Justice*, in D.A. Arcarazo, C.C. Murphy (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*, London, 2014, p. 38 ss.

[30] *Ibid*.

[31] C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights*, *op. cit.*, p. 5; S. Prechal, *op. cit.*, p. 92.

[32] *Achmea*, sopra citata, punto 58. Sul punto, *ex multis*, J. Hillebrand Pohl, *Intra-EU Investment Arbitration after the Achmea Case: Legal Autonomy Bounded by Mutual Trust?*, in *ECLR*, Vol. 14, 2018, p. 767 ss.; K. Lenaerts, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, in *YEL*, Vol. 38, n. 1, 2019, p. 3 ss., p. 12.

[33] Rispettivamente, in Corte giust. 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria/Parlamento e Consiglio*, p. 129, e 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione/Malta*, punti 95, 99 e 101. Per un commento della prima, si veda, *ex multis*, M. Bonelli, *Constitutional Language and Constitutional Limits: The Court of Justice Dismisses the Challenges to the Budgetary Conditionality Regulation*, in *EP*, Vol. 7, n. 2, 2022, p. 507 ss. Con riguardo al ruolo svolto dalla reciproca fiducia nella seconda pronuncia, si veda R. O'Neill, *Stitch in Time? Mutual Trust as the EU's Fix-All in Case C-183/23 Commission v Malta*, in *EP*, Vol. 10, n. 2, 2025, p. 463 ss. In senso critico, sul punto, S. Poli, *Revoca e attribuzione della cittadinanza: quali condizionamenti impongono le disposizioni dei Trattati sulla cittadinanza europea e quelle sulla Politica Estera e di Sicurezza Comune?*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025, p. 305 ss., pp. 328-329. Per un commento al caso si veda inoltre, *inter alia*, E. Spaventa, *A Very Valuable Citizenship? European Values and Citizenship After Commission v Malta*, in *CMLR*, Volume 62, Issue 6, 2025, p. 1791 ss.

nel senso che la prima si fonda sulla seconda, che a sua volta poggia sui valori comuni agli Stati membri, e, più in generale, attiene alle specificità dei rapporti tra Stati membri in quanto tali[34].

A un più attento sguardo, invero, questo trinomio potrebbe apparire meno saldo di quanto appena descritto. È cosa nota, infatti, che la qualifica di stato membro dell'UE non implica necessariamente la partecipazione all'*acquis* di Schengen (o comunque non nella sua interezza) quale parte integrante del diritto dell'UE. Il riferimento non è tanto a quei casi – Irlanda e Danimarca – in cui le particolari modalità di partecipazione si fondano su una libera scelta delle parti, quanto piuttosto a quelli degli Stati di nuova adesione[35]. Per questi ultimi, infatti, vige un regime speciale, sancito nei singoli atti di adesione per ciascuno di essi, secondo cui tali Stati sono vincolati per intero all'*acquis* di Schengen sin dal momento dell'ingresso, ma solo parte di detto *corpus* normativo è applicabile immediatamente. Per le altre norme, che riguardano in particolare l'abolizione delle frontiere interne, vi è invece un processo in due fasi: nonostante queste norme entrino già formalmente in vigore con l'adesione all'UE, la loro applicazione è sospesa per un periodo transitorio il cui termine è stabilito tramite decisioni del Consiglio adottate all'unanimità, previa consultazione del Parlamento, «[…] dopo aver verificato, conformemente alle procedure di valutazione Schengen applicabili, il rispetto dei necessari requisiti per l'applicazione di tutte le parti dell'acquis in questione in tale Stato»[36]. Questo dimostra che la *membership* e la condivisione dei valori fondanti, da sole, non bastano all'istaurazione di un grado di fiducia nella legislazione e nelle autorità

[34] Sul concetto di «mutual membership», si veda F. Casolari, *Equality of States and Mutual Membership in European Union Law: Contemporary Reflections*, in D. Amoroso, L. Marotti, P. Rossi, A. Spagnolo, G. Zarra (eds.), *More Equal than Others?: Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law*, The Hague, 2022, p. 39 ss., p. 41.

[35] Caso a parte è Cipro, qui non analizzato vista la peculiarità della sua situazione, di cui al regolamento (CE) 66/2004 del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ad un regime ai sensi dell'articolo 2 del protocollo n. 10 dell'atto di adesione.

[36] Art. 4, par. 2, dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania e agli adattamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione europea, del 21 giugno 2005. Ciò sembra peraltro coerente, da un lato, con la creazione di meccanismi di controllo e condizionalità in materia di giustizia e affari interni (ora SLSG) avvenuta per certi Stati entranti nell'Unione; in argomento, si veda A. Lazowski, *EU Criminal Law and EU Enlargement*, in V. Mitsilegas, M. Bergström, T. Quintel (eds.), *op. cit.*, p. 494 ss. Dall'altro lato, con l'esistenza di un apposito strumento di monitoraggio dell'applicazione dell'acquis di Schengen per tutti i Paesi partecipanti: regolamento (UE) 2022/922 del Consiglio, del 9 giugno 2022 sull'istituzione e sul funzionamento di un meccanismo di valutazione e di monitoraggio per verificare l'applicazione dell'*acquis* di Schengen, che abroga il regolamento (UE) n. 1053/2013.

nazionali degli Stati di nuovo ingresso tale da permettere l'applicazione completa dell'*acquis* di Schengen. Al contempo, però, ciò ribadisce anche che il fondamento di tale applicazione risiede sempre nella fiducia riponibile negli ordinamenti (normativi e giudiziari) degli Stati membri. Una fiducia, quindi, qualificata dal processo in due fasi. A fronte di ciò, il rapporto tra l'estensione della portata dell'*acquis* di Schengen e quella del principio di reciproca fiducia risulta confermato e, addirittura, rafforzato, nel contesto *intra*-UE.

3. *Quale relazione tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e la reciproca fiducia in assenza di* membership *all'Unione?*

Partendo dalla premessa che, di regola, la reciproca fiducia non vale nei confronti dei Paesi terzi[37], quanto osservato nella sezione precedente potrebbe portare a ritenere che la partecipazione ad un'area senza frontiere interne sia prerogativa degli Stati membri. Si è detto, infatti, che tale partecipazione ha come presupposto la reciproca fiducia (nella misura in cui informa i meccanismi di reciproco riconoscimento), che quest'ultima è strettamente connessa alla *membership* e che anzi, da sola, neppure la *membership* basta a permettere l'applicazione completa dell'*acquis* di Schengen, la quale è subordinata al superamento del processo in due fasi. Ebbene, partendo da questi dati, si potrebbe dubitare che uno stato terzo possa risultare idoneo ai fini di tale partecipazione.

Ciò trova un immediato riscontro nel fatto che i Paesi attualmente candidati all'ingresso nell'Unione non partecipano all'*acquis* di Schengen, né a meccanismi di cooperazione simili a quelli dello SLSG, nonostante il progressivo avvicinamento normativo basato sulla condivisione di valori comuni previsto nei rispettivi accordi di associazione[38].

[37] Corte giust. parere 30 aprile 2019, 1/17, punto 129. D'altronde, come nota Grossio, la reciproca fiducia *intra*-UE consiste proprio nella presunzione del rispetto del diritto dell'UE, a cui gli Stati terzi non sono certo vincolati; L. Grossio, *Nuove prospettive nell'ambito del mandato d'arresto UE-Regno Unito*, in questa *Rivista*, n. 5, 2023, p. 119 ss., pp. 133-134. Cfr. M. Klamert, *op. cit.*, p. 113.

[38] Per esempio, art. 1, par. 2, lett. *a*), dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, del 29 maggio 2014. L'accordo, che insieme a quelli conclusi rispettivamente con Georgia e Moldavia, rappresenta ad oggi il modello di accordo di associazione più avanzato, ha come obiettivo anche quello di «[…] potenziare la cooperazione in materia di giustizia, libertà e sicurezza con l'obiettivo di rafforzare lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali» e di «[…] creare le condizioni per una cooperazione sempre più stretta in altri settori di reciproco

Tuttavia, la prassi dimostra anche che la partecipazione all'*acquis* di Schengen, a regimi normativi ad esso collegati e a determinati strumenti di cooperazione giudiziaria, simili o equivalenti a quelli operanti nello SLSG, sia effettivamente possibile anche per taluni Paesi terzi, i quali intrattengono rapporti particolarmente stretti con l'UE (ma che non intendono aderirvi, almeno sino ad ora). In particolare, Islanda, Norvegia, Svizzera e Liechtenstein hanno aderito all'*acquis* di Schengen[39] e partecipano ad alcuni istituti del sistema comune di asilo dell'UE[40]. Inoltre, Norvegia e Islanda e Svizzera sono membri della Convenzione Lugano II[41], mentre i primi due Paesi hanno concluso con l'UE un accordo sulla procedura di consegna di persone ricercate o condannate (d'ora in poi, "l'accordo sulla procedura di consegna"), che istituisce un meccanismo di cooperazione giudiziaria in materia penale basato sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie nazionali emesse ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza privativa della libertà[42]. Il meccanismo si differenzia dagli strumenti di estradizione tra l'UE e altri Paesi terzi[43] perché, analogamente al MAE, non ha carattere intergovernativo, ma si basa sulla cooperazione diretta tra autorità giudiziarie e sul riconoscimento semi-automatico delle rispettive decisioni. Similmente, l'accordo sugli

interesse»; *ivi*, art. 1, par. 2, lett. *e*) e *f*). Tuttavia, manca di precisi obblighi di ravvicinamento nel settore in esame. In argomento, si veda A. Lazowski, *op. cit.*, pp. 509-514.

[39] Rispettivamente, con l'accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sulla loro associazione all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, del 10 luglio 1999; l' accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera, riguardante l'associazione di quest'ultima all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, del 27 febbraio 2008; il protocollo tra l'Unione europea, la Comunità europea, la Confederazione svizzera e il Principato del Liechtenstein sull'adesione del Principato del Liechtenstein all'accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera riguardante l'associazione della Confederazione svizzera all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'acquis di Schengen, del 18 giugno 2011.

[40] Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo ai criteri e meccanismi per determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno Stato membro oppure in Islanda o in Norvegia, del 3 aprile 2001; accordo tra la Comunità europea e la Confederazione Svizzera relativo ai criteri e ai meccanismi che permettono di determinare lo Stato competente per l'esame di una domanda di asilo introdotta in uno degli Stati membri o in Svizzera, del 27 febbraio 2008.

[41] Convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 10 giugno 2009.

[42] Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia relativo alla procedura di consegna tra gli Stati membri dell'Unione europea e l'Islanda e la Norvegia, del 21 ottobre 2006.

[43] Si veda, ad esempio, l'accordo sull'estradizione tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America, del 19 luglio 2003.

scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE e il Regno Unito ("ASCC"),[44] pur senza prevedere l'adesione del Paese all'*acquis* di Schengen, contiene un'ampia serie di disposizioni in materia di cooperazione penale che istituiscono, tra l'altro, un meccanismo di consegna anch'esso fondato sulla cooperazione tra autorità giudiziarie[45].

Nell'ambito della cooperazione in materia penale, dunque, si assiste ad una composizione a geometrie variabili[46], che vede la possibilità per alcuni Paesi terzi di prendere parte all'*acquis* di Schengen e a strumenti di cooperazione inter-giudiziaria, oppure solo al primo, o anche solo ai secondi. Ciò appare difficilmente inquadrabile alla luce del piano teorico esposto nella sezione precedente. *In primis*, perché in questi casi la partecipazione ad uno spazio senza frontiere interne avviene anche senza quei meccanismi di reciproco riconoscimento propri dello SLSG che si fondano sulla reciproca fiducia e, quindi, senza l'intervento di quest'ultima. Infatti, gli accordi con i quattro Paesi citati non fanno menzione di tale principio. Nel caso degli accordi con Norvegia, Islanda e Liechtenstein, inoltre, non si fa neppure cenno alla comunanza di valori come fondamento della partecipazione all'*acquis* Schengen, sebbene un simile riferimento sia presente nel secondo considerando del preambolo dell'accordo che istituisce lo Spazio Economico Europeo (d'ora in poi, "l'accordo SEE")[47], di cui fanno parte i tre Paesi[48].

Secondariamente, in assenza dello *status* di Paese membro dell'UE, non è chiaro il rapporto tra meccanismi di reciproco riconoscimento, reciproca fiducia e assetto valoriale comune. Nel preambolo dell'accordo sulla procedura di consegna con Norvegia e Islanda, le Parti esprimono «[…] reciproca fiducia nella struttura e nel funzionamento dei loro sistemi giuridici e nella capacità di tutte le parti contraenti di garantire un processo equo»[49]. Tuttavia, non si spiega quale sia il fondamento di tale fiducia, né si

[44] Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, del 30 aprile 2021.

[45] *Ivi*, artt. 596-632. In argomento, L. Grossio, *op. cit*. Si veda anche V. Mitsilegas, *European Criminal Law after Brexit*, in *Criminal Law Forum*, Vol. 28, 2017, p. 219 ss.

[46] Si veda M. Buccarella, *Schengen e modelli di integrazione differenziata esterna: fondamenti, criticità e prospettive*, in questo fascicolo.

[47] Considerando n. 2 dell'accordo sullo Spazio economico europeo, del 3 gennaio 1994.

[48] Nel caso della Svizzera, invece, l'accordo fa riferimento al fondamento valoriale (considerando n. 10 dell'accordo tra l'Unione europea, la Comunità europea e la Confederazione svizzera, cit., *supra*, nota 39), mentre ciò non avviene negli altri accordi che regolano altri aspetti di *partnership* tra il Paese e l'Unione.

[49] Considerando n. 3 dell'accordo sulla procedura di consegna. Invece, non si fa menzione del principio di reciproca fiducia negli accordi con Islanda, Norvegia e Svizzera in materia di asilo (*supra*, nota 40), né nella Convenzione di Lugano II (*supra*, nota 41),

fa rinvio alla menzione ai valori comuni contenuta nell'accordo SEE, posto che i due accordi fanno parte di regimi normativi differenti e distinti[50]. Nell'ASCC, al contrario, nella sezione dedicata alla cooperazione in materia penale dell'accordo non si parla di fiducia reciproca tra le Parti, ma vi è riferimento alla base valoriale condivisa sia nel preambolo sia nelle clausole sulla cooperazione in materia penale[51].

La partecipazione di questi Paesi allo spazio senza frontiere interne sfugge dunque al modello valido per spiegare e giustificare quella degli Stati membri. Nel caso dei Paesi privi dello *status* di membro dell'UE, il ruolo della reciproca fiducia non risulta fondamentale, come invece è per gli Stati membri e, anche laddove la reciproca fiducia viene evocata, essa sembrerebbe prescindere da un solido ancoraggio nella comunanza dei valori, così come da una valutazione specifica come quella prevista dal processo in due fasi.

A fronte di ciò, la partecipazione dei Paesi terzi all'*acquis* di Schengen e a determinati meccanismi di cooperazione giudiziaria sembra doversi ricondurre più semplicemente alla volontà politica delle Parti, la quale assume la veste giuridica del consenso di diritto internazionale su cui si fondano gli accordi in esame. Persistono, però, due interrogativi, tra loro correlati. Il primo è se si possa comunque ricostruire un legame tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e la reciproca fiducia al di fuori del contesto *intra*-UE. Il secondo è, qualora ciò sia possibile, quali siano i presupposti su cui tale fiducia può fondarsi.

4. *Il rapporto rovesciato tra la partecipazione allo spazio senza frontiere interne e la reciproca fiducia nella giurisprudenza della Corte di giustizia sull'estradizione verso Paesi terzi*

Per capire meglio se e in che misura la partecipazione di Paesi terzi allo spazio senza frontiere interne sia collegata all'operare del principio di reciproca fiducia, è utile analizzare la giurisprudenza della CGUE in materia

nonostante alcuni istituti parte di quei regimi normativi siano considerati informati dal principio, almeno quando operano nel contesto dei rapporti tra Stati membri. In argomento, si veda L. Bohaček, *Mutual Trust in EU Law: Trust 'In What' and 'Between Whom'?*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol 14, n. 1, 2022, p. 103 ss., p. 131-133.

[50] L'unico accenno allo SEE compare all'art. 13 dell'accordo sulla procedura di consegna, in cui si dispone che tale accordo lascia impregiudicato l'accordo SEE.

[51] Rispettivamente, considerando n. 1 e art. 524, par. 1, ASCC.

di estradizione verso Paesi terzi[52]. In queste pronunce, infatti, la Corte si è soffermata proprio sull'esistenza e, ove presente, sull'intensità della reciproca fiducia nei confronti dei Paesi coinvolti, sull'impatto del principio in esame sul funzionamento dei meccanismi di cooperazione in materia penale in vigore con quei Paesi, nonché sul suo fondamento nei contesti specifici dei singoli casi, tracciando uno specifico collegamento proprio con la partecipazione o meno di tali Paesi all'*acquis* di Schengen[53].

Il caso da cui è opportuno prendere le mosse è *Petruhhin*[54], riguardante la situazione di un cittadino estone, arrestato e sottoposto a custodia cautelare in Lettonia, per il quale la Russia ha presentato richiesta di estradizione alle autorità lettoni, in virtù di un accordo internazionale bilaterale esistente tra i due Paesi. Interrogata dal giudice lettone sull'interpretazione degli artt. 18 e 21, par. 1, TUE e dell'art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali (CDF), la Corte ha concluso che, posta l'assenza di norme di diritto dell'UE che regolano l'estradizione verso la Russia, un corretto bilanciamento tra i diritti del cittadino dell'Unione (specie *ex* art. 21 TUE) e la lotta contro l'impunità richiede di dare prevalenza a tutti i meccanismi di cooperazione e di assistenza reciproca esistenti in materia penale in forza del diritto dell'UE rispetto all'estradizione verso il Paese terzo[55]. In particolare, le autorità nazionali del Paese ospitante devono fornire le informazioni necessarie alle autorità del Paese di origine e, ove queste lo richiedano, consegnare il cittadino

[52] In argomento, A. Festa, *Effetti delle violazioni dello Stato di diritto nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo e nelle procedure di estradizione e consegna verso Paesi terzi*, in *DUE*, n. 1, 2025, 1, p. 1 ss.; A. Rosanò, *Se mi lasci, non vale. Considerazioni su Brexit, estradizione e fiducia reciproca alla luce della sentenza "Alchaster" della Corte di giustizia*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2025, p. 67 ss.; L. Mancano, *Trust Thy Neighbour?*, *op. cit.*

[53] Il legame tra partecipazione all'*acquis* di Schengen e la presenza di reciproca fiducia nei confronti di Paesi terzi affiora anche nella giurisprudenza in materia di *ne bis in idem* di cui all'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS; convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, del 22 settembre 2000), come in Corte giust. 29 aprile 2021, C-665/20 PPU, *X (Mandat d'arrêt européen – Ne bis in idem)*, punti 54 e 55. Sul punto L. Grossio, *op. cit.*, p. 133-134. In quel contesto, però, è più difficile valutarne l'intensità e le modalità di applicazione.

[54] *Supra*, nota 16. Per un commento, si veda M. Böse, *Mutual Recognition, Extradition to Third Countries and Union Citizenship: Petruhhin*, in *CMLR*, Vol 54, n. 6, 2017, p. 1781 ss.; A. Pozdnakova, *Aleksei Petruhhin: Extradition of EU Citizens to Third States*, in *EP*, Vol. 2, n. 1, 2017, p. 209 ss.; S. Saluzzo, *EU Law and Extradition Agreements of Member States: The Petruhhin Case*, in *EP*, Vol. 2, n. 1, 2017, p. 435 ss. Sugli sviluppi di questa giurisprudenza, si veda S. Giudici, *Generalstaatsanwaltschaft Berlin: A Further Development of Extradition Rules of Union Citizens to Third Countries*, in *EP*, Vol. 6, n. 1, 2021, p. 211 ss.

[55] *Ivi*, punti 47-50.

sulla base di un MAE[56]. Anche se la Corte non lo afferma espressamente, da questi passaggi si ricava che il MAE sia preferibile all'estradizione verso il Paese terzo, ai fini della tutela dei diritti di libera circolazione del cittadino coinvolto, proprio perché il primo strumento è informato dalla reciproca fiducia esistente tra gli Stati membri, a fronte dell'assenza di tale fiducia nei confronti del Paese terzo[57]. Ciò trova conferma nel passaggio della sentenza in cui la Corte descrive l'esame da svolgersi per valutare il rispetto dell'art. 19, par. 2, CDF, laddove il giudice nazionale decidesse di concedere l'estradizione verso il Paese terzo[58]. Infatti, tale test risulta meno stringente di quello in due fasi di cui alla giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru* (citata dalla Corte stessa)[59]. Ciò è coerente col fatto che questo secondo test, particolarmente severo, opera nel contesto *intra*-UE, in cui la reciproca fiducia è evidentemente più solida rispetto a quella con il Paese terzo.

Come menzionato poc'anzi, la formula *Petruhhin* vale in assenza di norme di diritto dell'UE volte a disciplinare l'estradizione verso il Paese terzo che la richiede. Invero, la giurisprudenza successiva ha esteso *Petruhhin* anche al caso in cui vi sia in essere un accordo internazionale in materia di estradizione tra Unione e il Paese terzo, come in *Pisciotti*[60], con riferimento all'accordo tra UE e Stati Uniti[61]. Tuttavia, bisogna notare che, in quella circostanza, si trattava di un accordo che instaura una cooperazione intergovernativa tra le Parti e che, pertanto, in termini di reciproca fiducia, tale cooperazione non è paragonabile a quella inter-giudiziaria.

La situazione risulta differente rispetto a *Petruhhin* e a *Pisciotti* nel caso in cui l'estradizione sia regolata da un accordo internazionale dell'UE che istituisca con le controparti uno strumento di cooperazione inter-giudiziaria, come fa l'accordo sulla procedura di consegna con Norvegia e Islanda. La CGUE ha affrontato la questione in tre casi: *Ruska Federacija*[62], *J.R.*[63] e *Sofiyska gradska prokuratura*[64].

[56] *Ibid*.

[57] Sul punto M. Böse, *op. cit.*, p. 1795.

[58] *Petruhhin*, sopra citata, punti 54-59.

[59] *Supra*, nota 15.

[60] Corte giust. 10 aprile 2018, C-191/16, *Pisciotti*, punto 52. Per un commento, si veda P. Mori, *L'estradizione di un cittadino UE verso uno Stato terzo: il caso Pisciotti dinanzi alla Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 3, 2018, p. 597 ss.

[61] *Supra*, nota 43.

[62] Corte giust. 2 aprile 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*.

[63] Corte giust. 17 marzo 2021, C-488/19, *J.R.*

[64] Corte giust. 14 settembre 2023, C-71/21, *Sofiyska gradska prokuratura e a. (Mandats d'arrêt successifs)*.

In *Ruska Federacija*, la Corte ha esteso l'applicazione di *Petruhhin* anche ai cittadini islandesi[65]. Infatti, sebbene questi non siano cittadini dell'UE e, quindi, non godano dei diritti *ex* artt. 18 e 21 TFUE, nondimeno versano in una situazione "comparabile" a questi ultimi, almeno ai fini del caso in esame, in virtù della partecipazione dell'Islanda all'accordo SEE e all'*acquis* di Schengen[66]. Inoltre, il meccanismo di cui l'accordo sulla procedura di consegna è stato considerato a sua volta paragonabile al MAE ai fini della giurisprudenza *Petruhhin*, sulla scorta di due elementi cumulativi. Il primo riguarda il riferimento alla reciproca fiducia tra le Parti dell'accordo in questione all'interno del suo preambolo[67]. Il secondo concerne il fatto che le disposizioni di tale accordo sono "molto simili" a quelle della decisione quadro 2002/584[68]. Questo sembra indicare che la procedura di consegna prevista dall'accordo con Islanda e Norvegia si basi anch'essa, come il MAE, sulla reciproca fiducia tra le Parti e che tale fiducia sia più intensa rispetto a quella esistente con Paesi terzi con cui l'UE non abbia istituito meccanismi di cooperazione inter-giudiziaria in materia di estradizione, come nel caso dei Paesi di cui in *Petruhhin* e *Pisciotti*. Con riferimento all'estradizione verso quest'ultima categoria di Stati, si conferma il test di valutazione del rispetto dell'art. 19, par. 2, CDF già applicato in *Petruhhin*[69].

Il caso *J.R.* verte su una vicenda fattualmente diversa rispetto a quelle in oggetto nei casi sopra analizzati. In breve, il giudice del rinvio (irlandese) ha chiesto alla CGUE di esprimersi sull'applicabilità della decisione quadro 2002/584 al caso di un cittadino lituano per il quale le autorità nazionali hanno emesso un MAE, al fine di permettere l'esecuzione di una pena comminata da parte di un organo giurisdizionale norvegese, la cui sentenza

[65] *Ruska Federacija*, sopra citata, punto 75. Per un commento, si veda H.H. Fredriksen, C. Hillion, *The "Special Relationship" between the EU and the EEA EFTA States – Free Movement of EEA Citizens in an Extended Area of Freedom, Security and Justice: Ruska Federacija v. I.N.*, *CMLR*, Vol 58, n. 3, 2021, p. 851 ss. In argomento, anche P. Christiansen, *Free Movement of Persons in EU and EEA Law: An Illustration*, in K. Lenaerts, U.B. Neergaard, K.E. Sørensen, E. Regan (eds.), *Shaping a Genuine Area of Freedom, Security and Justice,* cit., p. 277 ss.

[66] *Ivi*, punto 58. L'equiparazione della situazione giuridica rilevante poggia sul divieto di discriminazione *ex* art. 4 dell'accordo SEE e sulla libertà di circolazione delle persone ai fini del godimento della libertà di prestazione dei servizi *ex* art. 36 dell'accordo SEE; *ivi*, punti 55-57. Per un'analisi critica del ragionamento seguito dalla Corte, si rimanda a M.E. Bartoloni, *L'interpretazione contestuale di norme SEE "modellate" sul diritto dell'UE: luci e ombre di una inedita tecnica interpretativa della Corte di giustizia*, in *DUE*, n. 3, 2020, p. 569 ss., p. 584 ss.

[67] *Ruska Federacija*, sopra citata, punto 73. Cfr. *supra*, nota 49.

[68] *Ruska Federacija*, sopra citata, punto 74.

[69] *Ibid.*, punti 64-65.

era stata previamente riconosciuta dal giudice lituano ai sensi di un accordo bilaterale tra i due Paesi. Nel rispondere positivamente, la Corte ha affermato che un MAE può essere emesso sulla base di un atto di riconoscimento e di esecuzione di una sentenza di un Paese terzo[70]. Tuttavia, precisa la Corte, lo Stato emittente il MAE deve assicurare un controllo giurisdizionale (in fase di riconoscimento della sentenza straniera o in fase di emissione del MAE), che permetta di accertare che, nell'ambito del procedimento nello Stato terzo che ha portato alla sentenza riconosciuta, siano stati rispettati i diritti fondamentali della persona ricercata (in particolare quelli di cui agli artt. 47 e 48 CDF)[71]. Sul punto, la Corte non si è espressa nel merito e la valutazione viene rimessa al giudice del rinvio, eventualmente richieste le opportune precisazioni e garanzie alle autorità del Paese terzo, al pari di quanto previsto in materia di MAE[72]. Ad ogni modo, la Corte ha aggiunto che lo Stato terzo in questione, la Norvegia, «[…] intrattiene relazioni *privilegiate* con l'Unione che vanno oltre l'ambito di una cooperazione economica e commerciale, in quanto esso è parte dell'[accordo SEE], partecipa al sistema europeo comune di asilo, attua e applica l'acquis di Schengen e ha concluso con l'Unione l'accordo relativo alla procedura di consegna […]. Nell'ambito di quest'ultimo accordo, le parti contraenti hanno espresso reciproca fiducia nella struttura e nel funzionamento dei loro sistemi giuridici, nonché nella loro capacità di garantire un processo equo»[73]. In vista di ciò, lo Stato membro emittente sarebbe quindi portato a fidarsi circa il rispetto dei diritti della persona ricercata durante la procedura giudiziaria avvenuta in Norvegia (per analogia, lo stesso potrebbe dunque dirsi per l'Islanda)[74].

Da *Ruska Federacija* e *J.R.* si evince quindi l'esistenza di una somiglianza tra la reciproca fiducia *intra*-UE e quella nei confronti di Islanda e Norvegia. Tuttavia, in questi casi ancora non emerge con esattezza quanto effettivamente elevato sia il livello di quest'ultima, e quale sia il test di resistenza alla presunzione che essa comporta. Una prima risposta arriva in *Sofiyska gradska prokuratura*. In questo caso, la Corte era chiamata a

[70] Tale atto è idoneo a integrare la fattispecie di decisione giudiziaria ai sensi dell'art. 8, par. 1, lett. *c*), decisione quadro 2002/584. *J.R.*, sopra citata, punti 43-52.

[71] *J.R.*, sopra citata, punti 54-58.

[72] La sentenza rimanda in particolare a Corte giust. 12 dicembre 2019, *ZB*, C-627/19 PPU.

[73] *J.R.*, sopra citata, punto 60 (corsivo aggiunto).

[74] Quest'ultimo passaggio della sentenza sembrerebbe essere un *obiter dictum*. Può quindi essere letto *ad adiuvandum*, per incoraggiare il giudice nazionale a non diffidare del sistema giurisdizionale del Paese terzo, e anche come argomento a supporto del rinvio alla disciplina del MAE operato dalla Corte.

pronunciarsi sul funzionamento della procedura di consegna in un caso riguardante una richiesta emessa da un giudice norvegese. A tal fine, la Corte ha dapprima ribadito la somiglianza tra lo strumento in esame e il MAE, nonché l'esistenza della reciproca fiducia tra le Parti dell'accordo sulla procedura di consegna, sulla base dei termini del preambolo dell'accordo[75]. Quindi, ha proceduto per analogia, applicando al caso di specie la propria giurisprudenza in materia di MAE. In particolare, la Corte ha equiparato la clausola di cui all'art. 1, par. 3, dell'accordo sulla procedura di consegna alla norma di cui all'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584 su cui, come noto, si fonda l'eccezione al mutuo riconoscimento sotteso al MAE legata al rispetto dei diritti fondamentali[76]. Conseguentemente, ha concluso la Corte, così come già stabilito per il MAE[77], l'emissione di un mandato d'arresto da parte di un giudice (in questo caso norvegese) sulla base dell'accordo sulla procedura di consegna, la cui esecuzione comporterebbe una violazione della CDF, non è compatibile con il principio di fiducia reciproca[78]. Inoltre, per quanto attiene al test di valutazione del rispetto dei diritti fondamentali in sede di esecuzione del mandato di arresto, la Corte ha applicato per analogia la propria giurisprudenza sul MAE[79], in particolare con riferimento alla sentenza resa nel caso *E.D.L.*[80]. Si può quindi desumere che gli effetti della reciproca fiducia in questo caso siano stati intesi come equivalenti a quelli *intra*-UE.

In queste tre pronunce, dunque, la Corte ha ravvisato l'esistenza di un rapporto di fiducia reciproca tra Unione e Stati membri da una parte e Islanda e Norvegia dall'altra, sulla scorta della loro partecipazione a regimi normativi quali lo Spazio economico europeo, l'*acquis* di Schengen e una procedura di consegna equiparabile al MAE, oltre che dei termini del preambolo dell'accordo sulla procedura di consegna. Ciò porta, da un lato, a distinguere la situazione di questi Paesi da quella della generalità degli altri Paesi terzi. Dall'altro lato, a rendere tale situazione paragonabile a quella degli Stati membri, almeno in quest'ambito.

[75] *Sofiyska gradska prokuratura*, sopra citata, punti 30 e 32.

[76] *Ivi*, punti 37-38. In questi passaggi, la Corte esplicita l'analogia con la sua giurisprudenza sul MAE, con particolare riferimento a *Puig Gordi*, cit. Sull'eccezione, si veda s*upra*, nota 15.

[77] *Puig Gordi*, sopra citata, punti 142-143.

[78] *Sofiyska gradska prokuratura*, sopra citata, punto 39.

[79] *Ivi*, punto 50.

[80] Corte giust. 18 aprile 2023, C-699/21, *E.D.L. (Motif de refus fondé sur la maladie)*.

Quanto detto trova riscontro in un'ulteriore sentenza, *Alchaster I*[81], in cui risulta ancor più determinante il ruolo della partecipazione all'*acquis* di Schengen da parte del Paese terzo. Nella sentenza, la Corte ha esaminato la questione dei motivi del rifiuto, da parte di un giudice irlandese, di un mandato di arresto emesso da un giudice del Regno Unito (Irlanda del Nord) sulla base del meccanismo di consegna previsto dall'ASCC, in particolare con riguardo al test di verifica del rispetto dei diritti fondamentali della persona ricercata di cui all'art. 49, par. 1, CDF. Il presupposto di partenza è che, in base all'art. 524, par. 2, ASCC, l'autorità destinataria del mandato ha facoltà di verificare che la procedura di consegna non pregiudichi i diritti della persona interessata, inclusi quelli ai sensi della CDF. Gli Stati membri hanno, anzi, l'obbligo di garantire il rispetto della CDF nel contesto di tale procedura, eventualmente astenendosi dal dare seguito al mandato di arresto[82]. Di conseguenza, l'attenzione si focalizza sull'esame che l'autorità giudiziaria dello Stato membro deve condurre per valutare se dare o meno seguito al mandato. A tal proposito, la Corte coglie l'occasione per offrire una chiara ricostruzione della dinamica dei rapporti con i Paesi terzi in chiave di reciproca fiducia. Secondo questo quadro, da una parte vi è il rapporto tra Stati membri, tra i quali opera il meccanismo del MAE, il quale «[…] si basa sull'*elevato livello di fiducia* che deve esistere tra gli Stati membri e sul principio di riconoscimento reciproco, che costituisce, secondo il considerando 6 della [decisione quadro 2002/584], il "fondamento" della cooperazione giudiziaria in materia penale»[83]. A tal riguardo, la Corte richiama la propria giurisprudenza sul contenuto prescrittivo della reciproca fiducia, sulla tutela dei diritti fondamentali (in particolare quelli di cui agli artt. 4, 7, 24 e 47 CDF) nell'ambito dell'esecuzione del MAE e sul relativo test in due fasi sviluppato a partire da *Aranyosi e Căldăraru*[84]. Dall'altra parte, poi, ci sono gli Stati terzi, che a loro volta si dividono in due categorie. Secondo la Corte, infatti, il rapporto di reciproca fiducia «[…] caratterizza in modo specifico gli Stati membri»[85], ma «[…] non è escluso che *un accordo internazionale* possa istituire un *elevato livello di fiducia* tra gli Stati membri

[81] Per un commento, si veda S. Stokke, *Not as Special: The Court's Decision on the Risk of a Breach of the Charter Following Surrender to the United Kingdom in Case C-202/24 Alchaster*, in *MJECL*, 2025, (versione online) p. 1 ss.; A. Festa, *op. cit.*; A. Rosanò, *Se mi lasci, non vale*, *op. cit.*

[82] *Alchaster I*, sopra citata, punti 48-51.

[83] *Ivi*, punto 56 (corsivo aggiunto).

[84] *Ivi*, punti 57-57.

[85] *Ivi*, punto 61.

e taluni Paesi terzi»[86]. Questi sono, appunto, Norvegia e Islanda, sulla base delle relazioni privilegiate che intrattengono con l'Unione descritte in *J.R.*[87]. Simili relazioni specifiche non possono estendersi, invece, al resto dei Paesi terzi[88], che formano la seconda categoria (di tipo residuale), di cui fa parte anche il Regno Unito. Tra l'Unione e quest'ultimo Paese, infatti, secondo la Corte, non intercorrono «relazioni tanto privilegiate» quanto quelle con i primi due Paesi, in particolare poiché il Regno Unito non fa parte dello spazio europeo senza frontiere interne «[…] la cui costruzione è resa possibile, segnatamente, dal principio della fiducia reciproca»[89].

Inoltre, con specifico riguardo alla cooperazione in materia penale istituita tra le Parti nell'ambito dell'ASCC, la Corte ritiene che essa non sia fondata sullo stesso livello di reciproca fiducia esistente tra gli Stati membri e riscontrabile nel contesto dell'accordo sulla procedura di consegna con Norvegia e Islanda, per due motivi. Il primo riguarda l'assenza di un riferimento alla reciproca fiducia all'interno delle disposizioni dell'ASCC. Ciò, si noti, sebbene risulti dall'art. 524, par. 1, dell'accordo che la cooperazione tra il Regno Unito e gli Stati membri si basa sulla condivisione di valori quali democrazia, Stato di diritto e tutela delle libertà e dei diritti fondamentali[90]. La Corte, infatti, non prende in considerazione questo elemento. Il secondo motivo, invece, attiene a certe differenze tra il meccanismo previsto dall'ASCC e il MAE, dalle quali la Corte evince l'esistenza di un rapporto di reciproca fiducia tra le Parti dell'ASCC, più limitato rispetto a quello sotteso al MAE[91]. Per tali ragioni, la Corte conclude che il test di verifica del rispetto dei diritti fondamentali della persona ricercata nell'ambito del meccanismo di consegna dell'ASCC sia meno stringente rispetto a quello in due fasi che vale per il MAE[92].

[86] *Ivi*, punto 65 (corsivo aggiunto).

[87] *Supra*, nota 73.

[88] *Alchaster I*, sopra citata, punto 69.

[89] *Ivi*, punto 70.

[90] *Alchaster I*, sopra citata, punto 71. Cfr. *supra*, nota 51.

[91] In particolare, il testo dell'ASCC prevede delle eccezioni all'esecuzione del mandato di arresto riguardanti la natura politica dei reati contestati o la cittadinanza della persona ricercata assenti nella decisione quadro 2002/584. Del pari, l'ASCC contiene una clausola che permette al giudice dell'esecuzione di richiedere garanzie supplementari all'autorità emittente in caso di dubbi circa la tutela dei diritti fondamentali della persona ricercata. Clausola anch'essa assente nella decisione quadro 2002/584; *Alchaster I*, sopra citata, punti 73-78.

[92] Il test deve consistere in una valutazione autonoma, ma simultanea, sia delle condizioni generali vigenti nel Paese, sia delle specificità della situazione individuale della persona ricercata; *Alchaster I*, sopra citata, punti 82-85.

In conclusione, la giurisprudenza analizzata indica l'esistenza di uno stretto legame tra la partecipazione di Paesi terzi allo spazio senza frontiere interne e il principio di reciproca fiducia. Il suddetto rapporto, però, risulta rovesciato rispetto a quello vigente nel contesto *intra*-UE. In quel frangente, si è detto, la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne si fondano sulla reciproca fiducia tra Stati membri, trovando quindi in quest'ultima il proprio presupposto. Nel contesto dei rapporti con i Paesi terzi, al contrario, l'esistenza e l'intensità della reciproca fiducia, la determinazione delle quali è necessaria per definire le modalità di applicazione dei meccanismi di reciproco riconoscimento in vigore, vengono ricavate dalla partecipazione dei suddetti Paesi all'*acquis* di Schengen e a determinati regimi normativi a questo collegati (come la procedura di consegna).

Secondo la visione in proposito offerta da Lenaerts (precedente agli sviluppi giurisprudenziali esaminati)[93], la *membership* e la condivisione dei valori fondanti dell'Unione permettono di presumere un elevato livello di reciproca fiducia tra Stati membri. In assenza di *membership*, invece, un simile livello di fiducia reciproca può instaurarsi «[…] by building a special relationship with the EU and by being equally committed to the values on which the EU is founded»[94]. In effetti, questo schema parrebbe coerente con il quadro teorico delineato nel contesto *intra*-UE, in cui la reciproca fiducia si basa sulla comunanza di valori alla base dello *status* di Paese membro. Eppure, l'esame dei passaggi delle sentenze sopra riportati non supporta inequivocabilmente questa versione e, anzi, la giurisprudenza risulta piuttosto ambigua a riguardo.

Da un lato, l'impostazione del Presidente Lenaerts potrebbe trovare appoggio in una determinata lettura di *Ruska Federacija*, che valorizzi in particolare un punto iniziale della sentenza[95]. In esso la Corte richiama il secondo considerando del preambolo dell'accordo SEE, facente riferimento alle «relazioni privilegiate» tra (ora) l'UE e i Paesi dell'Area europea di libero scambio, in quanto «fondate sulla vicinanza, su una secolare comunanza di valori e sull'identità europea»[96]. In effetti, questo passaggio potrebbe intendersi come sotteso all'intero ragionamento della Corte. In questo senso, la condivisione dei valori rappresenterebbe il vero argomento per cui

[93] K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, S. Adam, *op. cit.*, p. 71.

[94] *Ibid*.

[95] *Ruska Federacija*, sopra citata, punto 50.

[96] Considerando n. 2 dell'accordo SEE. Cfr. F. Casolari, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri: riflessioni sulle traiettorie del costituzionalismo europeo*, in questa *Rivista*, fasc. spec. n. 1, 2024, p. 267 ss., p. 287.

la pronuncia, oltre a equiparare la situazione dei cittadini islandesi a quella dei cittadini dell'UE ai fini di *Petrhhuin*, considererebbe analoga a quella interna anche la fiducia nel reciproco rispetto dei diritti fondamentali, come sosterrebbe autorevole dottrina[97].

Dall'altro lato, la sentenza non è esplicita nell'attribuire tale rilevanza alla comunanza valoriale espressa nel preambolo dell'accordo SEE, né questo argomento viene ripreso nelle successive pronunce. Paradigmatico, in questo senso, è il caso di *Alchaster I*. Nella sentenza, infatti, non vi si fa alcun riferimento al tema dei valori, mentre, come rilevato sopra, gli argomenti dirimenti per la distinzione tra la situazione del Regno Unito e quella di Islanda e Norvegia vertono sul fatto che il Regno Unito non partecipa allo spazio senza frontiere interne, sull'assenza di riferimenti alla reciproca fiducia nel preambolo dell'ASCC e sulle differenze tra il meccanismo di consegna in esame e il MAE[98].

Eppure, come visto, la condivisione di valori comuni tra le Parti è espressamente menzionata dalle disposizioni dell'ASCC e quindi, se considerata, avrebbe potuto persino giustificare una tesi contrapposta a quella sostenuta dalla Corte[99]. A tal proposito, era stata proposta in dottrina la nozione di «reciproca fiducia essenziale» tra UE e Regno Unito, circoscritta all'ambito di cooperazione penale prevista dall'ASCC e fondata su quei valori condivisi dalle Parti secondo l'ASCC stesso[100]. Da parte sua, la Corte ha intrapreso una strada totalmente diversa, che ignora l'elemento valoriale. In vista di ciò, sembrerebbe contraddittorio basare la reciproca fiducia nei rapporti con Islanda e Norvegia sulla comunanza valoriale di cui al preambolo dell'accordo SEE, che ha ad oggetto le libertà del mercato[101], mentre si prescinde dal richiamo ai valori contenuto nell'ASCC, proprio nella sezione riguardante la cooperazione in materia penale.

[97] M. Cremona, N.N. Shuibhne, *Integration, Membership, and the EU Neighbourhood*, in *CMLR,* Vol. 59, Issue SI, 2022, p. 155 ss., pp. 169-170.

[98] Cfr. S. Stokke, *op. cit.*, pp. 7-8.

[99] Per una critica alla sentenza, si veda A. Rosanò, *Se mi lasci, non vale*, *op. cit.*, p. 85 ss.

[100] L. Grossio, *op. cit.*, p. 133 ss.

[101] Tuttavia, per quanto, in *Ruska Federacija*, la Corte sostenga che bisogna considerare gli obiettivi del SEE alla luce del considerando n. 2 di tale accordo (*Ruska Federacija*, sopra citata, punto 50), si rammenta che la Corte stessa aveva in passato specificato le differenze tra gli obiettivi di integrazione europea, perseguiti dall'allora Comunità economica europea, e gli obiettivi dell'accordo SEE. Cfr. parere della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, punti 15-21. Per un commento al parere, si rimanda a A. Lang, *L'accordo sullo spazio economico europeo e la compatibilità col diritto comunitario*, in *DCI*, 1992, p. 575 ss.

Invero, ciò potrebbe essere legato alla situazione specifica del Regno Unito, quale *ex* stato membro dell'Unione[102], nonché alle differenze tra l'ASCC e l'accordo SEE. Secondo Cremona e Shuibhne, infatti, mentre il primo accordo rappresenterebbe un «transactional agreement», il secondo sarebbe connotato da uno spirito integrazionista, fondato proprio sulla reciproca fiducia tra le parti[103].

D'altro canto, si nota che non viene fatto riferimento ai valori né in *JR*, in cui pure (come visto) si menzionano le relazioni privilegiate tra l'UE e la Norvegia, né in *Sofiyska gradska prokuratura*.

Inoltre, è bene considerare che, come spiegano anche Cremona e Shuibhne, la *membership* all'Unione «[…] is not only a matter of accepting the values of Article 2 TEU but also of accepting the "conditions of eligibility" defined by the European Council the Union's acquis and the "essential characteristics" of the "new legal order," including primacy and direct effect, ensuring its implementation and enforcement»[104]. Si è visto nella seconda sezione di questo contributo che la reciproca fiducia tra Paesi membri, oltre a fondarsi sui valori comuni agli Stati membri, si inserisce organicamente all'interno del quadro costituzionale dell'UE, legandosi alle altre caratteristiche essenziali e ai principi strutturali di quest'ultimo, come il principio di uguaglianza e quello di leale cooperazione. Tutti elementi, questi, che non sussistono in assenza di *membership*[105]. Pertanto, anche posta la presenza di un assetto valoriale comune all'UE e all'Islanda e alla Norvegia, è legittimo chiedersi se ciò sia sufficiente a giustificare una reciproca fiducia da cui derivino obblighi equivalenti a quelli previsti nell'ordinamento interno dell'UE. Obblighi che, lo si ricorda, sono volti a limitare la discrezionalità degli Stati membri nell'applicazione dei

[102] La circostanza che, con la perdita della *membership*, venga meno anche l'elevato livello di reciproca fiducia prima esistente è certamente in linea con il peso specifico attribuito alla qualifica di Paese membro e ai valori ad essa sottesi. Secondo la metafora usata da Casolari, infatti, con l'uscita, sarebbero svaniti i «21 grammi dell'integrazione europea»; F. Casolari, *La proiezione esterna dei valori dell'Unione europea nelle relazioni con un ex Paese membro*, in questa *Rivista*, n. 2, 2025, p. 183 ss.

[103] M. Cremona, N.N. Shuibhne, *op. cit.*, p. 170-171. Cfr. anche F. Casolari, *Il processo di europeizzazione delle identità nazionali degli Stati membri*, *op. cit.*, pp. 287-288. Più in generale, in argomento, si veda anche C.N.K. Franklin, *Diffusion and Differentiation of EU Norms in the EEA*, in D. Fromage (ed.*), Redefining EU Membership*, Oxford, 2024, p. 210 ss.

[104] *Ivi*, p. 162.

[105] L'accordo SEE, in effetti, contiene una disposizione che prevede la leale cooperazione tra le parti, ma con riguardo all'ambito di applicazione e agli scopi dell'accordo stesso; art. 3 dell'accordo SEE.

meccanismi di reciproco riconoscimento e incidono sulle modalità di tutela dei diritti fondamentali a disposizione degli individui.

In assenza di una presa di posizione più netta da parte della CGUE, dunque, più che su un fondamento assiologico equivalente a quello che caratterizza il principio nella dimensione *intra*-UE, l'esistenza di un elevato livello di reciproca fiducia nei rapporti con tali Paesi terzi e gli obblighi che da questo discendono sembrano doversi derivare dalla vigenza di determinati accordi internazionali che regolano i rapporti tra questi Paesi e l'Unione. Tali obblighi si basano, quindi, sul consenso delle parti ai sensi del diritto internazionale dei trattati[106], in continuità con quanto notato nella terza sezione di questo contributo. Tra questi accordi, sembra venire riconosciuta significativa rilevanza a quelli relativi alla partecipazione allo spazio senza frontiere interne.

5. *Riflessioni conclusive: ripensare la reciproca fiducia nell'ambito dei rapporti con i Paesi terzi che partecipano allo spazio senza frontiere interne*

Da quanto precede, regimi di cooperazione quali quelli in materia di consegna dei ricercati possono essere classificati in diverse tipologie, a seconda del grado di fiducia sotteso al rapporto.[107] A tal riguardo, l'AG Medina individua tre livelli di cooperazione, elencati dal più al meno intenso, in base ai soggetti che vi prendono parte: «[…] gli Stati membri dell'Unione, nei quali la fiducia reciproca è alla base dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; in secondo luogo, alcuni Paesi terzi, in particolare taluni Stati dello Spazio economico europeo, quali l'Islanda e la Norvegia, che intrattengono relazioni privilegiate con l'Unione europea; e, in terzo luogo, altri Paesi terzi»[108]. Questa terza categoria ha natura residuale e

[106] Esplicativi in quest'ottica sono i passaggi di *Alchaster I* in cui, da un lato, si ricorda che la reciproca fiducia tra Stati membri è basata sulla premessa fondamentale della comunanza dei valori. Dall'altro lato, subito di seguito, si afferma che un elevato livello di reciproca fiducia tra Stati membri e taluni Paesi terzi può essere istituito da un accordo internazionale; *Alchaster I*, sopra citata, punti 61-68.

[107] Cfr. conclusioni dell'Avv. gen. Szpunar, 27 giugno 2024, C-202/24, *Alchaster*, punto 38. Secondo Mancano, si può escludere un paradigma binario per cui «EU State = trust/non-EU State = distrust»; L. Mancano, *Trust Thy Neighbour?*, *op. cit.*, p. 513. Più in generale, anche Willems parla di varie gradazioni di fiducia; A. Willems, *op. cit.*, p. 172. Sul punto anche L. Grossio, *op. cit.*, p. 135; si veda a riguardo anche A. Rosanò, *Se mi lasci, non vale*, *op. cit.*, p 88.

[108] Conclusioni dell' AG Medina, del 4 dicembre 2025, C-528/24, *Boothnesse*, punto 39.

comprende la generalità degli Stati terzi, nei rapporti con i quali il grado di fiducia è il minore. Si tratta di quei Paesi come Russia e USA, ai quali si estende la giurisprudenza *Petruhhin*, ma anche, sembrerebbe, del Regno Unito[109]. In *Alchaster I*, la Corte non mette espressamente quest'ultimo sullo stesso piano degli altri Stati terzi. Tuttavia, applica al caso del meccanismo di consegna previsto dall'ASCC un test, *mutatis mutandis*, analogo a quello di *Petruhhin*[110]. Certo è che, come si è visto, il livello di fiducia nei confronti del Regno Unito è inferiore rispetto a quello verso Islanda e Norvegia, le quali, invece, si distinguono dagli altri Paesi terzi in virtù del loro rapporto speciale con l'Unione e i suoi Stati membri, risultante dalle relazioni pattizie stabilite.

Meno chiaro, piuttosto, è quanto effettivamente "elevato" sia il livello di fiducia reciproca nei confronti di quest'ultima coppia di Stati, e se sia o meno pari a quello esistente tra gli Stati membri, anche alla luce delle considerazioni svolte nella sezione precedente. Nella sua classificazione, l'AG Medina sembra differenziare la situazione dell'Islanda e della Norvegia rispetto a quella delle relazioni interne all'Unione. Sulla scorta della giurisprudenza analizzata, in effetti, si potrebbe persino sostenere che quella esterna e quella *intra*-UE rappresentino due forme di reciproca fiducia qualitativamente diverse, poiché fondate su presupposti differenti. Come si è visto, infatti, la reciproca fiducia tra Stati membri viene considerata dalla Corte come fondata sulla comunanza dei valori inerente alla *membership*. È da questa premessa che trae origine l'obbligo per gli Stati membri di presumere il rispetto del diritto dell'UE e, in particolare, dei diritti fondamentali da parte di tutti gli altri Stati membri. Diversamente, la reciproca fiducia tra Stati membri e i citati Stati terzi deriva dalla presenza di determinati accordi internazionali tra questi ultimi e l'Unione, in particolare quelli volti a includere tali Stati nello spazio senza frontiere interne. Ci si trova, dunque, al di fuori del processo di integrazione specifico dell'Unione e si rientra, piuttosto, nell'ambito della

[109] Di questo avviso sembra essere l'Avv. gen. Medina (*ibid.*).

[110] *Petruhhin*, sopra citata, punti 82 e 85.

cooperazione internazionale[111], sia pur privilegiata[112]. A fronte di queste differenze, si potrebbe concludere nello stesso senso dell'AG Medina[113]. Inoltre, in termini pratici, sarebbe lecito domandarsi se la partecipazione all'*acquis* di Schengen e ad altri regimi normativi ad esso collegati sia tale da giustificare una presunzione così forte come quella operante nel contesto *intra*-UE[114].

A quest'ultima questione, la CGUE parrebbe rispondere affermativamente. Infatti, anche se essa non si è mai finora pronunciata sull'applicazione del test in due fasi di *Aranyosi e Căldăraru* (cioè il più stringente) al caso del meccanismo di reciproco riconoscimento in vigore con Islanda e Norvegia[115], dal tenore di *Sofiyska gradska prokuratura* e di *Alchaster I* (in questo secondo caso, *a contrario*) ci si può ragionevolmente aspettare che, se si presentasse l'occasione, la Corte si esprimerebbe in senso favorevole a tale applicazione, in analogia con la giurisprudenza sul MAE[116]. Almeno agli occhi della CGUE, quindi, la partecipazione dei Paesi terzi allo

[111] A tal riguardo, si nota che il concetto di fiducia reciproca tra le parti di un accordo non è estraneo al diritto internazionale, e si lega al principio di buona fede. Come affermato dalla Corte internazionale di giustizia: «[t]rust and confidence are inherent in international co-operation»; Corte internazionale di giustizia 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, punto 49. Sul punto C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, *op. cit.*, p. 65. A tal riguardo, è interessante notare che, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la reciproca fiducia tra Stati membri dell'UE «[…] reflects the Court's own general assumption that the Contracting States of the Council of Europe will respect their international law obligations»; Corte EDU 18 marzo 2014, ric. n. 46706/08, *Ignaoua/Regno Unito*, punto 55. Spostare dunque il discorso verso la dimensione della cooperazione internazionale non impedisce il ricorso al concetto di reciproca fiducia.

[112] Cremona e Shuibhne parlano a riguardo di «*almost* membership»; M. Cremona, N.N. Shuibhne, *op. cit.*, p. 177.

[113] Diversamente, l'Avv. gen. Kokott ha sostenuto che, tramite il preambolo dell'accordo sulla procedura di consegna, l'Unione abbia espresso «una fiducia equivalente alla fiducia reciproca tra gli Stati membri»; conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, del 17 settembre 2020, C-488/19, *JR*, punto 61. A ciò si potrebbe obiettare che tale equivalenza poggerebbe comunque sui termini dell'accordo, riproponendosi quindi il quesito circa la natura qualitativa della reciproca fiducia verso i Paesi terzi.

[114] Cfr. L. Boháček, *op. cit.*, pp. 134-135.

[115] Come visto, in *Sofiyska gradska prokuratura* la Corte ha applicato *E.D.L.*, il quale rappresenta un caso con caratteristiche peculiari all'interno della giurisprudenza sui limiti della presunzione sottesa al funzionamento del MAE (*supra*, note 79-80). In argomento, si veda veda L. van der Meulen, *Another Exception to the Rule: the E.D.L. Case on EAW Surrenders of Seriously Ill Persons Case C-699/21, E.D.L. (Motifs de refus fondé sur la maladie), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 18 April 2023 EU:C:2023:295*, in *CMLR*, Vol. 61, n. 1, 2024, p. 223 ss.; L. Grossio, M. Rosi, *The Ultimate (but not the Only) Remedy for Securing Fundamental Rights in the EAW System? Some Reflections on Puig Gordi and E. D. L.*, in *EP*, Vol. 8, n. 2, 2023, p. 547 ss.

[116] Cfr. L. Mancano, *Trust Thy Neighbour?*, *op. cit.*, p. 506.

spazio senza frontiere interne parrebbe fungere da veicolo di una reciproca fiducia di pari intensità a quella operante sul piano dello SLSG.

A supporto di questa impostazione, sarebbe ipotizzabile un implicito parallelismo tra la giurisprudenza in materia di reciproca fiducia nei rapporti con Paesi terzi e quella con cui la CGUE è arrivata, nel tempo, a stabilire l'esistenza della reciproca fiducia tra gli Stati membri. In effetti, è stato osservato in dottrina come, a suo tempo, la Corte avesse desunto l'esistenza della reciproca fiducia *intra* UE dalla presenza di quei meccanismi di cooperazione basati sul reciproco riconoscimento a cui essa è sottesa[117]. Ciò è visibile a partire da *Gözütok e Brügge*[118], con riferimento al principio *ne bis in idem* di cui all'art. 54 CAAS, e poi da *Advocaten voor de Wereld*[119], da *Leymann e Pustarov*[120] e da *Wes*[121], in materia di MAE. In questi casi, in particolare, l'inferenza compiuta dalla Corte poggia su una visione della reciproca fiducia in chiave funzionalistica e teleologica, secondo cui quest'ultima deve ritenersi esistente poiché strumentale all'operare di detti meccanismi basati sul reciproco riconoscimento[122] e, quindi, all'effettività

[117] A. Willems, *op. cit.*, p. 107; T. Wischmeyer, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, Vol. 17, n. 03, 2016, p. 339 ss., p. 359; D. Flore, *La notion de confiance mutuelle: l'«alpha» ou l'«oméga» d'une justice pénale européenne?*, in G. de Kerchove, A. Weyembergh (sous la direction de), *op. cit.*, p. 17 ss., p. 19.

[118] Corte giust. 11 febbraio 2003, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e C-385/01, punto 33. Per un commento, si veda N. Thwaites, *Mutual Trust in Criminal Matters: The European Court of Justice Gives a First Interpretation of a Provision of the Convention Implementing the Schengen Agreement Judgment of the European Court of Justice of 11 February 2003 in Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Hüseyin Gözütok and Klaus Brügg*e, in *German Law Journal*, Vol. 4, n. 3, 2003, p. 253 ss.

[119] Corte giust. 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, punto 57.

[120] Corte giust. 1° dicembre 2008, *Leymann e Pustarov*, C-388/08 PPU, punto 50.

[121] In quest'ultima pronuncia la Corte parla di «[…] elevato livello di fiducia che *deve esistere* tra gli Stati membri», coniando la formula tuttora utilizzata; Corte giust. 28 giugno 2012, *Melvin West*, C-192/12 PPU, punto 53 (corsivo aggiunto).

[122] Come nota Flore, «[…] la confiance mutuelle est établie par ses effets: elle existe parce que la disposition concernée de la convention, qui organise une forme de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires étrangères, n'aurait pas été possible si la confiance n'avait pas existé. Là où le programme de mesures spécifiait que la reconnaissance mutuelle ne pouvait se réaliser que si une confiance réciproque existait, la Cour de justice déduit de l'existence de normes matérielles de reconnaissance l'existence antérieure d'une confiance mutuelle»; in D. Flore, *op. cit.*, p. 19. In senso analogo, anche V. Mitsilegas, *Mutual recognition*, *op. cit.*, p. 94; F. Maiani, S. Migliorini, *One Principle to Rule them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, Vol. 57, n. 1, 2020, p. 7 ss., p 13; M. Schwarz, *op. cit.*, p. 126; A. Willems, *op. cit.*, p. 83. Si vedano anche le conclusioni dell'Avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer, del 19 settembre 2002, *Gözütok e Brügge*, C-187/01 e C-385/01, punto 124.

del diritto dell'UE[123]. Si potrebbe pertanto sostenere che la giurisprudenza sull'estradizione verso Paesi terzi sia ispirata ad un ragionamento simile.

A ben guardare, però, tale approccio non è trasponibile *tel quel* ai rapporti con i Paesi terzi. Infatti, la giurisprudenza appena menzionata rimane strettamente legata al contesto interno all'Unione, alla creazione dello SLSG e al processo di integrazione dell'UE[124]. Inoltre, si deve ricordare che, a partire dal parere 2/13[125], la Corte ha stabilito e giustificato la portata prescrittiva attribuita alla reciproca fiducia *intra* UE[126] proprio sulla base di quella interpretazione di tipo assiologico[127] dalla quale è scaturita la teoria costituzionale di cui si è dato conto nella seconda sezione di questo contributo.

Pertanto, per valutare il livello e, così, gli effetti (cioè l'intensità del test per sospendere il riconoscimento reciproco nel caso di specie) della reciproca fiducia nei confronti di Paesi terzi, non si può prescindere dal considerare la sua diversa origine rispetto a quella tra Stati membri: il consenso internazionalistico. Del resto, accogliere l'argomento della differenza qualitativa tra forme di reciproca fiducia non significa necessariamente escludere la possibilità che il meccanismo di consegna con Islanda e Norvegia funzioni come il MAE. A tale differenza, infatti,

[123] C. Sáenz Pérez, *op. cit.*, p. 538.

[124] A tal riguardo, Rizcallah parla di «utilitarian interpretation of trust», che considera la fiducia come uno strumento di integrazione; in C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, *op. cit.*, pp. 249-250. In maniera simile, H. Labayle, *op. cit.*, pp. 473-474. Questo aspetto traspare anche in conclusioni dell'Avv. gen. Ruiz-Jarabo Colomer, del 19 settembre 2002, C-187/01 e C-385/01, *Gözütok e Brügge*, punto 124, dell'Avv. gen. Bot, del 15 dicembre 2015, C-486/14, *Kossowski*, punti 43-44. In effetti, si può osservare che gli strumenti giuridici al cui funzionamento la reciproca fiducia è strumentale sono essi stessi considerati volti al processo di integrazione. La CAAS, in particolare, si basa sull'accordo Schengen, il quale, nonostante sia nato come accordo internazionale esterno all'ordinamento dell'UE, rimanda espressamente all'obiettivo di «[un'] unione sempre più stretta fra i popoli degli Stati membri»; accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni firmato a Schengen il 19 giugno 1990, del 22 settembre, considerando n. 1 (si veda anche il primo considerando del protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea del Trattato di Amsterdam). Quanto al MAE, si rimanda a quanto osservato in precedenza (*supra*, nota 18).

[125] *Supra*, nota 21.

[126] Cfr. A Willems, *op. cit.*, p. 97. Sul punto anche F. Maiani, S. Migliorini, *op. cit.*, 29. In precedenza, la reciproca fiducia veniva considerata come elemento fattuale, cioè come pre-condizione di fatto del funzionamento dei meccanismi di reciproco riconoscimento in vigore. Si veda *ivi*, pp. 12-14; M. Schwarz, *op. cit.*, p. 126.

[127] C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust in European Union Law*, *op. cit.*, p. 248-249.

potrebbe nondimeno accompagnarsi un'equivalenza di tipo quantitativo, cioè inerente all'intensità del test, ancorché fondata su presupposti diversi.

Per giungere a questo risultato, è possibile una lettura della giurisprudenza che riconsideri (o metta a fuoco più nitidamente) gli argomenti della Corte e, al contempo, faccia salve le differenze rispetto alla dimensione *intra*-UE. Il punto di partenza è che, come nota la Corte stessa[128], la reciproca fiducia instaurata con Islanda e Norvegia si fonda sul diritto internazionale pattizio. La sua portata deve quindi essere definita secondo un'interpretazione dell'accordo sulla procedura di consegna ai sensi delle norme di interpretazione consuetudinarie, come codificate dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[129]. Un'interpretazione, dunque, in buona fede, che guardi al testo, al contesto, all'oggetto e allo scopo delle disposizioni in esame, e che tenga in considerazione anche il contesto più ampio delle relazioni pattizie tra UE e tali Stati, ove rilevanti[130]. Le pronunce analizzate non rinviano espressamente a queste modalità esegetiche. Tuttavia, a ben guardare, neppure sono con esse incompatibili.

Per quanto attiene all'aspetto testuale e contestuale, infatti, è possibile rifarsi a due di quegli stessi elementi vagliati dalla Corte, cioè la presenza (o assenza, nel caso dell'ASCC) di una menzione della reciproca fiducia nel

[128] Supra, nota 106.

[129] Cfr. Corte giust. 22 gennaio 2026, *Vlaams Gewest*, C-413/24, punto 42; conclusioni dell'Avv. gen Medina, del 4 dicembre 2025, C-528/24, *Boothnesse*, punto 36; L. Grossio, *op. cit.*, p. 129. In argomento, si veda anche S. Saluzzo, *The Court of Justice of the European Union and the Relevance of the Vienna Convention on the Law of Treaties to International Agreements Concluded with Third Countries*, in G. Pascale, S. Tonolo (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties the Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, 2022, Napoli, p. 473 ss.; F. Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, pp. 131-139. Più in generale, K. Lenaerts, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020.

[130] Cfr. Corte giust. febbraio 2010, *Brita*, C-386/08, punto 43. Si tratta del principio di integrazione sistemica, secondo cui l'interpretazione di un trattato deve tener conto «[…] di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti», come da art. 31, par. 3, lett. *c*), CVDT. In argomento, si veda S. Saluzzo, *op. cit.*, pp. 481-485; K. Lenaerts, *Les méthodes d'interprétation*, *op. cit.*, pp. 77-83; F. Casolari, *Prime (difficili) applicazioni del principio di integrazione sistemica da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDI*, 2011, vol. 94, p. 433 ss. Secondo Bartoloni, tale metodo interpretativo sarebbe stato impiegato anche in *Ruska Federacija*, ai fini dell'estensione della dottrina *Petruhhin* ai cittadini norvegesi; M.E. Bartoloni, *op. cit.*, p. 589 ss. L'Autrice aveva individuato i limiti del ricorso ad un'interpretazione sistemica in quel caso, in vista «[de]i caratteri di specialità ed unicità che la giurisprudenza continua, insistentemente, ad attribuire all'Unione europea»; *ivi*, p. 597. Per questo si ritiene che l'uso proposto di tale tecnica interpretativa, per determinare le modalità applicative del principio nella dimensione esterna, non possa avere per esito quello di stabilirne un'identità qualitativa rispetto alla reciproca fiducia *intra*-UE.

testo dell'accordo e le somiglianze (e le differenze, nel caso dell'ASCC) tra il meccanismo di consegna e il MAE. La questione della partecipazione a Schengen, invece, assume un ruolo centrale in chiave teleologica e sistemica. In particolare, essa può avere una duplice rilevanza. In primo luogo, si può intendere l'istituzione del meccanismo di consegna con Islanda e Norvegia come strumentale alla partecipazione dei Paesi allo spazio senza frontiere interne[131], analogamente al MAE rispetto allo SLSG[132]. In questa prospettiva, il livello di reciproca fiducia, che permette la (semi-)automaticità della consegna e, così, una maggior efficacia della lotta all'impunità in un contesto di libera circolazione, viene desunto dalle esigenze di effettività degli accordi di adesione all'area Schengen[133]. In secondo luogo, *ad adiuvandum*, si può confermare l'esistenza e l'entità della reciproca fiducia tra le parti dalla presenza di altri istituti dell'*acquis* di Schengen a loro volta espressione di reciproca fiducia, come il principio di *ne bis in idem* di cui all'art. 54 della CAAS[134].

Seguendo l'interpretazione contestuale, teleologica e sistemica proposta, si ottengono due risultati. In primo luogo, riguardo al modello teorico del rapporto tra reciproca fiducia e partecipazione allo spazio senza frontiere, si delinea anche sul piano esterno un'interrelazione di

[131] Questo spiegherebbe le differenze rispetto al caso del Regno Unito. Sul punto S. STOKKE, *op. cit.*, p. 10.

[132] Analogamente al MAE, anche la procedura di consegna persegue l'obiettivo di semplificare e velocizzare l'estradizione, sostituendosi ai regimi di cooperazione intergovernativa di diritto internazionale preesistenti tra le Parti; cfr. decisione quadro 2002/584, considerando nn. 1, 5, 7 e 11, e art. 31, par. 1, e accordo sulla procedura di consegna, considerando nn. 1 e 4 e art. 34, par. 1. Sul significato e sulla portata di questo passaggio nel contesto del MAE, si veda T. KONSTADINIDES, *The Europeanisation of Extradition: How Many Light Years away to Mutual Confidence?*, in C. ECKES, T. KONSTADINIDES (eds.), *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge, 2011, p. 192 ss.

[133] In aggiunta, si potrebbero considerare anche le esigenze legate alla circolazione delle persone di cui alle libertà del mercato previste dall'accordo SEE, tra i cui obiettivi principali vi è precipuamente quello «[…] di realizzare nella massima misura possibile la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali nell'intero Spazio economico europeo»; Corte giust. 23 settembre 2003, C-452/01, *Ospelt*, punto 29. In questo contesto, l'elemento valoriale di cui al considerando n. 2 dell'accordo SEE potrebbe rafforzare l'interpretazione teleologica proposta. Cfr. P. CHRISTIANSEN, *op. cit.*, p. 287.

[134] Come visto *supra* (nota 53), la reciproca fiducia sottesa a questo istituto vale anche nei confronti dei Paesi terzi che hanno aderito a tale regime normativo. Inoltre, la CGUE stessa ha chiarito che il principio di *ne bis in idem* di cui all'art. 3, par. 2, della decisione quadro 2002/584 debba interpretarsi analogamente a quella *ex* art. 54 della CAAS. Ragionevolmente, lo stesso potrebbe dirsi del principio di cui all'art. 4, par. 2, dell'accordo sul meccanismo di consegna, a sua volta analogo alla citata disposizione della decisione quadro 2002/584; Corte giust. 16 novembre 2010, C-261/09, *Mantello*, punto 40.

strumentalità tra la prima e la seconda, simile a quella che caratterizza il modello *intra*-UE, superando l'apparente schema inverso riscontrato nella disamina della giurisprudenza in materia di estradizione. In secondo luogo, per quanto attiene alle modalità operative del principio di reciproca fiducia nei confronti di Islanda e Norvegia, si può riconoscere in capo ad esso una portata prescrittiva equivalente a quella dispiegata sul piano sovranazionale, altresì distinguendo la posizione di questi Paesi da quella del Regno Unito e degli altri Stati terzi. In definitiva, per questa via è possibile arrivare alle stesse conclusioni della Corte senza – e qui sta il punto – necessità di riprodurre o fare riferimento a quel quadro teorico in cui si inserisce la reciproca fiducia tra Stati membri, peculiare alla dimensione *intra*-UE[135].

A fronte di ciò, ci si chiede perché la Corte abbia preferito restare vaga in merito, lasciando il dubbio circa il fondamento della reciproca fiducia nei confronti di Paesi terzi. Una prima ipotesi è che abbia inteso mantenere la porta aperta a possibili sviluppi giurisprudenziali, che valorizzino ulteriormente quella relazione definita come privilegiata con Islanda e Norvegia, al fine di distinguere ulteriormente questi ultimi dal resto della moltitudine dei Paesi terzi con cui l'Unione intrattiene relazioni, in senso integrazionistico[136]. Un'altra eventualità, non necessariamente alternativa alla prima, è che il diritto internazionale dei trattati risultasse non del tutto convincente al fine di stabilire e giustificare una presunzione così stringente, da cui potrebbe potenzialmente derivare una compressione dei diritti fondamentali della persona ricercata nel caso singolo[137]. Infatti, bisogna

[135] Anche la nozione di reciproca fiducia essenziale proposta da Grossio si basa su un'interpretazione di stampo internazionalistico del meccanismo di consegna dell'ASCC; cfr. *supra*, nota 100.

[136] La Corte potrebbe cioè seguire la stessa impostazione già vista in *Ruska Federacija* quanto all'equiparazione della situazione dei cittadini islandesi a quella dei cittadini europei ai fini dell'applicazione della formula *Petruhhin*; *supra*, nota 66. Usando le parole di Fredriksen e Hillion, in quel caso, «[t]he Court thus develops the law of European integration beyond EU membership» (H.H. Fredriksen, C. Hillion, *op. cit.*, p. 853), tramite un «[…] holistic approach where all the agreements form part of one special relationship, and where this informs the interpretation of them all» (*ivi*, p. 860). Si veda inoltre *ivi*, p. 869. Anche Cremona fa riferimento a *Ruska Federacija* quando parla di «[…] integration relationship founded upon the EEA […] supplemented by other agreements, including Schengen and an agreement which essentially extends the EAW to Iceland and Norway»; M. Cremona, *EU External Action – Learning from Brexit*, in *Federalismi.it*, fasc. 10/2022, p. 251 ss., p. 256. Più in generale, sull'argomento, si veda anche N.N. Shuibhne, *Why and to What Extent is EU Law on the Free Movement of Persons 'Shareable' with the EEA?*, in *MJECL*, 2025, Vol. 32, n. 2, p. 120 ss.

[137] Su questo rischio, si vedano le conclusioni dell'Avv. gen. Capeta, del 13 luglio 2023, *GN*, C-261/22, punto 30. Come nota l'Avv. gen. (*ibid.*), tale rischio viene tollerato proprio

rammentare che gli accordi internazionali conclusi dall'UE hanno pur sempre rango inferiore alla CDF. Quindi, l'ambiguità della Corte potrebbe forse doversi all'assenza di un argomento sufficientemente forte quale quello assiologico sul piano interno.

D'altro canto, un'impostazione più esplicitamente internazionalistica potrebbe rendere più agevole il dialogo con i giudici nazionali islandesi e norvegesi. Infatti, quand'anche la CGUE dovesse in futuro ribadire la somiglianza (quantitativa, o persino qualitativa) della fiducia nei confronti di Islanda e Norvegia con quella *intra*-UE, non può darsi per scontato che le autorità nazionali dei suddetti Paesi siano inclini ad accettarla. Il governo norvegese, per esempio, era intervenuto in *Ruska Federacija* per sostenere che l'accordo sul meccanismo di consegna non avesse «[…] un obiettivo di fiducia reciproca equivalente a quello della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo o all'obiettivo di cui all'articolo 3, paragrafo 2, TUE»[138]. Inoltre, i giudici di tali Paesi potrebbero essere portati ad applicare test meno stringenti di quelli della CGUE per derogare all'esecuzione del mandato d'arresto, specie in casi in cui si assista ad un serio deterioramento dello Stato di diritto nei Paesi membri richiedenti la consegna[139], anche considerando l'approccio in parte differente della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto a quello della CGUE con riguardo al rapporto tra meccanismi di reciproco riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali[140].

A fronte di simili rischi di divergenza nell'applicazione del meccanismo di consegna, il relativo accordo contiene una disposizione secondo cui «[…] in considerazione dell'obiettivo di assicurare un'applicazione e un'interpretazione il più possibile omogenee delle disposizioni del presente accordo, [le Parti] si tengono costantemente aggiornate sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e di quella

in virtù della presunzione prevista dalla reciproca fiducia. Tuttavia, si è detto che, sul piano interno, tale presunzione è stata giustificata tramite l'argomento valoriale.

[138] Conclusioni dell'Avv. gen. Tanchev, del 27 febbraio 2020, C-897/19 PPU, *Ruska Federacija*, punto 59. Sul punto anche A. Rosanò, *Se mi lasci, non vale*, *op. cit.*, p. 88.

[139] Sul punto C. Hillion, *The EU External Action as Mandate to Uphold The Rule of Law Outside and Inside the Union*, in *CJEL*, Vol. 29(2), Special Issue 2023, p. 228 ss., 269-270. Cfr. E. HolmøyvikA, *Norwegian Court Suggests Surrender to Poland under the EAW Should Be Suspended in General*, in *Verfassungsblo*g, 2 novembre 2021.

[140] *Inter alia*, E. Di Franco, M. Correia de Carvalho, *Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?*, in *EP*, vol. 8, 3, 2023, p. 1221 ss; C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights*, *op. cit.*, pp. 14-15.

dei competenti tribunali islandesi e norvegesi, relativa a dette disposizioni nonché alle disposizioni di analoghi strumenti relativi alla consegna»[141].

Questa clausola non concerne specificamente la reciproca fiducia né tantomeno ne chiarisce la natura o il livello instaurato nei rapporti tra le Parti. Nondimeno, essa riguarda le modalità di applicazione del meccanismo di cooperazione instaurato e, quindi, anche di quella presunzione di espressione del principio di reciproca fiducia che è sottesa al funzionamento del meccanismo, rispetto alla quale si auspica una convergenza nella prassi delle Parti. A tal fine, la clausola prevede un dialogo a distanza tra le autorità giudiziarie delle Parti, che può indurre i giudici dei due Paesi terzi a prendere in debita considerazione la giurisprudenza della CGUE in materia di MAE.

Se, quindi, la prassi dovesse effettivamente uniformarsi e ricalcare quella interna del MAE, ciò avverrebbe sulla base di questa disposizione di diritto pattizio, nonché della volontà delle Parti e delle loro autorità nazionali di darne seguito[142]. Non, dunque, su una necessità intrinseca alla natura della relazione instaurata, né tantomeno su obblighi derivanti dall'impianto valoriale ad essa sotteso, come invece avviene nel contesto *intra*-UE. Pertanto, se la CGUE facesse proprio il linguaggio del diritto internazionale, agirebbe senz'altro in linea con la reciprocità internazionalistica che contraddistingue i rapporti in esame e, a sua volta, ciò potrebbe agevolare l'assestamento su una posizione con essa condivisa da parte dei corrispettivi islandesi e norvegesi. Si attendono dunque future pronunce, per capire quale approccio la Corte intenderà seguire[143].

[141] Art. 37 dell'accordo sulla procedura di consegna.

[142] La clausola non sembra porre obblighi di risultato e, in ogni caso, non trova nell'accordo meccanismi che ne assicurino l'esecuzione e il rispetto. Inoltre, l'accordo non prevede una clausola compromissoria che permetta di rivolgersi ad una giurisdizione terza per risolvere eventuali controversie tra le Parti (si veda l'art. 36 dell'accordo sulla procedura di consegna), né tantomeno di rivolgersi alla CGUE in ultima istanza, come invece avviene nel caso dell'accordo SEE secondo il suo art. 111, par. 3.

[143] L'esatta portata e i limiti della reciproca fiducia sul piano esterno potranno essere definiti in via pretoria passo dopo passo e di caso in caso, analogamente a quanto avvenuto nel contesto *intra*-UE. Cfr. C. Rizcallah, *The Principle of Mutual Trust and the Protection of Fundamental Rights*, *op. cit*. Più in generale, sull'approccio «stone-by-stone» della CGUE, si rimanda a K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, in *FILJ*, Volume. 36, n. 5, 2013, p. 1302 ss., p. 1351.

6. *Epilogo*

L'indagine svolta porta a stabilire l'esistenza di uno stretto legame tra reciproca fiducia e partecipazione allo spazio senza frontiere interne regolato dall'*acquis* di Schengen e da strumenti di cooperazione ad esso collegati, sia sul piano dei rapporti tra Stati membri, sia su quello dei rapporti tra l'Unione e i Paesi terzi. Nel primo caso, il modello teorico volto a descrivere questa relazione è stato tracciato da un'ormai consolidata giurisprudenza della CGUE, nonché ampiamente descritto in dottrina. In sintesi, il modello vede la reciproca fiducia, da un lato, strumentale alla creazione e al mantenimento dello spazio senza frontiere interne e, dall'altro lato, fermamente connessa alla *membership* nonché fondata sui valori di cui all'art. 2 TUE. Tale schema si rivela invece inadatto a illustrare il legame in esame nel contesto dei rapporti coi Paesi terzi, dove, come risulta dall'analisi giurisprudenziale condotta, la relazione tra reciproca fiducia e adesione all'*acquis* di Schengen sembra essere invece di natura inversa, l'entità della prima giustificandosi sulla seconda. In assenza di chiarimenti da parte della Corte circa un presunto fondamento valoriale della reciproca fiducia nei confronti di Paesi terzi, con riguardo a quest'ultima si propone un'interpretazione di tipo contestuale, teleologico e sistemico, seguendo le regole interpretative internazionalistiche. In particolare, riconoscendo nel consenso di diritto internazionale il fondamento della reciproca fiducia instaurata nei confronti di Stati terzi, una simile lettura permette di riaffermare il rapporto di strumentalità tra il principio e la partecipazione allo spazio senza frontiere interne anche nella dimensione esterna. Per di più, essa consente di riconoscere alla reciproca fiducia nei confronti di quegli Stati terzi che aderiscono a tale spazio i medesimi effetti dispiegati dal principio sul piano interno. Inoltre, e da ultimo, si ritiene che un approccio interpretativo ai sensi del diritto internazionale dei trattati possa risultare maggiormente condivisibile da parte dei giudici dei Paesi terzi coinvolti, favorendo così una convergenza nella prassi applicativa dei meccanismi di cooperazione informati dal principio tra l'Unione e i suoi partner.

Abstract (ita)

Il contributo intende analizzare come la reciproca fiducia contribuisca a definire l'estensione territoriale dello spazio senza frontiere interne, regolato dall'*acquis* di Schengen e dai meccanismi di cooperazione ad esso correlati. Dapprima, viene illustrata la dinamica del rapporto tra reciproca fiducia e partecipazione a tale spazio degli Stati membri, dando conto del quadro teorico emergente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla dottrina. Successivamente, l'indagine si interroga sull'esistenza e sulle caratteristiche di un simile rapporto nel caso della partecipazione allo spazio senza frontiere interne degli Stati terzi. A tal proposito, si prende in esame la giurisprudenza della Corte in materia di estradizione verso Paesi terzi, dalla quale risulta la presenza di una relazione tra reciproca fiducia e la partecipazione allo spazio senza frontiere interne di tali Paesi di segno apparentemente inverso rispetto a quella osservata nella dimensione interna. Muovendo da ciò, si svolgono alcune considerazioni finali su fondamento, natura e intensità della reciproca fiducia nei confronti dei Paesi terzi che partecipano allo spazio senza frontiere interne.

Abstract (eng)

This contribution analyses how mutual trust shapes the territorial scope of the area without internal borders based on the Schengen *acquis* and the related cooperation mechanisms. First, it illustrates the dynamics of the relationship between mutual trust and Member States' participation in the area without internal borders, considering the theoretical framework emerging from the Court of Justice's case law and literature. Subsequently, the study investigates the existence and characteristics of such a relationship in the case of third countries participating in the area without internal borders. To this end, the Court's case law on extradition to third countries is examined, which reveals the existence of a relationship between mutual trust and the participation of these countries in the Schengen *acquis* that appears to be the reverse of that observed within the Union. On this basis, some final considerations are made on the foundation, nature, and intensity of mutual trust towards third countries participating in the area without internal borders.

VISA SUSPENSION MECHANISM NELLA POLITICA DI ALLARGAMENTO: IL CASO DELLA GEORGIA

Natia Girsiashvili[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *Visa Suspension Mechanism*: dalla clausola di salvaguardia alla riforma del 2025. – 3. Il caso georgiano. – 4. Riflessioni conclusive a fronte della prima *Visa Strategy* europea.

1. *Introduzione*

Se per gli Stati membri dell'Unione europea la libertà di circolazione nello spazio Schengen costituisce un obiettivo già conseguito, per i Paesi candidati, o aspiranti tali, essa ha rappresentato nel tempo sia un traguardo necessario[1] sia un miraggio[2].

Attualmente, i Paesi candidati all'adesione sono Albania, Bosnia ed Erzegovina, Georgia, Moldova, Montenegro, Macedonia del Nord, Serbia, Ucraina e Turchia; a questi nove Stati si aggiunge il Kosovo che al momento detiene lo *status* di «potenziale candidato»[3]. Ad eccezione della Turchia, tutti i rimanenti Paesi figurano nell'allegato II del regolamento (UE) 2018/1806[4], che elenca i Paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo del visto per

[*] Dottoranda in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti, presso l'Università degli Studi di Palermo.

[1] La disciplina dei visti per soggiorni di breve durata rientra nell'*acquis* di Schengen e trova il suo fondamento giuridico nell'art. 77, par. 2, TFUE, che attribuisce all'Unione la competenza a adottare misure relative alla politica comune dei visti. I Paesi impegnati nel processo di adesione sono pertanto tenuti ad allineare progressivamente il proprio ordinamento a tale *acquis* ai sensi dell'art. 49 TUE. V. European Migration Network, National Contact Point Luxembourg, *Impact of Visa Liberalisation on Countries of Destination*, 2018, disponibile in https://emnluxembourg.uni.lu/wp-content/uploads/sites/225/2019/04/LU-EMN-NCP_VISA-LIBERALISATION-1.pdf.

[2] European Stability Initiative, *The White List Project. EU Policies on Visa-Free Travel for the Western Balkans*, *Background Paper*, 1° novembre 2008, disponibile in https://www.esiweb.org/sites/default/files/reports/pdf/esi_document_id_106.pdf.

[3] A. PAU, *Profili di statualità e riconoscimento quale ostacolo all'allargamento dell'UE. Il caso del Kosovo come «candidato potenziale»*, in *EUWEB Legal Essays. Global & International Perspectives*, n. 1, 2026, pp. 46-64.

[4] Regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo.

soggiorni di breve durata – 90 giorni su un periodo di 180[5] – all'atto di attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri.

Sebbene i Paesi candidati non siano gli unici a beneficiare del regime di esenzione dal visto, nel loro caso tale concessione è il risultato di accordi bilaterali, i cosiddetti *visa dialogue,* con finalità, nel lungo periodo, di ottenere il regime *visa-free* una volta raggiunti gli obiettivi previsti all'interno di tali accordi. Per i Balcani occidentali questi assumono la denominazione di *Visa Liberalisation Roadmaps*, mentre per Moldova, Ucraina e Georgia, i tre Paesi del Partenariato Orientale, prendono la forma di *Visa Liberalisation Action Plans* (VLAP)[6].

All'articolo 8 del soprammenzionato regolamento è disciplinato il cosiddetto *Visa Suspension Mechanism* (VSM): uno strumento che consente all'Unione di sospendere l'esenzione dal visto nei confronti di un Paese terzo in determinate circostanze.

Fino al 2024, tali circostanze erano prevalentemente riconducibili a problematiche legate alla gestione dei flussi migratori e alla sicurezza. Nel 2019, infatti, i Paesi Bassi tentarono, senza successo, di attivare il meccanismo nei confronti dei cittadini albanesi, in ragione dell'aumento delle attività criminali e delle domande di asilo considerate infondate[7]. Per contro, nel 2024 il meccanismo è stato integralmente attivato nei confronti della Repubblica di Vanuatu in relazione ai programmi di cittadinanza per investitori, ritenuti idonei a compromettere l'ordine pubblico e la sicurezza dello spazio Schengen[8].

[5] Il rispetto di tale limite viene verificato calcolando, per ciascun giorno di soggiorno, i giorni trascorsi nello spazio Schengen nei 180 giorni precedenti. Ne deriva che, sebbene i giorni a disposizione del cittadino siano 90, questi devono essere calcolati con riferimento a un periodo «dinamico» di 180 giorni. Per esempi pratici di calcolo del soggiorno si veda lo *Short-stay calculator* messo a disposizione dalla Commissione europea in https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/schengen/border-crossing/short-stay-calculator_en.

[6] Si tratta di un programma di azione dettagliato composto da quattro *benchmark*. Ognuno di questi *benchmark* è diviso in due fasi. La prima fase ha l'obiettivo di programmare e predisporre un quadro giuridico all'interno del Paese terzo, che funga da cornice normativa entro la quale il governo possa svolgere le attività previste nella seconda fase. Quest'ultima è volta all'implementazione delle misure necessarie per raggiungere gli obiettivi prefissati all'interno del VLAP. I *benchmark* sono poi ulteriormente divisi in quattro blocchi di azione: la sicurezza dei documenti; la gestione e integrazione dei confini, della migrazione e della politica d'asilo; l'ordine pubblico e la sicurezza; relazioni esterne e diritti fondamentali.

[7] Parlamento europeo, Servizio di Ricerca, *Visa Suspension Mechanism. Revision of Regulation (EU) 2018/1806, Implementation Appraisal*, PE 747.462, 2023, disponibile in https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/747462/EPRS_BRI(2023)747462_EN.pdf.

[8] Decisione (UE) 2022/2198 del Consiglio, dell'8 novembre 2022, sulla sospensione totale dell'applicazione dell'accordo di esenzione dal visto per soggiorni di breve durata tra

Tale impostazione è mutata radicalmente nel 2024. Nel settimo *Visa Suspension Mechanism Report* (*report*)[9] la Commissione ha avviato la valutazione dell'attivazione del VSM nei confronti della Georgia, alla luce delle recenti evoluzioni normative nel Paese in materia di diritti fondamentali[10].

In particolare, le principali situazioni problematiche hanno riguardato l'adozione della legge «sulla trasparenza dell'influenza straniera»[11] e del pacchetto legislativo sui «valori familiari e la protezione dei minori»[12], ritenuti idonei a compromettere il quadro giuridico generale di tutela dei diritti fondamentali e ad allontanare il Paese dalla vocazione euro-atlantica[13].

L'ottavo *report* ha segnato un ulteriore irrigidimento dell'approccio della Commissione[14], giacché alla constatazione della mancata attuazione delle raccomandazioni ha fatto seguito l'avvio della procedura di sospensione, formalizzata il 6 marzo 2026[15].

Le istituzioni hanno disposto l'attivazione del meccanismo nella sua prima fase nei confronti dei titolari di passaporti diplomatici, prevedendo, qualora il dialogo rafforzato[16] non produca risultati, l'estensione della misura a tutti i cittadini georgiani. Ciò comporterebbe il trasferimento della Georgia dall'Allegato II all'Allegato I del regolamento (UE) 2018/1806, che elenca i Paesi terzi soggetti all'obbligo di visto per l'attraversamento delle frontiere esterne dell'Unione.

l'Unione europea e la Repubblica di Vanuatu. Per un'analisi del caso v. H. Mcneill, G.W. Walton, *Passports, Prosperity and Problems: (Counter)geopolitical Narratives of Vanuatu's Citizenship by Investment Scheme*, in *Geopolitics*, vol. 30, n. 4, 2025, pp. 1795-1825.

[9] La relazione annuale con cui, dal 2017, la Commissione monitora il rispetto delle condizioni che giustificano il mantenimento del *regime visa-free* per i Paesi beneficiari dei *visa dialogue.*

[10] Commissione europea, *Settima relazione nell'ambito del meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto*, COM(2024) 571 final, 6 dicembre 2024, pp. 10-12.

[11] Cfr., *ivi*, par. 3.

[12] Cfr., *ivi*, *ibid*.

[13] Costituzione della Georgia, art. 78 (trad. dal georgiano, mia: «Integrazione nelle strutture europee ed euro-atlantiche»), secondo cui gli organi costituzionali devono adottare, nell'ambito delle rispettive competenze, «tutte le misure necessarie per garantire la piena integrazione della Georgia nell'Unione europea e nella NATO».

[14] Commissione europea, *Ottava relazione nell'ambito del meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto*, COM(2025) 792 final, 19 dicembre 2025, p. 10-12.

[15] Commissione europea, *Commission suspends visa-free travel for Georgian holders of diplomatic, service or official passports under the revised Visa Suspension Mechanism*, comunicato stampa, 6 marzo 2026, disponibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_26_564.

[16] Cfr. par. 2.

Il presente contributo intende mostrare che l'applicazione del meccanismo di sospensione dei visti nei confronti della Georgia segna la trasformazione dello strumento da clausola di salvaguardia17, tradizionalmente legata alla gestione della mobilità, in meccanismo di condizionalità18 nell'ambito della politica di allargamento. Ai fini della presente analisi, la condizionalità è concepita come strumento punitivo *ex post*, che opera mediante la revoca o la sospensione di un vantaggio precedentemente concesso dall'Unione, qualora lo Stato terzo beneficiario, il «recalcitrant third country»19, non rispetti più gli *standard* richiesti nell'ambito del processo di integrazione.

La tesi sarà sviluppata su tre livelli: in primo luogo, verranno ripercorse le tappe più significative dell'evoluzione del meccanismo dalla sua introduzione fino alla riforma del 2025; in secondo luogo, il contributo si soffermerà sull'applicazione del VSM al caso georgiano e sulle ragioni sottese alla decisione di attivazione; infine, l'analisi si concentrerà sulla prima *Visa Strategy* dell'Unione, che consolida il quadro normativo e conferma una concezione del regime di esenzione dai visti quale privilegio che può essere concesso solo al ricorrere di determinate condizioni.

2. Visa Suspension Mechanism*: dalla clausola di salvaguardia alla riforma del 2025*

Il VSM è stato introdotto per la prima volta nel 2013, come risposta d'emergenza all'aumento dei flussi migratori provenienti dai paesi dei Balcani occidentali subito dopo l'introduzione del regime *visa-free*[20]. Anche per tali Stati si trattava, come sarebbe avvenuto in seguito per i Paesi del Partenariato Orientale, di un primo segnale tangibile dell'integrazione europea[21].

[17] Cfr., *ibid*.

[18] Sul punto v. E. Fierro, *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, The Hague, 2003. Per un inquadramento più ampio della condizionalità quale strumento di *governance* europea v. anche P. Becker, *Conditionality as an Instrument of European Governance – Cases, Characteristics and Types*, in *JCMS*, vol. 63, n. 2, 2025, pp. 402-419.

[19] E. Fierro, *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, *op. cit.*

[20] European Migration Network, National Contact Point Luxembourg, *Impact of Visa Liberalisation on Countries of Destination*, *op. cit*., p. 14.

[21] L. Dynes, *The Impact of EU Visa Liberalization in the Western Balkans, in SAIS Journal,* 2022, disponibile in https://www.saisjournal.eu/article/71-The-Impact-of-EU-Visa-Liberalization-in-the-Western-Balkans.cfm.

In risposta alla crisi, e su pressione di alcuni Stati membri[22], fu introdotta, mediante il regolamento (UE) n. 1289/2013, una clausola di salvaguardia[23] all'interno del regolamento (CE) n. 539/2001[24].

La clausola era concepita come strumento di ultima *ratio* da utilizzare in caso di «situazione d'emergenza in cui sia necessaria una pronta risposta per risolvere le difficoltà incontrate da almeno uno Stato membro»[25].

Con il regolamento (UE) 2017/371[26], il meccanismo è stato successivamente riformato e strutturato in modo più operativo: sono state precisate le condizioni di attivazione[27] e chiariti i soggetti legittimati a proporne l'avvio[28].

Un'ulteriore innovazione ha riguardato un primo riferimento al rispetto dei requisiti specifici fissati nei *visa dialogue*, monitorati dalla Commissione con un nuovo strumento di controllo: *Visa Suspension Mechanism Report*.

La riforma del 2017 ha così segnato il passaggio da una clausola emergenziale a un meccanismo strutturato di monitoraggio, ampliandone significativamente la portata applicativa[29].

[22] European Migration Network, National Contact Point Luxembourg, *Impact of Visa Liberalisation on Countries of Destination*, *op. cit*., p. 14.

[23] Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo, COM(2011) 290 definitivo, 24 maggio 2011.

[24] Regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio, del 15 marzo 2001, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo.

[25] Commissione europea, COM(2011) 290 definitivo, cit., considerando 1.

[26] Regolamento (UE) 2017/371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 1° marzo 2017, che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (revisione del meccanismo di sospensione).

[27] Aumento dell'immigrazione irregolare, comprensivo anche dei casi di ingresso rifiutato; incremento delle domande d'asilo con un tasso di riconoscimento basso; mancata collaborazione in materia di riammissione, articolata in tre fattispecie: rifiuto o mancato esame delle domande di riammissione nei termini previsti; mancato rilascio dei documenti di viaggio o mancata accettazione dei documenti europei di viaggio; denuncia o sospensione dell'accordo di riammissione; rischio o «minaccia imminente» all'ordine pubblico o alla sicurezza interna degli Stati membri in connessione con reati gravi commessi da cittadini di Paesi terzi esenti dall'obbligo di visto.

[28] La Commissione su propria iniziativa, uno Stato membro o la maggioranza degli Stati membri; in quest'ultimo caso la Commissione è tenuta ad avviare la procedura.

[29] Sebbene l'analisi del presente contributo si concentri sul meccanismo di sospensione dei visti nei confronti dei Paesi terzi coinvolti nel processo di allargamento, è opportuno

Tale evoluzione è stata sistematizzata con il regolamento (UE) 2018/1806, che ha codificato in un unico testo le modifiche succedutesi dal 2013.

La traiettoria di progressivo rafforzamento del meccanismo ha trovato ulteriore conferma nel 2025, con l'adozione del regolamento (UE) 2025/2441[30], il quale ha inciso nuovamente sulla disciplina del VSM.

Pur restando formalmente ancorato all'articolo 8, il meccanismo è stato regolato in modo più dettagliato mediante l'introduzione degli articoli da 8 *bis* a 8 *septies*, i quali ne specificano presupposti, soggetti legittimati e procedura di attivazione.

Esso continua a essere configurato come strumento di ultima *ratio*, volto a consentire la sospensione dell'esenzione dal visto per i cittadini di un determinato Paese terzo sulla base di «dati pertinenti e oggettivi»[31]. È altresì previsto che, in presenza di un accordo internazionale specifico, la disciplina di quest'ultimo prevalga su quella del regolamento.

All'interno di tale disciplina portata a sistema, assume particolare rilievo, ai fini della presente analisi, l'articolo 8 *bis* e, segnatamente, le ipotesi di cui alle lettere g) e h), che ampliano in modo significativo l'ambito di attivazione del meccanismo.

La prima contempla il mancato rispetto, da parte del Paese terzo interessato, dei requisiti specifici utilizzati per valutare l'appropriatezza della concessione del regime di esenzione dal visto nell'ambito dei *visa dialogue*. Nella disciplina previgente, il riferimento al rispetto dei requisiti fissati nel corso di tale processo era già presente nell'articolo 8 quale obbligo di monitoraggio della Commissione, ma non figurava tra i motivi di attivazione espressamente elencati. Il regolamento (UE) 2025/2441 eleva ora tale elemento a presupposto autonomamente tipizzato. Ne consegue che, non solo si amplia la portata operativa del VSM ma viene anche significativamente ridotto il margine di incertezza circa la legittimità

evidenziare come l'evoluzione dello strumento si sia sviluppata anche sul piano migratorio. In particolare, la funzione di gestione dei flussi provenienti dai Paesi beneficiari del regime di esenzione dal visto è stata disciplinata in modo sempre più dettagliato, fino a ricomprendere la maggior parte delle circostanze prevedibili. In tale prospettiva si colloca la tipizzazione dei motivi di attivazione del meccanismo, tra cui quello relativo alla cooperazione in materia di riammissione, che sembra perseguire anche l'obiettivo di prevenire ricorrenti tensioni politico-istituzionali all'interno dell'Unione nei settori della migrazione e dell'asilo. Per una ricostruzione sistematica in materia si rinvia ai contributi contenuti nel presente volume.

[30] Regolamento (UE) 2025/2441 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2025, che modifica il regolamento (UE) 2018/1806 per quanto riguarda la revisione del meccanismo di sospensione.

[31] Art. 8, par. 1, del regolamento (UE) 2018/1806, come modificato dal regolamento (UE) 2025/2441, cit.

dell'attivazione del VSM nei confronti dei Paesi candidati o beneficiari del regime *visa-free* che non rispettino gli impegni sostanziali assunti nel quadro del dialogo di liberalizzazione.

La circostanza di maggiore rilievo ai fini della presente analisi è, tuttavia, quella prevista alla lettera h) dell'articolo 8 *bis*. Tale disposizione introduce, tra le cause di attivazione del meccanismo, «un deterioramento delle relazioni esterne dell'Unione con un paese terzo che figura nell'elenco di cui all'allegato II»[32].

I punti successivi, da i) a v), precisano le circostanze di tale deterioramento, che riguardano, in particolare, le gravi violazioni dei diritti umani e il mancato rispetto del diritto internazionale. La relativa attivazione è riservata esclusivamente alla Commissione.

Al di là della formulazione volutamente ampia, la disposizione segnala un mutamento significativo nella logica del meccanismo: il suo ambito non è più circoscritto alla gestione dei flussi migratori, ma si estende alla valutazione complessiva della condotta politica del Paese terzo e della qualità delle relazioni che questo intrattiene con l'Unione.

La sospensione è inizialmente disposta per un periodo di dodici mesi. Qualora le condizioni che hanno determinato l'attivazione del meccanismo persistano, essa può essere prorogata per ulteriori ventiquattro mesi mediante atto delegato. Durante entrambe le fasi è previsto un dialogo rafforzato con il Paese terzo interessato, volto a rimuovere le cause che hanno giustificato la sospensione. Prima della scadenza dell'atto delegato, la Commissione è tenuta a presentare una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio, eventualmente accompagnata da una proposta legislativa diretta a trasferire il Paese dall'Allegato II all'Allegato I del regolamento. In tale ipotesi, l'esenzione verrebbe definitivamente revocata e l'obbligo di visto si applicherebbe a tutti i cittadini dello Stato interessato.

Dall'analisi cronologica del meccanismo emerge come l'introduzione della circostanza relativa al deterioramento delle relazioni esterne rappresenti un'innovazione qualitativa rispetto alla logica originaria del meccanismo. Tale disposizione, fondata su un elenco aperto di circostanze rilevanti, attribuisce alla Commissione una discrezionalità valutativa significativamente più ampia rispetto a quella prevista per gli altri motivi di attivazione, generalmente basati su parametri quantitativi[33]. In questo modo, il meccanismo acquisisce

[32] Regolamento (UE) 2018/1806, come modificato dal regolamento (UE) 2025/2441, cit., art. 8 *bis*, par. 1, lett. h).

[33] Le ipotesi connesse alla gestione dei flussi migratori sono accompagnate da soglie quantitative espressamente determinate dal legislatore. La disciplina fa riferimento, ad esempio, a un aumento del 30% dei rifiuti di ingresso o dei soggiorni irregolari (in luogo del

la capacità di rispondere non solo a dati misurabili legati alla mobilità delle persone, ma anche a dinamiche politiche più ampie che caratterizzano la relazione tra l'Unione e il Paese terzo.

Per i Paesi che desiderano diventare membri dell'Unione, questa apertura si traduce in una forma di condizionalità: il mantenimento del regime *visa-free* diventa dipendente non soltanto dal rispetto degli impegni assunti nei *visa dialogue*, ma anche da una valutazione complessiva della traiettoria politica del Paese rispetto agli *standard* europei.

È precisamente in questa seconda dimensione che si inserisce l'applicazione del meccanismo nei confronti della Georgia.

3. *Il caso georgiano*

Il 28 marzo 2017, a seguito dell'attuazione del VLAP[34], è entrato in vigore, per i cittadini georgiani, il regime di esenzione dall'obbligo di visto[35].

Da allora, sebbene i successivi *report* di monitoraggio abbiano costantemente formulato raccomandazioni volte a correggere situazioni ritenute non pienamente conformi ai *benchmark* del processo di liberalizzazione[36], fino al 2024 non era mai stata presa in considerazione l'ipotesi di attivare il VSM.

50% previsto in precedenza) e a un tasso di riconoscimento delle domande di asilo inferiore al 20% (anziché al precedente 4%). Inoltre, è previsto che la valutazione si fondi su dati riferiti ad almeno due mesi dell'anno in corso, confrontati con il medesimo periodo dell'anno precedente o con l'anno precedente l'introduzione dell'esenzione dal visto. La scelta del termine «almeno» mira a consentire una maggiore flessibilità nell'analisi delle tendenze, in particolare di carattere migratorio, che possono manifestarsi su base annuale. V. art. 8 *bis*, par. 2 e 3, del regolamento (UE) 2018/1806, come modificato dal regolamento (UE) 2025/2441.

[34] Unione europea – Georgia, *Visa Dialogue Action Plan on Visa Liberalisation*, disponibile in https://migration.commission.ge/files/vlap-eng.pdf. Per la documentazione completa relativa al dialogo sui visti Unione-Georgia, inclusi i rapporti di monitoraggio e l'accordo di riammissione, v. il portale della State Commission on Migration Issues, disponibile in https://migration.commission.ge/index.php?article_id=17&clang=1. Per una ricostruzione della complessità del processo di liberalizzazione dei visti nel contesto politico georgiano v. C. Loda, *Georgia, the European Union, and the Visa-Free Travel Regime: Between European Identity and Strategic Pragmatism*, in *Nationalities Papers*, vol. 47, n. 1, 2019, pp. 72-86.; E. Ademmer, L. Delcour, *With a Little Help from Russia? The European Union and Visa Liberalization with Post-Soviet States*, in *Eurasian Geography and Economics*, vol. 57, n. 1, 2016, pp. 89-112.

[35] Commissione europea, *Commission Progress Report: Georgia meets criteria for visa liberalisation*, comunicato stampa, 18 dicembre 2015.

[36] M. Matsaberidze, *Georgia: the Problems and Challenges of the Free Visa Regime with the EU*, in *Visa-free Regime: International and Moldovan Experience*, 2019, p. 76 ss.

Con il *report* del 2024[37] tale continuità si è interrotta: la Commissione ha infatti segnalato l'adozione, da parte del Governo georgiano, di atti legislativi la cui applicazione «compromette i diritti fondamentali»[38], facendo espresso riferimento alla legge sulla «trasparenza dell'influenza straniera»[39] e al pacchetto normativo sui «valori familiari e la protezione dei minori»[40], invitando le autorità georgiane alla loro abrogazione.

[37] Commissione europea, *Settima relazione nell'ambito del meccanismo di sospensione dell'esenzione dal visto*, COM(2024) 571 final, 6 dicembre 2024.

[38] Commissione europea, COM(2024) 571 final, cit., p. 10.

[39] Sebbene la denominazione più diffusa sia quella di «legge sugli agenti stranieri», la normativa è attualmente in vigore sotto il titolo ufficiale di «legge sulla registrazione degli agenti stranieri». La sua entrata in vigore rappresenta il culmine di un percorso politico e normativo complesso all'interno dell'ordinamento georgiano. Per un'analisi approfondita della legge v. Commissione di Venezia, *Explanatory Note on the Draft Law on Transparency of Foreign Influence*, CDL-REF(2024)022, 13 maggio 2024; Commissione di Venezia, *Urgent Opinion on the Law on Transparency of Foreign Influence*, CDL-PI(2024)013, 21 maggio 2024; OSCE/ODIHR, *Urgent Opinion on the Law of Georgia «On Transparency of Foreign Influence»,* Opinion-Nr. NGO-GEO/506/2024, 30 maggio 2024; International Center for Not-for-Profit Law, *The Law on Transparency of Foreign Influence and Its Impact on Non-entrepreneurial (Non-commercial) Legal Entities and Media Organizations in Georgia*, 22 maggio 2024, disponibile in https://ecnl.org/sites/default/files/2024-05/ECNL%20ICNL%20Georgia%20Law%20Transparency%20Foreign%20Influence%2005.23.2024.pdf. Per un approfondimento comparatistico in dottrina v. F. Franceschelli, *Osservazioni critiche alla legislazione russa sugli «agenti stranieri» alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE*, n. 1, 2025, pp. 289-301.

[40] Per un'analisi approfondita della legge v. Commissione di Venezia, *Opinion on the Draft Constitutional Law on Protecting Family Values and Minors*, CDL-AD(2024)021, 25 giugno 2024; Relatori speciali delle Nazioni Unite, *Mandates of the Special Rapporteur on the right to education* [*et al.*], OL GEO 3/2024, 16 settembre 2024.

La prima legge introduce un regime di registrazione[41] obbligatoria per gli «agenti stranieri»[42], soggetti la cui definizione[43] è formulata in termini molto ampi e indeterminati. Invero, non sono considerati agenti stranieri solo coloro che sono finanziati per almeno l'80% da risorse nazionali. Quindi, l'obbligo di registrazione scatta quando oltre il 20% dei finanziamenti proviene dall'estero.

La seconda normativa, inizialmente proposta come riforma costituzionale[44], è stata adottata come legge ordinaria accompagnata da numerose modifiche legislative settoriali[45].

La legge, da una parte, introduce definizioni rigide di «uomo», «donna» e «sesso biologico», riconoscendo il matrimonio esclusivamente come unione tra uomo e donna, e dall'altra parte, pone una serie di divieti di divulgazione di contenuti che presentino positivamente identità di genere non conformi al sesso biologico o relazioni omosessuali.

[41] L'obbligo principale introdotto dalla legge consiste nella registrazione presso un *database* elettronico gestito dall'Ufficio anticorruzione, disponibile in https://fara.acb.gov.ge/, al quale era originariamente attribuito anche il compito di verificare la completezza e la correttezza delle registrazioni. Tuttavia, come si può constatare accedendo al sito sopra indicato, a partire dal 2 marzo 2026 – a seguito delle modifiche apportate il 17 dicembre 2025 alla legge georgiana sulla lotta alla corruzione – tali funzioni sono state trasferite al Servizio di Audit di Stato (სახელმწიფო აუდიტის სამსახური), disponibile in https://www.sao.ge/en/about-us/Overview, che da tale data esercita le competenze precedentemente assegnate all'Ufficio anticorruzione. Il sito di registrazione rinvia attualmente a tale trasferimento di competenze. Si segnala, inoltre, che l'Ufficio anticorruzione era stato istituito nel quadro delle riforme richieste dalla Commissione europea formulate in occasione del conferimento alla Georgia dello *status* di Paese candidato all'Unione europea. V. Commissione europea, Parere della Commissione sulla domanda di adesione della Georgia all'Unione europea, COM(2022) 405 final, 17 giugno 2022.

[42] Parlamento della Georgia, *On the Approval of the Procedure for Administration and Enforcement of the Foreign Agents Registration Act*, 31 maggio 2025, disponibile in https://matsne.gov.ge/en/document/view/6513792?publication=0.

[43] In sintesi, è considerato agente straniero qualsiasi persona fisica o giuridica, inclusi gruppi informali, associazioni o partenariati, che agisce «su istruzione, richiesta, indicazione o sotto il controllo di un principale straniero», il quale può essere: un governo o un partito politico straniero, una persona fisica non cittadina né residente in Georgia, un'associazione, organizzazione o altra entità costituita ai sensi della legislazione di un Paese straniero o che svolge la propria attività principale all'estero.

[44] L'idea è stata abbandonata dopo un parere critico della Commissione di Venezia, v. Commissione di Venezia**,** *Opinion on the Draft Constitutional Law on Protecting Family Values and Minors, CDL-AD(2024)021, cit.*

[45] Parlamento della Georgia, *Law of Georgia on the Protection of Family Values and Minors*, 30 ottobre 2024, disponibile in https://matsne.gov.ge/en/document/view/6283110?publication=0.

Tali interventi normativi si inseriscono in un più ampio mutamento dell'orientamento del governo. L'allontanamento dalla traiettoria di integrazione europea non si è infatti limitato al piano legislativo, ma è stato formalizzato anche sul piano politico: il governo georgiano, attualmente guidato dal partito Sogno Georgiano, ha dichiarato la sospensione del processo di integrazione europea fino al 2028, affermando, secondo le parole del Primo Ministro, la necessità di rafforzare la capacità negoziale del Paese[46].

Mentre è vero che le relazioni tra l'Unione e i Paesi candidati si inseriscono all'interno di un quadro – non del tutto coerente – di condizionalità asimmetrica[47], è altrettanto vero che la dichiarazione del Primo Ministro è giunta subito dopo le contestazioni del Parlamento europeo relative alle elezioni parlamentari georgiane del 26 ottobre del 2024, giudicate né libere né trasparenti e definite «un'ulteriore manifestazione del continuo arretramento democratico del Paese, di cui il partito del governo è pienamente responsabile»[48]. Il Parlamento non si è limitato a una condanna politica, ma ha invitato le istituzioni europee e gli Stati membri a valutare l'adozione di misure restrittive individuali nei confronti dei *leader* politici responsabili del *backsliding*. Tale presa di posizione ha irrigidito ulteriormente i rapporti tra Bruxelles e Tbilisi: mentre il Parlamento ha riaffermato il proprio sostegno alla società civile, le autorità di Tbilisi hanno accusato l'istituzione di interferenza negli affari interni del Paese, alimentando una retorica antieuropea[49].

Le prese di posizione delle istituzioni europee sono state accolte con grande favore da una larga parte della popolazione georgiana[50] che, in seguito alla dichiarazione del Primo Ministro, ha dato vita a manifestazioni di protesta nazionali iniziate da oltre un anno e tuttora in corso[51]. Le

[46] *GD Aborts EU Accession*, in *Civil.ge*, 28 novembre 2024, disponibile in https://civil.ge/archives/638801.

[47] L'asimmetria si spiega anche alla luce del diverso *status* giuridico delle due parti: da un lato abbiamo uno Stato sovrano e dall'altro un'Unione di 27 Stati sovrani, che attraverso procedure decisionali intergovernative, devono coordinarsi per accettare un nuovo membro. Di conseguenza, il Paese candidato è chiamato ad anticipare la conformazione al diritto dell'Unione (*acquis communautaire*) accettando una sorta di cessione di sovranità quale condizione preliminare all'apertura dei negoziati.

[48] Parlamento europeo, *Parliament calls for new elections in Georgia*, comunicato stampa, 28 novembre 2024.

[49] D. Parulava, *Georgia hits brakes on EU accession bid*, in *Politico*, 28 novembre 2024.

[50] Sui dati relativi alla percezione dell'Unione in Georgia, EU Neighbours East, *Annual Survey 2025 – Georgia. Perception of the European Union*, 2025.

[51] *Thousands Protest In Georgia One Year After Controversial Elections*, in *Radio Free Europe/Radio Liberty*, 27 ottobre 2025.

preoccupazioni dei cittadini non riguardano solo i brogli nelle elezioni parlamentari[52] e, successivamente, in quelle amministrative[53], ma anche il pacchetto di riforme legislative promosso dal governo, tra cui spiccano le due leggi sopra richiamate.

La Commissione, affermando che il rispetto dei diritti fondamentali è un prerequisito su cui si basa la liberalizzazione dei visti, ha raccomandato al governo di Tbilisi di intraprendere una serie di azioni per evitare l'attuazione del meccanismo di sospensione.

Prima della risposta da parte del governo georgiano, il Consiglio europeo, nel gennaio 2025, ha deciso – sulla base dell'Accordo di facilitazione dei visti tra l'Unione e la Georgia del 2011 – di reintrodurre l'obbligo di visto per i titolari di passaporti diplomatici che «rappresentano interessi contrari a quelli che hanno portato alla conclusione dell'accordo sulla facilitazione dei visti»[54].

In virtù di tale decisione, agli Stati membri è stata riconosciuta la facoltà di applicare la sospensione dell'esenzione dall'obbligo di visto, nel proprio territorio, nei confronti delle categorie di persone individuate dal Consiglio.

L'Unione ha ora attivato il VSM nel quadro della disciplina riformata, in una prima fase limitatamente ai titolari di passaporti diplomatici[55]. A differenza della misura adottata nell'ambito dell'accordo di facilitazione dei visti, ciò comporta un'applicazione uniforme della sospensione in tutto lo spazio Schengen, senza margini di discrezionalità per i singoli Stati membri.

L'attivazione del meccanismo apre quindi la fase di cooperazione rafforzata, finalizzata al riallineamento del Paese interessato ai requisiti europei.

Tale mediazione, tuttavia, non può che assumere una natura intergovernativa. Pertanto, in assenza di una volontà politica di collaborare,

[52] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Observation of the parliamentary elections in Georgia* (26 October 2024), Doc. 16079, 28 novembre 2024.

[53] Servizio europeo per l'azione esterna, *Statement by High Representative/Vice President Kallas and Commissioner for Enlargement Kos on Georgia*, comunicato stampa, 5 ottobre 2025.

[54] Decisione (UE) 2025/170 del Consiglio, del 27 gennaio 2025, sulla sospensione parziale dell'applicazione dell'accordo tra l'Unione europea e la Georgia sul rilascio agevolato dei visti.

[55] Si precisa, tuttavia, che i titolari di passaporti diplomatici potranno comunque fare ingresso nello spazio Schengen utilizzando passaporti ordinari. Per un approfondimento, Commissione europea, *Providing Guidelines on the assessment of visa applications submitted by Georgian holders of diplomatic, service and official passports and controls of Georgian nationals*, C(2026) 1407 final, 6 marzo 2026.

è difficile immaginare che il meccanismo possa raggiungere l'obiettivo di sanare la situazione problematica.

Il passaggio dal sesto al settimo *report* non può essere ricondotto esclusivamente a un mutamento del contesto interno georgiano, che pure ha conosciuto un evidente deterioramento, ma riflette anche un'evoluzione nel modo in cui l'Unione interpreta e utilizza il proprio meccanismo di controllo del rispetto delle condizioni. Il VSM cessa di operare come uno strumento di dialogo tecnico e assume la veste di mezzo di pressione politica nei confronti di un Paese candidato che si allontana dagli *standard* europei. È questa la dimensione di condizionalità che la riforma normativa aveva introdotto sul piano astratto e che il caso georgiano ha reso concreta per la prima volta.

4. *Riflessioni conclusive a fronte della prima* Visa Strategy *europea*

Inizialmente concepito come clausola di salvaguardia destinata a fronteggiare emergenze circoscritte in materia di migrazione e sicurezza interna, il *Visa Suspension Mechanism* si configura oggi anche come uno strumento di condizionalità.

Le modifiche normative culminate nel regolamento (UE) 2025/2441 hanno infatti ampliato le ipotesi di attivazione, includendo elementi direttamente connessi alla qualità delle relazioni tra l'Unione e il Paese terzo interessato, nonché al rispetto dei diritti fondamentali e dei principi del diritto internazionale. Il caso georgiano rappresenta il primo esempio in cui tale evoluzione normativa trova piena concretizzazione. Nei confronti del Paese, infatti, il VSM cessa di operare come mero strumento di monitoraggio tecnico e diviene una leva di pressione politica volta a incentivare il riallineamento al percorso di integrazione europea.

Tale quadro trova ulteriore conferma nella prima *Visa Strategy* europea[56], che articola questa evoluzione su due livelli.

Il primo concerne l'esigenza di definire un *framework* di valutazione «che non lasci spazio all'interpretazione» per i Paesi potenzialmente candidati al regime di esenzione dai visti. Il documento sottolinea infatti la necessità di avviare con tali Stati un strutturato *visa liberalisation dialogue*, finalizzato al raggiungimento di un regime reciproco e stabile di esenzione nel lungo periodo.

[56] Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla strategia in materia di politica dei visti dell'UE, COM(2026) 43 final, 29 gennaio 2026.

Il secondo livello riflette la consapevolezza che non vi sia garanzia circa il mantenimento, nel tempo, delle condizioni poste a fondamento della liberalizzazione. Da qui la previsione di meccanismi di monitoraggio e sospensione che consentano una rapida risposta qualora vengano meno gli impegni assunti.

Entrambi i profili si inseriscono nel riconoscimento, da parte dell'Unione, di un contesto geopolitico «volatile», nel quale la politica dei visti è espressamente qualificata come strumento di «deterrenza» e di «risposta»[57].

La trasformazione del VSM da meccanismo reattivo a strumento di condizionalità strategica non costituisce dunque un'evoluzione accidentale, ma l'espressione di una più ampia ridefinizione del rapporto tra mobilità, valori e integrazione europea, nella quale l'accesso allo spazio europeo diventa parte integrante dell'approccio geostrategico dell'Unione.

Per i Paesi coinvolti nei processi di allargamento, tale evoluzione assume un significato ulteriore. La perdita del regime di favore in materia di visti non rappresenta soltanto una restrizione alla mobilità, ma segnala simbolicamente e politicamente un allontanamento dal percorso verso la *membership* dell'Unione.

[57] Commissione europea, COM(2026) 43 final, cit., p. 4.

Abstract (ita)

Attraverso il presente contributo si intende analizzare il ruolo assunto dal meccanismo di sospensione dei visti (*Visa Suspension Mechanism*) a seguito della recente riforma del 2025. In particolare, l'indagine si concentra sul significato che tale strumento può assumere nell'ambito della politica di allargamento, con specifico riferimento ai rapporti tra l'Unione e i Paesi candidati. A tal fine, si esaminano, in primo luogo, l'evoluzione normativa del meccanismo e, in secondo luogo, la sua prima applicazione nel caso georgiano, soffermandosi sulle ragioni che hanno condotto a tale decisione. La disamina evidenzia come il meccanismo, originariamente concepito quale clausola di salvaguardia, abbia progressivamente assunto la funzione di strumento di condizionalità *ex post*, volto a indurre il riallineamento del Paese interessato al percorso di integrazione europea.

Abstract (eng)

This contribution aims to analyse the role played by the Visa Suspension Mechanism following the recent 2025 reform. In particular, the analysis focuses on the significance that this instrument may assume within the framework of enlargement policy, with specific reference to relations between the European Union and candidate countries. To this end, the paper examines, first, the legal evolution of the mechanism and, second, its first application in the Georgian case, focusing on the reasons that led to that decision. The analysis shows how the mechanism, originally conceived as a safeguard clause, has progressively assumed the function of an ex post conditionality instrument aimed at inducing the realignment of the country concerned with the path of European integration.

LA LATITUDINE DELLE COMPETENZE DELL'UNIONE EUROPEA IN "MATERIA PENALE"

Christoph Simon Thun Hohenstein Welsperg[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I poteri della Comunità in materia sanzionatoria punitiva. – 3. L'impatto del Trattato di Lisbona sul potere dell'Unione di introdurre direttamente sanzioni punitive. – 4. La centralità dell'art. 83 TFUE. – 5. È ancora attuale la distinzione fra sanzioni "penali" e "amministrative"?

1. *Introduzione*

Gli obiettivi di questo intervento sono due: riflettere sul fondamento dei poteri dell'Unione di introdurre sanzioni punitive[1] e analizzare il significato della locuzione "materia penale"[2], che è il perno attorno al quale ruota l'art. 83, par. 2, TFUE.

La tesi che si vuole sostenere è che il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE "attrae" ogni intervento normativo dell'Unione in materia sanzionatoria punitiva, ad esclusione soltanto di eventuali ulteriori competenze sanzionatorie attribuite dai Trattati[3].

[*] Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei, presso l'Università di Trento.

[1] Questo contributo si concentrerà sulle sanzioni (punitive) in senso stretto e non sulle misure restrittive attribuite alla competenza dell'Unione nel settore della Politica estera e di sicurezza comune. Il *genus* "sanzioni punitive" è composto da varie *species*, fra le quali spiccano le pene e le sanzioni punitive amministrative. L'ordinamento italiano distingue queste sanzioni sulla base di un criterio *formale*: sono "pene" solamente quelle così definite dalla legge (cfr., ad es., art. 17 c.p. e art. 52 d.lgs. 274/2000). Simili definizioni nei Trattati non esistono, lasciando quindi "campo libero" al dibattito dottrinale e alla giurisprudenza della Corte.

[2] Ci si concentrerà sul significato della locuzione "materia penale" nel sistema delle norme attributive di competenza all'Unione, e non in quello delle Carte dei diritti. Si tratta di una distinzione fondamentale, già tracciata da J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2013, pp. 273-299.

[3] Alcune riflessioni su questo tema sono già contenute, con specifico riferimento al settore della cibersicurezza, in C.S. THUN HOHENSTEIN WELSPERG, *Legittimazione e criticità del diritto punitivo dell'Unione europea. Il caso delle sanzioni in materia di cibersicurezza*, in *EJ*, 2025, 4, pp. 334-369.

2. *I poteri della Comunità in materia sanzionatoria punitiva*

Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i poteri della Comunità in materia sanzionatoria si fondavano sostanzialmente sull'obbligo di leale cooperazione incombente sugli Stati membri e su alcune norme dei Trattati che sembravano consentire l'introduzione di illeciti e la comminatoria di sanzioni punitive senza mediazione statale.

Un ruolo centrale nel riconoscimento di queste competenze fu ricoperto da due sentenze della Corte di Giustizia del 1989[4] e del 1992[5].

Nella prima sentenza la Corte riconobbe che il principio di leale collaborazione impone agli Stati di sanzionare le violazioni del diritto comunitario con sanzioni effettive, proporzionate, dotate di capacità dissuasiva e analoghe a quelle introdotte per violazioni del diritto interno[6], mentre nella seconda statuì che, in base alle norme che nel Trattato attribuivano la competenza ad intraprendere «tutte le misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi» (nel caso di specie della politica agricola comune), «la Comunità è competente ad adottare le sanzioni che […] vanno al di là della semplice restituzione di una prestazione indebitamente versata»[7].

[4] Corte giust. 21 settembre 1989, 68/88, *Commissione/Grecia*, punti 23 e 24. Sul portato di questa sentenza v. S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, spec. pp. 32-36.

[5] Corte giust. 27 ottobre 1992, C-240/90, *Germania/Commissione*. Sull'importanza di questa sentenza cfr. A. Bernardi, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 30-33. Lo stesso autore significativamente inquadra la legittimazione della Comunità europea «a irrogare sanzioni amministrative a contenuto punitivo-afflittivo, talora anche molto severe» fra i fattori da cui discende l'europeizzazione del diritto penale (pp. 12-13). Cfr. inoltre, per un'utile contestualizzazione della pronuncia nel dibattito dottrinale dell'epoca, R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 149 ss. La stessa autrice afferma in particolare che con questa sentenza «accanto alle ammende e penalità di mora esplicitamente previste dal trattato, viene gradualmente a consolidarsi una nuova tipologia di sanzioni comunitarie essenzialmente connotata, oltre che dal già rilevato inserimento delle stesse nella regolamentazione relativa all'amministrazione di sistemi di gestione di fondi, dal carattere decentrato della relativa irrogazione – spettante alle competenti autorità nazionali –, in contrapposizione al carattere accentrato esclusivo delle sanzioni in materia di concorrenza materialmente irrogate dalle autorità comunitarie»: Ead., *op. cit.*, p. 162.

[6] A. Bernardi, *op. cit.*, pp. 26-28.

[7] Punto 29. Cfr. altresì, in dottrina, G. Grasso, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, pp. 84-86 e J. Biancarelli, *L'ordre juridique communautaire a-t-il competence pour instituer des sanctions?*, in M. Delmas-Marty (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Parigi, 1993, pp. 267-270.

Eccezion fatta per i pochi poteri esplicitamente riconosciuti dai Trattati[8], le competenze della Comunità in materia sanzionatoria sono quindi rimaste a lungo prive di un *esplicito* fondamento, tanto che secondo alcuni «la potestà punitiva amministrativa dell'Unione rest[a] ancor'oggi sprovvista di un vero e proprio fondamento costituzionale nel diritto primario, seguitando ad atteggiarsi quale potere "implicito" [...] o per meglio dire "originario" dell'ordinamento UE»[9] e, ancora, «[t]he Treaties have not explicitly provided EU institutions and agencies with all the enforcement authority, which EEAs enjoy. The expansion has taken place via inserting bits and pieces of institutional centralization and substantive harmonization here and there in hard, soft and case law»[10].

Secondo la Corte di Giustizia, il fatto che i Trattati riconoscessero *esplicitamente* alcuni poteri sanzionatori non poteva essere elevato ad argomento per negare gli altri: infatti, come affermato nella sentenza *Germania/Commissione*, C–240/90, l'art. 87, n. 2, lett. a) del Trattato (odierno art. 103, par. 2, lett. *a*), TFUE) «riguarda solo le sanzioni che sono determinate e inflitte direttamente dalle istituzioni comunitarie», non anche quelle «destinate ad essere applicate dalle autorità nazionali in conformità alle disposizioni uniformi del diritto comunitario»[11].

Non potendo dunque revocarsi in dubbio, almeno secondo la giurisprudenza della Corte, che la Comunità avesse acquisito un'ampia gamma di poteri sanzionatori amministrativi più o meno indipendenti dall'intervento degli Stati membri[12], si era posto il rilevante problema di distinguere illeciti e sanzioni *amministrativi* da illeciti e sanzioni *penali*.

[8] Il riferimento va, ad esempio, ai poteri previsti dall'odierno art. 103 TFUE.

[9] A. MARTUFI, *La potestà punitiva nel diritto UE. Differenziazione dei modelli di tutela e modulazione delle garanzie penalistiche*, Torino, 2024, 181, nt. 25. Lo si può dedurre anche dal fatto che i regolamenti 2988/95 e 2185/96 del Consiglio, che introducono una disciplina generale di questo tipo di sanzioni, trovano la propria base giuridica nell'art. 235 TCE (c.d. clausola di flessibilità, odierno art. 352 TFUE). Esplicito, su questo punto, il considerando n. 14 del regolamento 2988/95, che evidenzia come «i trattati non prevedono poteri specifici necessari ai fini dell'adozione di disposizioni materiali di portata orizzontale relative ai controlli, alle misure e alle sanzioni al fine di assicurare la tutela degli interessi finanziari delle Comunità».

[10] M. SCHOLTEN, *Mind the trend! Enforcement of EU law has been moving to 'Brussels'*, in *JEPP*, Vol. 24, Issue. 9, 2017, p. 1357.

[11] *Germania/Commissione*, C–240/90, sopra citata, punto 23.

[12] Sono state definite "indipendenti" le «sanzioni determinate ed inflitte (applicate) direttamente dalle istituzioni comunitarie», a differenza dalle sanzioni non indipendenti, le quali invece sono «determinate dalla Comunità ma applicate e inflitte dagli organi statali»: S. RIONDATO, *op. cit.*, pp. 57-58.

Era infatti comunemente accettato che la Comunità rimanesse priva della legittimazione ad introdurre essa stessa nuovi illeciti e sanzioni penali, circostanza confermata dalla Corte di Giustizia in una nota sentenza del 2005[13], che pure ha riconosciuto al legislatore comunitario la possibilità di «adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri […] che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente».

La sempre più urgente necessità di distinguere fra sanzioni amministrative e sanzioni penali – e, quindi, fra aree di ammissibilità e di inammissibilità di un intervento *diretto* dell'Unione – è emersa nelle conclusioni dell'dell'AG Jacobs, in *Germania/Commissione*, C-240/90, ove egli ha affermato che «una sanzione penale non ha per solo fine di prevenire i reati, ma comporta normalmente anche il biasimo determinato dalla disapprovazione sociale o dall'espressione di una condanna morale»[14].

Si tratta, com'è evidente, di un criterio di difficilissima traduzione pratica, cui peraltro parte della dottrina, come si vedrà, attribuisce ancora oggi rilevanza nel distinguere la "materia penale" – e quindi gli interventi legislativi da basarsi sull'art. 83, par. 2, TFUE – da ciò che materia penale non è.

3. *L'impatto del Trattato di Lisbona sul potere dell'Unione di introdurre direttamente sanzioni punitive*

Secondo alcuni, la necessità di distinguere penale e amministrativo al fine di individuare le basi per gli interventi normativi dell'Unione non sarebbe venuta meno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, pur avendo "comunitarizzato" la cooperazione in materia penale, prevede alcune importanti restrizioni allo spettro dei poteri dell'Unione in questa materia.

Esso, infatti, limita l'intervento dell'Unione alla forma della direttiva; consente di introdurre solamente «*norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni»; contempla un freno di emergenza qualora uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva «incida su aspetti fondamentali

[13] Corte giust. 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione/Consiglio*, punti 47-48.

[14] Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 3 giugno 1992, C–240/90, *Germania/Commissione*, punto 11. Cfr., per una analisi dello sviluppo del concetto di *criminal law* nelle opinioni degli Avvocati generali, A. Rosanò, *The Concept of Criminal Law in the Opinions of the Advocates General: Justification of Punitive Powers and Human Rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1, 2016, p. 59 ss..

del proprio ordinamento giuridico penale»; agevola il controllo parlamentare nazionale[15].

Non solo. L'introduzione dell'art. 83, par. 2, TFUE sembra testimoniare che là dove si è voluto attribuire un potere *trasversale*[16] in materia sanzionatoria lo si è fatto *expressis verbis*, rafforzando i dubbi che già si erano affacciati in dottrina sulla titolarità in capo alla Comunità del potere di esercitare competenze in materia sanzionatoria non *esplicitamente* devolute[17].

Tornano così in auge le tesi di chi si era pronunciato per l'«incompetenza assoluta» delle istituzioni comunitarie ad introdurre sanzioni amministrative di tipo punitivo, «rimanendo esse *materia esclusiva* degli organi legislativi dei Dodici. La loro introduzione, da parte dei regolamenti comunitari […], viola il principio della riserva di legge statale e non si può giustificare con un'interpretazione *estensiva* dell'art. 87, par. 2 lett. a) Tratt., né con l'autoarrogazione di *poteri impliciti* ricavabili da una disinvolta 'lettura' di altre norme del Trattato, come gli artt. 40, par. 3, 79, par. 3 in combinato disposto con l'art. 172»[18].

[15] L'art. 7 del protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità prevede che il progetto debba essere riesaminato se i pareri motivati sul mancato rispetto del principio rappresentino (anche solamente) *un quarto* dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali.

[16] Sebbene i Trattati riconoscessero anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona alcuni poteri sanzionatori alla Comunità, si trattava di competenze relative a materie specifiche (come la concorrenza).

[17] In questo senso, alcuni hanno condivisibilmente sostenuto che «it is doubtful that during the negotiations of the Lisbon Treaty the Member States could have foreseen that despite outlining clear boundaries of the Union's criminal competence in Art 82-83 TFEU, the Union would routinely adopt legislation requiring the possibility to impose administrative fines up to 20 million euros on both natural and legal persons. Thus, the competence of the European Union to harmonise administrative sanctions without a clear legal basis could be challenged»: M. KÄRNER, *Punitive Administrative Sanctions After the Treaty of Lisbon: Does Administrative Really Mean Administrative?*, in *European Criminal Law Review*, Vol. 11, n. 2, 2021, p. 176. È nota, d'altronde, la particolare insistenza del Trattato di Lisbona sul principio di attribuzione, che secondo alcuni diviene proprio con Lisbona «un valore fondativo dell'ordinamento europeo, non più in funzione servente, ma meritevole esso stesso di tutela da indebite elusioni»: S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Napoli, 2015, pp. 50-51. Questo mutamento impone dunque di rimeditare (con riferimento alle competenze dell'Unione europea in materia sanzionatoria punitiva) l'approccio metodologico al tema suggerito da un illustre autore *prima della conclusione del Trattato di Lisbona*, secondo il quale non avrebbero avuto «senso immediati appelli all'inesistenza di espresse attribuzioni di competenza […], fino a che non si dimostri l'esistenza nell'ordinamento comunitario di una norma che prescriva che certe attribuzioni di competenza […] devono essere espresse»: S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 41-42.

[18] E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, p. 227. Cfr. altresì D.

Suonano attuali anche le parole di chi sosteneva che «the general clauses of the EC Treaties, which allow 'all necessary measures to be taken' and fail to clarify both the quality and the limits of a potential criminal sanction, cannot suffice for the conferral of criminal jurisdiction, even in the field of administrative criminal law» e, ancora, che «the EC has no jurisdiction for the enactment of new, global, supranational regulatory offences outside of the scope of the application of Article 87 of the EC Treaty»[19] (nonché, bisognerebbe aggiungere oggi, *of Article 83 TFEU*).

Inoltre, alla luce del "nuovo" art. 83 TFUE non sembrano più sostenibili le osservazioni spese dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Germania/ Commissione*, C–240/90, che aveva potuto respingere l'eccezione *ubi voluit dixit* sollevata dalla Germania in base all'argomento per cui le sanzioni previste dall'art. 87, n. 2, lett. *a*) erano di genere diverso rispetto a quelle per cui era causa, potendo le prime, a differenza delle seconde, essere non solo determinate ma anche inflitte dalle istituzioni comunitarie. Infatti, è indubbio che l'art. 83 TFUE attribuisce all'Unione un potere trasversale di legiferare in materia di sanzioni *destinate ad essere (non solo introdotte ma anche) applicate dalle autorità nazionali*[20].

Lo stesso vale per le tesi di autorevole dottrina che, prima del Trattato di Lisbona, sosteneva l'esatta corrispondenza fra la competenza normativa del legislatore comunitario e quella in materia sanzionatoria, «complément naturel et nécessaire» della prima[21], o comunque che l'«indagine testuale non riesce a far emergere una limitazione delle ipotesi di competenza sanzionatoria comunitaria a quelle di "previsione espressa"»[22].

In definitiva, nonostante non si possa negare una certa *continuità contenutistica* fra l'art. 83, par. 2, TFUE e alcune precedenti sentenze della Corte di giustizia, essa nasconde un rapporto di *discontinuità costituzionale*: la "costituzionalizzazione" di questa competenza disvela infatti *a contrario* le precarie fondamenta del potere, già riconosciuto dalla Corte di giustizia, di introdurre illeciti e sanzioni amministrative.

Oehler, *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz*, in G. Arzt, G. Fezer, U. Weber, E. Schlüchter, D. Rössner (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992*, Bielefeld, 1992, p. 569 e J. Vogel, *Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen*, in G. Dannecker (eds.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, Köln, 1993, p. 186.

[19] U. Sieber, *European Unification and European Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*,n. 2, 1994, pp. 97-98.

[20] S. Riondato, *op. cit.*, 1996, pp. 57-58.

[21] G. Tesauro, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *RDE*, 1992, p. 503

[22] S. Riondato, *op. cit.*, pp. 57-58.

4. *La centralità dell'art. 83 TFUE*

In questo contesto, il destino del potere dell'Unione di introdurre norme relative alla definizione degli illeciti amministrativi e delle relative sanzioni punitive è meno drammatico di quanto possa sembrare: lo stesso art. 83, par. 2, TFUE sembra infatti abbracciare anche questa, diversa, competenza.

Questa norma, come accennato, attribuisce all'Unione il potere di stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle *sanzioni*», senza porre alcuna restrizione quanto alla natura, alla specie e alla forma di queste *sanzioni*, desumendosi tuttavia dal contesto che dovrebbe pur sempre trattarsi di sanzioni punitive.

Inoltre, il concetto di "materia penale"[23] sembra più ampio del concetto di "diritto penale", e tale da abbracciare anche la "materia" delle sanzioni amministrative punitive.

Oltre a quelli appena esposti, vi sono altri argomenti a sostegno della tesi che individua in questa norma il fondamento di ogni potere sanzionatorio dell'Unione (salve espresse previsioni specifiche).

Ammesso e non concesso che esistano sia una competenza relativa al diritto penale in senso stretto (art. 83 TFUE) sia una competenza sanzionatoria amministrativa che si fonda sulle norme che consentono all'Unione di adottare le "misure necessarie" al raggiungimento di determinati obiettivi, sarebbe necessario individuare dei criteri certi per distinguere le sanzioni penali dalle sanzioni amministrative, giacché solo le seconde potrebbero essere introdotte senza gli aggravi procedurali previsti dall'art. 83 TFUE.

Rinvenire un criterio discretivo obiettivo e sostanziale servirebbe ad evitare che la scelta della base giuridica sia rimessa all'arbitrio del legislatore dell'Unione europea, in linea con la giurisprudenza della Corte secondo cui tale scelta si deve fondare «su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto» dell'atto[24].

[23] Nella versione francese si utilizza la locuzione *matière pénale* (non *droit pénal* o *droit criminel*), in quella spagnola *materia penal* (non *derecho penal*) e in quella portoghese *matéria penal* (non *direito penal*), che sembrano anch'esse rinviare a una nozione materiale (sostanziale) del concetto; nella versione tedesca si fa riferimento alle *strafrechtlichen Rechtsvorschriften*, nozione che, se interpretata in senso ampio (*im weiteren Sinn*), ricomprende anche illeciti formalmente amministrativi; da ultimo, nella versione inglese si legge *criminal laws and regulations*, ove l'aggettivo "criminal" è lo stesso che compare agli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU, senza che ciò abbia posto ostacoli alla giurisprudenza della relativa Corte, che ne abbraccia una interpretazione sostanziale.

[24] Corte giust. 22 ottobre 2013, C-137/12, *Commissione/Consiglio*, punto 52. Sui rapporti fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di scelta delle basi

Tuttavia, è praticamente impossibile rinvenire un criterio chiaro per distinguere le prime dalle seconde[25], tanto che molti ordinamenti – fra i quali quello italiano – fanno ricorso a tassonomie formali, alla cui stregua è reato l'illecito punito con un numero chiuso di sanzioni "penali" (ergastolo, reclusione, arresto, multa, ammenda).

Siffatto approccio formalistico non si attaglia, però, allo studio delle competenze dell'Unione, in cui interessa «sapere quali sono i presupposti in base ai quali dette sanzioni e misure repressive vengono introdotte nel sistema ed a quali fini. Non interessa, invece, constatare che a queste vengano applicate unilateralmente (da parte degli stessi organi comunitari) queste o quelle *etichette*»[26].

In altri termini, la domanda circa la differenza fra ciò che è "European Criminal Law" e le semplici "EC constraint measures" «cannot be answered by terminological differentiation (or juggling) between the law of regulatory offences, administrative fines, and administrative criminal law. Operational terms in legal science must be defined in a practical and functional way!»[27].

Se si accogliesse una *nozione formale* di "materia penale"[28] al legislatore dell'Unione basterebbe evitare di menzionare la parola "reato" o "penale" per sottrarsi al procedimento aggravato e ai limiti introdotti dall'art. 83 TFUE, potendo ad esempio di introdurre *con regolamento* sanzioni del tutto identiche, nella sostanza, a sanzioni altrove qualificate come "penali".

In disparte il caso delle sanzioni privative della libertà, che sono sempre state armonizzate in base all'art. 83 TFUE[29], dalla prassi emerge infatti che

giuridiche e l'art. 83 TFUE v. S. Miettinen, *Criminal Competence and the Choice of Legal Basis: space in the Margins?*, in *European Criminal Law Review*, Vol. 5, Issue 2, 2015, p. 226 ss. e J. Ouwerkerk, *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking between Various Legal Bases: The Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization*, in *CJEL,* Vol. 23, Issue 3, 2017, p. 537 ss.

[25] Secondo alcuni, «the blurred boundaries of the concept of punitive administrative sanctions are reinforced at European Union level, especially because of the very nature of the legal integration process, and the legislator's variations between functional and formal approaches, depending on the field of law or on the specific legal act concerned»: A. Weyembergh, N. Joncheray, *Punitive Administrative Sanctions and Procedural Safeguards. A Blurred Picture that Needs to Be Addressed*, in *New Journal of European Criminal* Law, Vol. 7, Issue 2, 2016, p. 193.

[26] E. Mezzetti, *op. cit.*, p. 218. V. anche pp. 225-226.

[27] U. Sieber, *op. cit.*, pp. 97-98.

[28] A. Martufi, *op. cit.*, p. 238, nt. 141.

[29] È comunque concepibile un caso estremo in cui il legislatore UE vuole introdurre la figura della detenzione amministrativa a presidio di norme relative al mercato interno, fondando questa previsione sull'art. 114 TFUE. Un autore, consapevole di questo rischio, porta l'esempio di un atto che impone che una determinata condotta venga sanzionata con l'isolamento da 24 a 72 mesi escludendo esplicitamente che esso abbia natura penale. A questo

sanzioni formalmente qualificate come "penali" possono avere un contenuto del tutto sovrapponibile a sanzioni non qualificate come tali[30].

Per evitare che la scelta della base giuridica sia insindacabilmente rimessa all'arbitrio del legislatore dell'Unione sarebbe quindi preferibile, nel contesto di una nozione sostanziale di "materia penale", attribuire rilievo ad elementi ulteriori, quali la formulazione e lo scopo dell'atto (*scilicet* degli illeciti e delle sanzioni)[31].

E qui torna il nodo della distinzione fra sanzioni penali e sanzioni amministrative punitive: esse, infatti, non possono distinguersi né in base al tipo di autorità incaricata di irrogare la sanzione, considerato che le autorità amministrative sono diventate, nei fatti, *giudici sostanzialmente penali*, e che inoltre al legislatore dell'Unione basterebbe – per evitare la procedura dell'art. 83 TFUE – attribuire la competenza ad irrogare la sanzione ad una autorità amministrativa; né possono assumere rilevanza determinante i beni tutelati e le finalità[32].

Non permette di distinguere sanzioni amministrative e sanzioni penali nemmeno il livello di afflittività: ad esempio, mentre la direttiva 2024/1203 sulla tutela *penale* dell'ambiente impone l'introduzione di sanzioni pecuniarie che devono essere pari, nel loro massimo, quantomeno «al 5 % del fatturato mondiale totale […] o a un importo corrispondente a 40 000 000 EUR», l'AI Act, all'art. 99, commina sanzioni amministrative «fino a 35 000 000 EUR o,

riguardo egli sostiene che, nonostante l'affermazione di segno contrario, «it seems arguable that the instrument in question must be regarded as being of a criminal law nature when it comes to the question of competence»: P. Asp, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm, 2012, pp. 65-67.

[30] Lo dimostra in maniera esemplare la "coppia" formata dal regolamento 597/2014, basato sull'art. 114 TFUE, e dalla direttiva "gemella" 2014/57, basata invece sull'art. 83, par. 2, TFUE: in entrambi i casi si prevedono infatti sanzioni pecuniarie, qualificate "amministrative" dal primo (art. 30) e "di natura penale o non penale" dalla seconda (art. 9), nonché sanzioni interdittive quali la «revoca o sospensione dell'autorizzazione di una società di investimento» (art. 30, par. 2, lett. d), del regolamento) e «l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività d'impresa» (art. 9, par. b, della direttiva). Solo il regolamento prevede la sanzione della pubblicazione delle decisioni (art. 34), che però si ritrova in altri atti basati sull'art. 83, par. 2, TFUE, come, ad esempio, la direttiva del 2024 sulla tutela dell'ambiente, ove, fra le sanzioni per le persone fisiche e per le persone giuridiche, figura la «pubblicazione integrale o parziale della decisione giudiziaria relativa al reato commesso» (artt. 5, par. 3, lett. g) e 7, par. 2, lett. j).

[31] «The label cannot be decisive as it would then be possible for the EU to circumvent procedural guarantees»: J. Öberg, *op. cit.*, p. 281.

[32] G. Grasso, *op. cit.*, 50-54. Nella manualistica, invece, A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020, p. 25; F. Mantovani, *Diritto penale*, XI ed., Milano, p. 1050; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, 2024, p. 224.

se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore»: quale la differenza?

Alcuni, pur ripudiando una definizione formale di "materia penale" ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE, concentrano le loro riflessioni – non diversamente da quanto già fece l'Avvocato Jacobs prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – sulla capacità della sanzione di comunicare la condanna etico-sociale nei confronti del fatto commesso.

Tuttavia, questo criterio non può essere posto a fondamento della scelta della base giuridica giacché, non dissimilmente da quanto si è visto per l'adozione di un criterio formale, lascerebbe nella sua evanescenza "mano libera" al legislatore nella scelta della base giuridica[33]. Prova ne sia il fatto che esistono sanzioni – come la pubblicazione della decisione con cui l'autorità amministrativa irroga la sanzione – dotate di una forte capacità comunicativa anche se formalmente qualificate come amministrative[34].

Altri invece si arrendono, sostenendo che «providing a complete and analytical definition of the concept of criminal law for the purpose of delimiting the criminal law competence of the EU is an impossible task. Whether a certain instrument has a criminal law nature or not will, most certainly, be decided having regard to a large number of factors», rifugiandosi poi nella definizione riassuntiva (quanto tautologica) secondo cui concernerebbero la "materia penale" quantomeno le direttive che impongono agli Stati di introdurre «rules that for substantive reasons cannot be considered to be of a merely administrative nature»[35].

Tuttavia, anche questa conclusione non fornisce un criterio che permetta di assoggettare la scelta della base giuridica al controllo della Corte di Giustizia.

[33] Cfr. le acute riflessioni contenute in P. Asp, op. cit., pp. 64-65 e in H. Korkka-Knuts, S. Melander, *Contours of a Principled Corporate Sanction Policy in the EU: Exploring a Constitutionally Justified Balance between Criminal and Administrative Sanctions*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2025, 11-12 ove si giunge a mettere in dubbio la 'neutralità morale' delle sanzioni amministrative punitive, e in particolare di quelle rivolte alle imprese: «we believe there is no reason to assume that administrative corporate fines could not have an educative and moral function, even if this function is currently unclear. The difficulty lies in identifying the differences in the level of censure that administrative corporate fines represent compared to criminal sanctions».

[34] Si tratta della prassi sanzionatoria definita "naming & shaming", sulla quale cfr. D. Brodowski, *Supranationale europäische Verwaltungssanktionen. Entwicklungslinien – Dimensionen des Strafrechts – Legitimität*, in Id., K.Tiedemann, U. Sieber, H. Satzger, C. Burchard (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, p. 148 e A. Martufi, *op. cit.*, pp. 538 ss. e 578-579

[35] P. Asp, *op. cit.*, pp. 66-67.

Per questi motivi, nell'attesa di un intervento che razionalizzi il sistema delle competenze sanzionatorie dell'Unione, sembra preferibile intendere in senso ampio il concetto di "materia penale" *ex* art. 83, par. 2, TFUE con la conseguenza che, nel dubbio, questa dovrebbe essere la base per *ogni* intervento in materia sanzionatoria punitiva.

Così interpretata, la nozione di "materia penale" *ex* art. 83, par. 2, TFUE non sembra divergere significativamente da quella elaborata dalla Corte di Giustizia nell'interpretare la CDFUE e dalla Corte EDU nell'interpretare gli artt. 6 e 7 della relativa Convenzione[36].

La preferenza attribuita all'art. 83, par. 2, TFUE non sarebbe più, oggi – almeno non direttamente – una preferenza attribuita al metodo intergovernativo[37]. Dopo il Trattato di Lisbona, preferire l'art. 83, par. 2, TFUE significa piuttosto imporre, quando si tratti di sanzioni punitive, un vaglio ulteriore rispetto a quello già richiesto, a monte, dai principi di proporzionalità e di sussidiarietà[38].

Non solo. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, identificare in questa norma la base giuridica per ogni tipo di intervento in materia sanzionatoria punitiva permetterebbe ai Parlamenti nazionali di esercitare un controllo più incisivo sul rispetto del principio di sussidiarietà comunitaria. Da questa circostanza, come anche dal ricorso alle sole direttive, deriverebbe l'assoggettamento di queste sanzioni punitive ad un più approfondito controllo democratico.

Il sistema delle sanzioni punitive, dalla introduzione all'irrogazione, sarebbe quindi *prossimo al cittadino-sovrano*, che in Parlamento potrebbe apportare i correttivi necessari all'adattamento delle disposizioni in materia sanzionatoria ai principi del proprio ordinamento giuridico, ma anche al *cittadino-soggetto* al potere punitivo, nel rispetto del principio secondo cui

[36] Su questa giurisprudenza della Corte EDU cfr. *ex multis* F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 16 ss. e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 25-110. Sul rapporto fra le sanzioni comunitarie e la categoria della *matière pénale* definita dalla Corte EDU v. R. SICURELLA, *op. cit.*, p. 169.

[37] Certo, si prevede il potere degli Stati di attivare il freno di emergenza; potere che, però, è controbilanciato dalla possibilità di attivare con maggiore facilità una cooperazione rafforzata.

[38] L'attività normativa in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia post-Lisbona comporta infatti «un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale e un innalzamento dei vincoli di razionalità dello stesso, grazie al maggior controllo che potrà esercitare la Corte di giustizia»: C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1153.

«[l]e decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini» (art. 10, par. 3, TUE).

Anzi, si potrebbe argomentare che il portato del principio di prossimità si fa tanto più stringente quanto più tali "decisioni" possano incidere sui diritti dei singoli, indicando la via di una gestione strutturalmente centrifuga dell'*enforcement* del diritto dell'Unione, che ovviamente non chiude ad ipotesi di collaborazione fra gli Stati e l'Unione[39] né sbarra la strada all'attribuzione all'Unione di poteri sanzionatori "indipendenti" tramite interventi legislativi dei singoli Stati membri.

Da ultimo, questa soluzione sarebbe in linea con le proposte di chi afferma la necessità di un approccio "di sistema", che tenga «insieme – come in una "catena" – l'*enforcement* amministrativa e quella penale, in modo tale da integrare il duplice regime che oggi, invece, esiste»[40].

5. *È ancora attuale la distinzione fra sanzioni "penali" e "amministrative"?*

La formale distinzione fra sanzione penale e sanzione amministrativa, irrilevante nell'individuazione della base giuridica degli interventi dell'Unione, non perderebbe il suo "peso" umano, politico e giuridico.

Considerata la carica simbolica della qualificazione di un fatto come "reato" e di una sanzione come "penale"[41] resterebbe ferma, infatti, la necessità di valutare con attenzione se sussistono tutti i presupposti per l'attribuzione di tali etichette, che dovrebbero sempre rappresentare l'*extrema ratio*.

Adottare una nozione sostanziale e ampia di "materia penale" consentirebbe altresì di evitare che la scelta fra le due tipologie di sanzione

[39] È stato rilevato che «the dichotomy between direct and indirect administration is today far from current or realistic», dato che esistono «countless procedures requiring cooperation between national administrations and between them and Union bodies»: M. Perlot, *The European Digital Sector Strategy: Towards New (or Old?) Models of Administration?*, p. 5. Posta questa premessa, l'autrice si pone in chiave critica nei confronti dei modelli di *enforcement* sbilanciati in favore della Commissione, che caratterizzano soprattutto il DMA e il DSA, evidenziando *inter alia* come «the Commission finds itself in an impasse, acting simultaneously as a monopolist of legislative initiative, as a "substantial legislator" (holder of content rule-making power), and as the entity responsible for implementing the legislation» (p. 11).

[40] J.A.E. Vervaele, *Verso una rivalutazione europea dell'*enforcement *nel diritto punitivo?*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2023, 1, p. 48.

[41] Cfr. S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, pp. 189-191 e A. Nisco, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024.

venga contaminata da considerazioni che ad essa dovrebbero rimanere estranee, quali la necessità di "alleggerire" la procedura, di sottrarsi all'attivazione del freno di emergenza o, ancora, di evitare il coinvolgimento "rafforzato" dei Parlamenti.

La distinzione formale fra pena e sanzione amministrativa continuerebbe invece a conservare rilevanza ai fini della scelta della base giuridica nelle (rare) ipotesi in cui i Trattati attribuiscono un esplicito potere in materia punitiva "parallelo" a quello dell'art. 83 TFUE[42]: tali norme potranno infatti rappresentare il fondamento per l'introduzione di sole sanzioni *non formalmente qualificate come penali* e, in ogni caso, non incidenti sulla libertà personale.

[42] Secondo alcuni, tuttavia, esistono *altre* norme che potrebbero legittimare un intervento dell'Unione in materia penale, come ad esempio l'art. 325 TFUE: si tratta di un tema che, per la sua complessità, non può essere trattato in questa sede.

Abstract (ita)

Il contributo ha ad oggetto la base giuridica dei poteri sanzionatori punitivi dell'Unione europea e vuole dimostrare che l'art. 83, par. 2, TFUE attrae ogni intervento normativo dell'Unione in materia sanzionatoria punitiva, ad esclusione di eventuali ulteriori competenze sanzionatorie esplicitamente attribuite dai Trattati.

Abstract (eng)

The paper questions the legal basis of the European Union's punitive powers. More specifically, it asserts that all Union legislative acts concerning punitive sanctions must be based on Article 83(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union, unless the Treaties explicitly provide otherwise.

Il volume raccoglie in versione ampliata, riveduta e corretta le relazioni tenute da giovani studiosi in occasione del Convegno "I 40 anni dell'Accordo di Schengen: risultati e prospettive" svoltosi il 18 e il 19 dicembre 2025 presso l'Università di Parma. In particolare, il volume intende riflettere sullo stato di sviluppo dell'Area Schengen nelle sue molteplici diramazioni istituzionali e procedurali, sul mutevole rapporto con gli Stati non appartenenti all'Unione europea, sull'impatto delle nuove tecnologie sui diritti fondamentali e, più in generale, come la libera circolazione delle persone e l'eliminazione dei controlli alle frontiere interne continuino a rappresentare uno dei capisaldi dell'integrazione europea.

IN COPERTINA: PARMA - PALAZZO DELL'UNIVERSITÀ

Marco Inglese è Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Studî Politici e internazionali dell'Università degli Studi di Parma.

Alessandro Rosanò è Ricercatore Tenure Track di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Studî Politici e internazionali dell'Università degli Studi di Parma.

ISBN 979-12-235-0745-2

euro 18

ISSN 2975-2698

9 791223 507452