

UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”

DIPARTIMENTO DI SCIENZE INTERNAZIONALISTICHE E DI STUDI SUL SISTEMA POLITICO ED
ISTITUZIONALE EUROPEO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE
XX CICLO

TITOLO TESI:

GLI *STATUS* DEI CITTADINI DI STATI TERZI NEL DIRITTO DELL’UNIONE
EUROPEA

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Massimo Iovane

Dottorando:
Dr. Francesco Cherubini

L'ignoranza è madre della paura, ed essendo io completamente sconcertato e confuso a proposito dello straniero, confesso che ora provavo tanto orrore di quell'uomo, quanto ne avrei avuto se, nel cuore della notte, il diavolo in persona fosse venuto in camera mia. In realtà, avevo tanta paura di lui che non avevo il coraggio nemmeno di rivolgergli la parola per avere una risposta soddisfacente a ciò che in lui mi pareva inesplicabile (H. MELVILLE, *Moby Dick*, cap. III)

INDICE - SOMMARIO

Premessa

I. Le fonti della disciplina europea sui cittadini di Stati terzi

1.1 Le fonti della disciplina comune: il titolo IV TCE

- 1.1.1 Breve *excursus* sulla disciplina relativa ai cittadini di Stati terzi prima del Trattato di Amsterdam
- 1.1.2 Le nuove competenze comunitarie previste dal titolo IV TCE
- 1.1.3 Caratteristiche generali del titolo IV: a) le procedure di adozione degli atti
- 1.1.4 Segue: b) il ruolo della Corte di giustizia
- 1.1.5 Segue: c) l'applicazione differenziata

1.2 Le fonti della disciplina relativa alle categorie "privilegiate" di cittadini di Stati terzi

- 1.2.1 Il vincolo familiare tra cittadinanza dell'Unione e norme sulla libera circolazione dei lavoratori
- 1.2.2 Le norme del titolo IV su richiedenti asilo e sfollati
- 1.2.3 I regimi di associazione e simili
- 1.2.4 I cittadini di Stati terzi legalmente soggiornanti nel territorio dell'Unione

1.3 Alcune considerazioni finali

- 1.3.1 La rilevanza nella materia in oggetto di alcune norme internazionali generali e pattizie
- 1.3.2 Quadro generale delle fonti

II. I cittadini di Stati terzi nel regime comune di disciplina

2.1 La disciplina dell'ingresso

- 2.1.1 Le norme rilevanti e la loro collocazione all'interno del titolo IV
- 2.1.2 Ambito di applicazione soggettivo....
- 2.1.3 ...e oggettivo
- 2.1.4 L'effettuazione dei controlli "preliminari" alle frontiere esterne
- 2.1.5 L'ingresso di in vista di un soggiorno di breve durata: a) la natura della situazione giuridica soggettiva che lo straniero vanta nei confronti degli Stati membri
- 2.1.6 Segue: b) le condizioni di ingresso
- 2.1.7 L'ingresso in vista di un soggiorno di lunga durata

2.2 Le condizioni del soggiorno

- 2.2.1 La libertà di circolazione: a) l'abbattimento delle frontiere interne
- 2.2.2 Segue: b) la circolazione dei cittadini di Stati terzi
- 2.2.3 Le altre norme comunitarie che incidono sulle condizioni di soggiorno

2.3 Il respingimento e l'allontanamento: limiti e modalità

- 2.3.1 Le fonti relative alle due fattispecie e, in particolare, le norme di diritto internazionale
- 2.3.2 La scarna disciplina disposta dall'art. 13 del regolamento 562/2006 in relazione al respingimento
- 2.3.3 Il rimpatrio e l'espulsione secondo l'art. 23 della Convenzione di applicazione
- 2.3.4 Le modalità operative e, in particolare, gli accordi di riammissione

III. La disciplina relativa ai cittadini di Stati terzi "privilegiati"

3.1 Il vincolo familiare

- 3.1.1 L'evoluzione della disciplina tra libera circolazione dei lavoratori e rispetto dei diritti umani
- 3.1.2 I familiari del cittadino comunitario: a) il campo di applicazione
- 3.1.3 Segue: b) l'ingresso del familiare
- 3.1.4 Segue: c) il diritto di soggiorno del familiare

- 3.1.5 Segue: d) l'allontanamento
- 3.2 I richiedenti asilo e la protezione temporanea degli sfollati
 - 3.2.1 Le fonti comunitarie in tema di asilo
 - 3.2.2 L'ingresso del richiedente asilo e, in particolare, il problema della competenza a pronunciarsi sulla sua richiesta di riconoscimento dello *status*
 - 3.2.3 Il diritto di soggiorno e, in particolare, il ricongiungimento familiare
- 3.3 I cittadini di Stati terzi negli accordi di associazione
 - 3.3.1 L'accordo con la Turchia
 - 3.3.2 L'accordo SEE
 - 3.3.3 Gli accordi euromediterranei
 - 3.3.4 L'accordo con la Svizzera
- 3.4 I cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo
 - 3.4.1 La direttiva 2003/109
 - 3.4.2 I diritti dei cittadini dell'Unione estensibili ai residenti

Conclusioni

Bibliografia

Elenco delle abbreviazioni

Giurisprudenza

PREMESSA

La disciplina dell'immigrazione è stata introdotta in tempi relativamente recenti nel panorama del diritto comunitario e dell'Unione europea: se si escludono alcuni trascorsi, peraltro poco fortunati e avari di risultati sul piano degli strumenti giuridici obbligatori, la nascita di una competenza in questo settore si deve solamente al Trattato di Amsterdam del 1997. Il diritto derivato che gli organi della CE hanno sviluppato sulla scorta del titolo IV rappresenta, allo stato attuale, una parte rilevante del diritto degli stranieri: benché, infatti, per molti versi gli Stati membri conservino ancora un considerevole margine di discrezionalità, per altri è il diritto comunitario la sede della disciplina, come sugli organi comunitari ricadono le competenze rispetto alle relazioni esterne, nei limiti previsti. La linea di demarcazione che si può tracciare fra il campo d'azione del diritto comunitario e l'imperio statale, benché non del tutto netta, ascrive al primo la disciplina dell'ingresso e dell'allontanamento, pur con significativi spazi lasciati agli Stati membri, mentre a questi ultimi rimangono poteri molto rilevanti rispetto ai diritti, di qualunque specie, di cui lo straniero gode sul loro territorio.

Il settore di cui si discorre, peraltro, denuncia un rilevante scostamento dal tipico metodo comunitario che è caratterizzato dall'accantonamento dell'unanimità, da un ruolo incisivo del Parlamento europeo e della Commissione e da un pieno sindacato della Corte di giustizia. In altre parole, sembra che le competenze comunitarie in materia di immigrazione facciano fatica ad emanciparsi dalle sovranità statali, come prova la circostanza che per esse esiste una complessa e spesso poco chiara applicazione differenziata.

Accanto, tuttavia, a questo fenomeno di - potremmo dire - stallo, se non di *revirement*, dell'attuale momento dell'integrazione europea, di cui lo sviluppo delle competenze nelle materie in discorso costituisce uno degli indizi, benché non il più lampante, è di sicura evidenza l'esistenza di un diverso filone, di tutt'altra natura. La competenza che riposa sul titolo IV, infatti, è già di per se stessa disomogenea, giacché non investe solamente lo straniero *tout court*, ma pure, e in base

naturalmente a criteri diversi, lo straniero che cerchi rifugio, asilo o comunque una forma di protezione slegata da requisiti formali all'interno del territorio dell'Unione. Ma, ben oltre il titolo IV, esiste una costellazione di norme che investono alcune speciali categorie di stranieri: le norme relative ai familiari dei cittadini e quelle contenute negli accordi di associazione, principalmente, cui vanno aggiunte alcune disposizioni frammentarie che finiscono, però, per disciplinare la posizione degli stranieri residenti.

Ebbene, mentre per l'affermazione di una competenza *ad hoc*, fissata dal Trattato di Amsterdam nel titolo IV, gli Stati membri hanno manifestato uno scetticismo che si è, infine, tradotto in una sorta di comunitarizzazione monca della materia dell'immigrazione, le competenze relative ad alcune categorie privilegiate di cittadini di Stati terzi, forti di un contesto in cui pienamente si sviluppa un autentico metodo comunitario, hanno finito per produrre risultati più profondi e, per certi versi, perfino sorprendenti.

Il proponimento delle pagine che seguono è quello di analizzare questi due differenti punti di partenza da cui muove la disciplina comunitaria degli stranieri. In particolare, si tratterà di ricostruire la disciplina dell'immigrazione, distinguendo tra un *corpus* comune di norme e singoli statuti *ad hoc*, di volta in volta riferiti ai familiari, ai rifugiati, agli stranieri cui si applicano i regimi di associazione e, infine, a quelli che abbiano saldato un legame più forte con gli Stati membri. Il quadro che verrà tracciato riguarderà, naturalmente, soltanto quelle fattispecie la cui disciplina è affidata al diritto comunitario: ingresso e allontanamento principalmente, e le condizioni di soggiorno, queste ultime prese in considerazione quasi esclusivamente dai regimi "speciali". È bene precisare che per allontanamento si intendono tutta una articolata serie di provvedimenti che pongono fine o impediscono il soggiorno dello straniero: il respingimento, il rimpatrio, l'espulsione e l'extradizione. Nell'analisi che seguirà distingueremo tra essi, tralasciando tuttavia l'extradizione giusta la collocazione di siffatta materia al di fuori del contesto di questa analisi.

A fronte di questo quadro, spesso frammentato e, dunque, non sempre coerente, sarà possibile avanzare alcune conclusioni, tentando di rispondere ad una

serie di interrogativi: quali siano le logiche giuridiche che presiedono alla formazione di questi diversi statuti, quali i punti di contatto e, alla luce di questi, quali i possibili punti di approdo.

CAPITOLO PRIMO

LE FONTI DELLA DISCIPLINA EUROPEA SUI CITTADINI DI STATI TERZI

1.1 LE FONTI DELLA DISCIPLINA COMUNE: IL TITOLO IV TCE

1.1.1 BREVE *EXCURSUS* SULLA DISCIPLINA RELATIVA AI CITTADINI DI STATI TERZI PRIMA DEL TRATTATO DI AMSTERDAM — Il Trattato di Roma non prevedeva alcuna competenza esplicita della Comunità in merito alla disciplina relativa ai cittadini di Stati terzi né al complesso problema dell'immigrazione. Ciò costituisce il risultato di una ferma opposizione degli Stati membri a voler conferire alla Comunità competenze in materia. Se si eccettuano alcune disposizioni concernenti i lavoratori¹, non è dato rinvenire in detto Trattato riferimenti, anche non del tutto espliciti, alle fattispecie menzionate. Per la verità, da più parti si riconosceva la competenza del Consiglio ad emanare direttive sull'ingresso e il soggiorno dei cittadini di Stati terzi basata sull'art. 100 del Trattato di Roma². In effetti, ancora oggi l'art. 94 TCE, che ha preso il posto dell'art. 100, prevede una competenza del Consiglio a stabilire «direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune». Si è pensato che divergenze nella disciplina dell'immigrazione potessero costituire un ostacolo per il mercato comune e, dunque, giustificare l'intervento del Consiglio³. Ebbene, al di là di ogni considerazione in merito alla fondatezza di tale tesi, occorre osservare che questa presunta competenza ha prodotto unicamente una proposta della Commissione concernente il

¹ Si allude agli articoli 117 e 118 TCE, oggi 136 e 137, relativi alla politica sociale e all'art. 59, oggi 49, sulla libera circolazione dei servizi. Per la verità, il regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2 ss., prevedeva, agli articoli 10-12, una scarsa disciplina relativa al trattamento da riservare ai familiari del lavoratore, «qualunque sia la loro cittadinanza».

² Si rimanda alla letteratura citata da MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003, p. 15. Vedi pure ADINOLFI, «La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale», in NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, p. 124.

³ Vedi ancora MANCA, *op. cit.*, p. 15.

ravvicinamento delle legislazioni interne sulla lotta all'immigrazione clandestina e sull'occupazione illegale⁴. La proposta, per l'appunto, indicava come base giuridica la vecchia versione dell'art. 100, ma non ha avuto alcun seguito presso il Consiglio.

Altra strada percorsa nuovamente dalla Commissione, stavolta con maggiore successo, è stata quella di fare leva sugli articoli 117 e 118 TCE. Il primo fissava come finalità generale quella del «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera», mentre il secondo affidava alla Commissione il compito di «promuovere una stretta collaborazione tra gli Stati membri in campo sociale». È su tali basi che l'istituzione comunitaria adottava la decisione 85/381⁵ con la quale veniva istituita una procedura di comunicazione preliminare in merito alle politiche migratorie degli Stati membri. La decisione fu impugnata presso la Corte di giustizia da cinque Stati: l'esito finale portò all'affermazione della Corte secondo cui le politiche migratorie degli Stati membri, nei confronti dei lavoratori cittadini di Stati terzi, non fossero estranee alla finalità prevista dall'art. 117⁶. Si trattò, tuttavia, di un riconoscimento che rimase lettera morta: la decisione in discorso fu ripresa da una successiva che ne riproduceva i contenuti, modificati secondo le indicazioni della Corte⁷, ma essa non ebbe alcun seguito. In definitiva, anche la base costituita dagli articoli 117 e 118 non portò ad alcun risultato significativo.

⁴ Proposta modificata di direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti la lotta contro la migrazione clandestina e l'occupazione illegale, COM (1978) 86 del 22 marzo 1978, in GUCE C 97 del 22 aprile 1978, p. 9 ss. Sul punto cfr. CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, p. 253, e MANCA, *op. cit.*, p. 16 s.

⁵ Decisione 85/381/CEE della Commissione dell'8 luglio 1985, che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti degli Stati terzi, in GUCE L 217 del 14 agosto 1985, p. 25 ss.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283, 284, 285 e 287/85, *Repubblica federale di Germania, Repubblica francese, Regno dei Paesi Bassi, Regno di Danimarca e Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1987, p. 3203 ss.

⁷ Decisione 88/384/CEE della Commissione dell'8 giugno 1988, che istituisce una procedura di comunicazione preliminare e di concertazione sulle politiche migratorie nei confronti dei paesi terzi, in GUCE L 183 del 14 luglio 1988, p. 35 s.

Puramente teorica è invece l'affermazione secondo cui, oltre agli articoli 100, 117 e 118, il Trattato di Roma offrisse un'ulteriore e, presumibilmente, più solida base giuridica per un'azione della Comunità in materia di immigrazione⁸. Si tratta dell'art. 235, oggi art. 308 TCE: tesi questa non solo del tutto isolata, ma pure per nulla seguita nella prassi delle istituzioni comunitarie, al contrario delle norme suddette che, quantomeno, potevano vantare alcune iniziative della Commissione. In ultima analisi, può sottoscriversi pienamente l'affermazione secondo cui «per lungo tempo il trattamento dei cittadini di Stati terzi è stato considerato un settore estraneo, in linea di principio, alla realizzazione del mercato comune, e quindi di competenza esclusiva degli Stati membri»⁹.

L'Atto unico europeo non cambia, in buona sostanza, il quadro. Anzi, con esso si palesa in modo se possibile più esplicito la volontà degli Stati membri di mantenere per sé la disciplina relativa ai cittadini di Stati terzi¹⁰. Pur tuttavia, un appiglio cui ancorare una possibile competenza della Comunità in tema di immigrazione venne individuato dalla Commissione nell'art. 7A (ex art. 8A e ora art. 14) del Trattato, introdotto dall'art. 13 dell'Atto unico europeo¹¹. Esso, come noto, mirava all'instaurazione di un mercato senza frontiere interne, presupponendo in tal modo un rafforzamento alle frontiere esterne, indispensabile a quello scopo. La Commissione, sulla base di tali considerazioni, aveva indicato nel Libro bianco sull'instaurazione del mercato comune del 1985 un programma per la presentazione di proposte concernenti i cittadini di Stati terzi¹². Ebbene, senza considerare che

⁸ Sostiene una tesi siffatta MANCA, *op. cit.*, p. 17 ss. *Contra* vedi HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 120.

⁹ CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 16. In tal senso si vedano pure HAILBRONNER, «Visa Regulation and Third-country Nationals in EC Law», *CMLR*, 1994, p. 971, e ADINOLFI, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰ Sul punto si veda MANCA, *op. cit.*, p. 37 ss.

¹¹ Vedi CREPEAU, CARLIER, «Intégration régionale et politique migratoire. Le "modele" européen entre coopération et communitarisation», *JDI*, 1999, pp. 959-961, LIGUORI, «L'immigrazione e l'Unione europea», *DCSI*, 2000, p. 429, CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 254 s., e MANCA, *op. cit.*, p. 38 s.

¹² Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985), COM (1985) 310 del 14 giugno 1985, par. 55 (<http://www.eur->

rispetto alla portata stessa dell'art. 7A non vi fu esattamente identità di vedute tra gli Stati membri¹³, soprattutto essi non accolsero l'interpretazione della Commissione, manifestando (tuttavia) la volontà di instaurare delle forme di cooperazione intergovernativa in merito¹⁴. Ciò di fatto ebbe come maggiori risultati la creazione di una serie di gruppi di lavoro¹⁵ e la firma di due accordi: la Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990 sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri della CEE, che rientra in uno dei regimi speciali¹⁶; e gli Accordi di Schengen, firmati tra il 1985 e il 1990, sui quali è il caso di spendere qualche riflessione.

Gli Accordi constano di due trattati separati, firmati l'uno il 14 giugno del 1985 e l'altro il 19 giugno 1990 solo da una parte dei paesi CEE, vale a dire Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi. Ad essi hanno, tra il 1990 e il 1996, aderito tutti gli altri Stati membri della Comunità¹⁷, ad eccezione del Regno Unito e dell'Irlanda. Si tratta, come è stato giustamente osservato, di un «laboratorio sperimentale per la realizzazione dell'obiettivo previsto dall'art. 7A del Trattato CEE»¹⁸. Una sorta, dunque, di meccanismo di attuazione intergovernativa di obiettivi comunitari. La disciplina degli Accordi prevedeva, a grandi linee¹⁹, l'abolizione dei

lex.europa.eu). Sul ruolo particolarmente attivo della Commissione nel tentare di estendere le competenze comunitarie in materia di trattamento di extracomunitari si veda PEERS, «Towards equality: Actual and potential rights of third country nationals in the European Union», *CMLR*, 1996, p. 9 ss.

¹³ In particolare, non v'era concordia sulla circostanza che l'art. 7A si riferisse o meno ai soli cittadini comunitari. In merito, si veda BERTINI, «La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone. I rapporti con i Paesi terzi», in BONVICINI, TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 187 s.

¹⁴ Cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 19 ss.

¹⁵ Sull'attività di siffatti gruppi si rimanda a CREPEAU, CARLIER, *op. cit.*, p. 961 ss., e MANCA, *op. cit.*, p. 39 ss.

¹⁶ Si veda oltre, al § 1.2.2.

¹⁷ L'Italia ha aderito con l'Accordo e il Protocollo di adesione, firmati a Parigi il 27 novembre 1990 e successivamente ratificati con la legge n. 388 del 30 novembre 1993, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 232 del 2 ottobre 1993, S.O. n. 93.

¹⁸ BERTINI, *op. cit.*, p. 190.

¹⁹ Per un'analisi più dettagliata della normativa Schengen, si rimanda alla bibliografia citata da MANCA, *op. cit.*, p. 45. Una più recente disamina della disciplina in discorso è contenuta in CREPEAU, CARLIER, *op. cit.*, p. 964 ss.

controlli sulle persone alle frontiere tra gli Stati parte, principi uniformi per il controllo alle frontiere esterne e indicava in modo preciso i presupposti per l'ingresso dei cittadini di Stati terzi. Tra essi è opportuno ricordare la mancata comparizione nell'elenco delle persone segnalate ai fini della non ammissione²⁰: un elenco formato dalle segnalazioni delle autorità degli Stati parte consistente in una banca dati denominata SIS (Sistema d'informazione Schengen)²¹. Organo principale degli Accordi era il Comitato esecutivo, che aveva «il compito generale di vigilare sulla corretta applicazione» della Convenzione del 1990, oltre alle competenze particolari ad esso conferite dalla medesima²²: è proprio in virtù di tali ultime competenze che il Comitato ha dato vita ad una normativa piuttosto articolata²³.

In dottrina il giudizio complessivo sull'esperimento costituito dagli Accordi è duplice: se, da un lato, essi rappresentano un passo in avanti nella generale e ormai istituzionalizzata politica dell'Europa *à la carte*²⁴, dall'altro, proprio la scelta di procedere "a più velocità" costituisce pur sempre una battuta d'arresto per il processo di integrazione. In effetti, da molte parti si è lamentata proprio la mancanza, nel sistema Schengen, di quei tipici caratteri penetranti del diritto comunitario: dall'assenza di un controllo giurisdizionale²⁵, allo scarso grado di democraticità di tutto l'impianto²⁶. La distanza tra i due livelli normativi - intergovernativo e

²⁰ Art. 5, par. 1, lett. d), della Convenzione di applicazione.

²¹ Ad esso è dedicato l'intero titolo IV della Convenzione di applicazione, all'art. 92 ss.

²² Art. 131 della Convenzione di applicazione.

²³ Per un elenco delle decisioni del Comitato esecutivo si veda la parte 3 dell'Allegato B della decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che definisce l'*acquis* di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato CE e del trattato UE, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni e decisioni che costituiscono l'*acquis*, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss.

²⁴ In tal senso cfr. MISSORICI, ROMANO, «Libertà di circolazione e soggiorno: i cittadini degli Stati terzi tra cittadinanza europea e politica delle migrazioni», *RIDU*, 1998, p. 70, CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 257 s., e MANCA, *op. cit.*, p. 51.

²⁵ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, Indagini conoscitive e documentazioni legislative n. 20, *Integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea*, Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione ed il funzionamento della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e di vigilanza sull'unità nazionale EUROPOL, Atti Parlamentari, XIII Legislatura, Camera dei deputati, 1999, p. 6, e MANCA, *op. cit.*, p. 51 ss.

²⁶ V. CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *op. cit.*, p. 6, CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 257, e MANCA, *op. cit.*, p. 53 s.

comunitario - ha creato in questo settore più di un problema all'atto dell'incorporazione del primo nel secondo²⁷. Senza peraltro dimenticare che, nonostante la clausola di prevalenza contenuta nell'art. 134 della Convenzione di applicazione, le norme Schengen, come si è notato, presentavano un duplice profilo di potenziale incompatibilità col diritto comunitario: sul terreno del rafforzamento alle frontiere esterne, esse avrebbero potuto compromettere la libera circolazione dei cittadini dei paesi comunitari che non facevano parte degli Accordi²⁸; in relazione, invece, alle norme sulla cooperazione di polizia, esse sollevavano - e sollevano - dei dubbi di compatibilità rispetto ai principi comunitari sul rispetto dei diritti fondamentali²⁹.

È con il Trattato di Maastricht che compare una prima esplicita competenza della Comunità e dell'Unione rispetto ai cittadini di Stati terzi: si tratta, rispettivamente, dell'inserimento, nel Trattato CE, dell'art. 100C e dell'introduzione, nel nuovo terzo pilastro GAI (Giustizia e affari interni), di forme istituzionalizzate di cooperazione intergovernativa in materia di immigrazione³⁰. Va detto fin da subito che mentre l'art. 100C TCE costituiva la base per l'adozione di atti vincolanti della Comunità, il titolo VI TUE non consegnava all'Unione un potere analogo. Ebbene, l'art. 100C TCE prevedeva la competenza della Comunità in merito ad alcuni aspetti della politica dei visti. Giova sottolineare che siffatta competenza si saldava alla

²⁷ In tal senso CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, *op. cit.*, p. 12, e HAILBRONNER, «The Treaty of Amsterdam and Migration Law», *EJML*, 1999, p. 23.

²⁸ Questa è l'opinione espressa da ROSSI, «Gli stranieri», in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, p. 138, e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 22. Si rammenti, tuttavia, come ricorda l'ultimo dei due (*loc. cit.*) e come lascia chiaramente intendere anche ROSSI, *op. cit.*, p. 138, che una siffatta discriminazione degli "altri" cittadini comunitari sarebbe potuta avvenire solo *de facto*: ciò perché la nozione di "straniero" contenuta nell'art. 1 della Convenzione del 1990 non include i cittadini dei paesi comunitari non parte degli Accordi.

²⁹ Una critica in tal senso viene espressa da WAGNER, «The Integration of Schengen into the Framework of the European Union», *LIEI*, 1998, n. 2, p. 7. Giova ricordare che i principi sopra menzionati, introdotti *expressis verbis* dal Trattato di Maastricht, erano stati comunque in precedenza ad esso affermati dalla Corte di giustizia, in una ricca giurisprudenza per la quale si rinvia a VILLANI, «I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea», ora in VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 132 ss.

³⁰ Su di essi si veda HAILBRONNER, «Visa Regulation...», *cit.*, p. 969 ss.

libera circolazione delle persone nell'ambito del mercato interno, giusta il richiamo che ad essa faceva l'art. 3, lett. d), TCE³¹. In particolare, l'art. 100C affidava al Consiglio la determinazione dell'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e l'adozione delle misure relative all'instaurazione di un modello uniforme per i visti. Si tratta, secondo una dottrina condivisibile, di una eccezione rispetto all'orientamento degli Stati di affidare la politica dell'immigrazione interamente al pilastro intergovernativo³². Una scelta, peraltro, non del tutto priva di aspetti problematici, come testimoniano le controversie giunte davanti alla Corte concernenti l'individuazione della linea di demarcazione tra i due pilastri³³. Al di là di ciò, si può notare come la competenza prevista dall'art. 100C incontrasse due limiti: l'uno, di carattere procedurale, consistente nella fissazione della regola dell'unanimità³⁴; l'altro, che vedremo essere una costante in materia di immigrazione, rappresentato dall'esercizio «delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna»³⁵. La competenza in discorso ha prodotto alcuni risultati sul piano

³¹ Vedi HAILBRONNER, *ibid.*, p. 974 ss.

³² BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration - enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2000, p. 30. In tal senso anche HAILBRONNER, «Visa Regulation...», cit., p. 973, e ADINOLFI, *op. cit.*, p. 124.

³³ Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea (Parlamento c. Consiglio)*, in *Racc.*, 1997, p. I-3213 ss., e della sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1998, p. I-2763 ss. Sulla prima si veda BERGER, *op. cit.*, p. 31 ss., cui *adde*, sulla seconda, NOVI, «La competenza della Corte di giustizia in materia di atti contemplati dal titolo VI del Trattato UE», *DCSI*, 1998, p. 399 ss., STAPLES, *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 93 ss., ROTTOLA, «La Corte di giustizia è competente, ma...non lo è», *DUE*, 2001, p. 559 ss., e CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 260.

³⁴ La maggioranza qualificata era prevista solo a partire dal 1° gennaio 1996. Si noti, tra l'altro, che la Commissione, pur mantenendo un potere di iniziativa esclusivo, era, secondo il par. 4 dell'art. 100C, «tenuta ad esaminare qualsiasi richiesta formulata da uno Stato membro». Una siffatta disposizione, evidentemente, consentiva, in caso di inerzia della Commissione, l'eventuale proposizione di un ricorso in carenza.

³⁵ Così recita l'art. 100C, par. 5, TCE.

normativo: il regolamento 2317/95³⁶ che determinava l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e il regolamento 1683/95³⁷ che stabilisce un modello di visto uniforme. Il primo è stato annullato dalla Corte di giustizia e poi comunque superato dal successivo regolamento 574/99 adottato, peraltro, sempre sulla base dell'art. 100C³⁸, e, da ultimo, dal regolamento 539/2001³⁹, mentre il secondo è tuttora in vigore, sebbene con alcune modifiche introdotte successivamente⁴⁰. Per la verità, sia per quest'ultimo che per il citato regolamento 574/99 si pone il problema di una loro residua efficacia per quegli Stati cui essi erano indirizzati quali atti aventi base giuridica l'art. 100C e ai quali oggi si applica un regime differenziato, sia per quanto concerne il titolo IV che rispetto all'*acquis* di Schengen incorporato nel diritto europeo⁴¹.

³⁶ Regolamento (CE) n. 2317/95 del Consiglio del 25 settembre 1995, che determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, in GUCE L 234 del 3 ottobre 1995, p. 1 ss.

³⁷ Regolamento (CE) n. 1638/95 del Consiglio del 29 maggio 1995, che istituisce un modello uniforme per i visti, in GUCE L 164 del 14 luglio 1995, p. 1 ss.

³⁸ Il regolamento in questione è stato annullato dalla sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., p. I-3213 ss. Esso è stato sostituito dal regolamento (CE) n. 574/1999 del Consiglio del 12 marzo 1999, che determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, in GUCE L 72 del 18 marzo 1999, p. 2 ss.

³⁹ Regolamento (CE) 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, in GUCE L 81 del 21 marzo 2001, p. 2 ss. Tale atto, naturalmente, è stato adottato sulla base dell'art. 62, n. 2, lett. b), punto i) TCE.

⁴⁰ Le modifiche sono state introdotte dal regolamento (CE) n. 333/2002 del Consiglio del 18 febbraio 2002, relativo ad un modello uniforme di foglio utilizzabile per l'apposizione di un visto rilasciato dagli Stati membri a persone titolari di un documento di viaggio non riconosciuto dallo Stato membro che mette il foglio, in GUCE L 53 del 23 febbraio 2002, p. 4 ss.

⁴¹ Ci pare che la soluzione non possa che essere quella indicata da CELLAMARE, *op. cit.*, p. 64, secondo cui, giusta la clausola contenuta nell'art. 2 del Protocollo, allegato ai trattati UE e CE, sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, che fa salvo l'*acquis* comunitario applicabile a detti Stati e l'assenza, in detto Protocollo, di una disposizione simile a quella contenuta nell'art. 4 del Protocollo, anch'esso allegato ai trattati UE e CE, sulla posizione della Danimarca (disposizione che esclude dal campo di applicazione del Protocollo in cui è contenuta le misure che determinano quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri e le misure relative all'instaurazione di un modello uniforme per i visti, relativamente alle quali, quindi, come poi si dirà, la Danimarca non rientra nel regime di cooperazione rafforzata), al Regno Unito e all'Irlanda continuano ad applicarsi sia il regolamento 574/99 che il regolamento 1683/95, quest'ultimo, s'intende, senza le modifiche successivamente

Sul versante del pilastro intergovernativo, invece, i poteri dell'Unione erano estremamente limitati⁴². L'art. K1 TUE prevedeva una serie di competenze, oggi quasi del tutto trasfuse nel titolo IV TCE, ma rispetto alle quali il Consiglio non aveva poteri vincolanti⁴³, scarso era il ruolo delle altre istituzioni⁴⁴ e, soprattutto, mancava quasi del tutto una competenza della Corte di giustizia⁴⁵. L'attività delle istituzioni è stata, in questo settore, comunque rilevante⁴⁶. Giova rammentare che l'art. K9 TUE prevedeva la possibilità che il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione o di uno Stato membro, sottoponesse alcune delle materie rientranti nel titolo VI al regime dell'art. 100C, raccomandando agli Stati membri di adottare tale decisione conformemente alle loro rispettive norme costituzionali. Si tratta della cd. norma passerella, che avrebbe dovuto rendere più agevole, evitando una ordinaria e più laboriosa modifica del Trattato CE, la comunitarizzazione di parte delle materie inserite nel titolo VI. Com'è noto, essa non è stata sfruttata, la qual cosa testimonia la riluttanza degli Stati membri ad

apportate dal regolamento 333/2002. In tal senso vedi pure HALL, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Boston, London, 1995, p. 57.

⁴² Si veda HAILBRONNER, «Visa Regulation...», cit., p. 969 ss., e, dello stesso autore, «European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam Treaty», *CMLR*, 1998, p. 1047.

⁴³ Gli unici atti vincolanti erano le convenzioni, ma esse erano pur sempre soggette a ratifica da parte degli Stati membri, ratifica che il Consiglio aveva solo il potere di raccomandare.

⁴⁴ La Commissione aveva un potere di iniziativa, condiviso peraltro con gli Stati membri, solo in alcuni settori; per gli altri essa era «pienamente associata ai lavori» del Consiglio. Val la pena di notare che i settori in cui essa manteneva il potere d'iniziativa "condiviso" sono esattamente quelli che sono stati trasferiti nel titolo IV TCE e rispetto ai quali, peraltro, l'art. K9 TUE prevedeva la possibilità di rendere applicabile il regime previsto dall'art. 100C TCE. Quanto al Parlamento, esso era destinatario delle scarse indicazioni dell'art. K6: era regolarmente informato dei lavori, veniva consultato ma senza che ciò costituisse un obbligo sanzionato dal TUE e, infine, poteva rivolgere interrogazioni o raccomandazioni al Consiglio. Sul punto, ad ogni buon conto, si vedano MISSORICI, ROMANO, *op. cit.*, p. 74, e MANCA, *op. cit.*, p. 64 ss.

⁴⁵ Essa avrebbe potuto pronunciarsi, in base all'art. L TUE, unicamente sulle convenzioni che però avessero contenuto una clausola in tal senso. In altre parole, detta ristretta competenza non era neppure obbligatoria. Si veda ancora MANCA, *ibid.*, p. 70 ss.

⁴⁶ Si tratta soprattutto di alcune risoluzioni vertenti, tuttavia, soprattutto sull'ammissione a fini lavorativi. Si rammenta che esse, come autorevolmente affermato da TESAURO, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, 2005, p. 157, sono sprovviste di efficacia vincolante. Sull'attività del Consiglio GAI si rimanda ad ADINOLFI, *op. cit.*, p. 125 s., e MANCA, *op. cit.*, p. 81 ss.

abbandonare il «dogma»⁴⁷ dell'esclusività della loro competenza in tema di immigrazione.

1.1.2 LE NUOVE COMPETENZE COMUNITARIE PREVISTE DAL TITOLO IV TCE — L'atteggiamento recisamente ostile degli Stati membri viene meno solo con il Trattato di Amsterdam: in effetti, si può sottoscrivere l'affermazione secondo cui esso costituisce una «rivoluzione copernicana»⁴⁸ nel settore. Ciò, tuttavia, non è avvenuto senza la realizzazione di un compromesso⁴⁹: alcuni Stati membri, particolarmente gelosi delle proprie competenze, sono rimasti fuori dal titolo IV e/o dall'incorporazione delle norme Schengen, secondo schemi particolarmente complessi frutto di un'altra «rivoluzione copernicana»⁵⁰ attuata dal Trattato di Amsterdam, vale a dire l'istituzionalizzazione dell'Europa *à la carte* tramite il meccanismo della cooperazione rafforzata.

Una prima questione che merita di essere analizzata è quella del contenuto delle nuove competenze, affidate alla Comunità dal titolo IV TCE. Anzitutto, esse vengono inserite, dall'art. 61 TCE, nell'ambito di una finalità più generale: la progressiva istituzione di «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia»⁵¹. A tale scopo, l'art. 61 attribuisce al Consiglio il potere di adottare: i) entro cinque anni a partire dalla data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (avvenuta il 1° maggio 1999), misure volte ad assicurare la libera circolazione delle persone nel mercato interno *ex art. 62, n. 1, TCE*; ii) entro lo stesso termine, misure in materia di controlli alle frontiere esterne, asilo e immigrazione *ex articoli 62, numeri 2 e 3, e 63 TCE*; iii) entro lo stesso termine, misure per prevenire e combattere la criminalità *ex art. 31, par. 1, lett. e), TUE*; iv) misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, come previsto dall'art. 65 TCE; v) misure in tema di cooperazione

⁴⁷ L'espressione è di MANCA, *ibid.* p. 56. Sulla riluttanza degli Stati membri a valersi dell'art. K9 si veda HAILBRONNER, «Visa Regulation...», cit., p. 995.

⁴⁸ Così CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 263. In tal senso vedi pure HAILBRONNER, «European Immigration...», cit., p. 1047.

⁴⁹ Così si esprime LABAYLE, «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTDE*, 1997, p. 843 s.

⁵⁰ Stavolta l'espressione è di WAGNER, *op. cit.*, p. 35, trad. agg.

⁵¹ Su di esso, si veda il contributo di LABAYLE, *op. cit.*, p. 813 ss.

amministrativa ex art. 66 TCE; vi) misure nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale in conformità alle pertinenti disposizioni del TUE. Prescindendo qui dalle misure previste ai punti iii), iv), v) e vi), che esulano dal contesto di analisi, le competenze sub i) e ii) possono ulteriormente suddividersi a seconda che esse riguardino l'asilo, i rifugiati e gli sfollati da una parte e i cittadini di Stati terzi *tout court* dall'altra. Le prime sono previste dall'art. 63, primo comma, numeri 1 e 2, TCE: su di esse torneremo al tempo, in sede di analisi dei regimi speciali⁵². Le seconde, invece, sono contemplate dall'art. 62 e dall'art. 63, primo comma, paragrafi 3 e 4, TCE: sono queste ultime che, in tale fase dell'indagine, ci interessano più da vicino.

Per quanto concerne l'art. 62 TCE, esso prevede una competenza comunitaria in tre settori: quello della soppressione dei controlli alle frontiere interne, quello della circolazione intracomunitaria di cittadini di Stati terzi ammessi al soggiorno inferiore a tre mesi e quello dell'attraversamento delle frontiere esterne. In quest'ultimo campo, la CE adotta misure finalizzate a stabilire «norme e procedure cui gli Stati membri devono attenersi per l'effettuazione dei controlli» e «regole in materia di visti relativi a soggiorni inferiori a tre mesi».

Quanto all'art. 63, esso prevede una competenza relativamente all'ingresso e al soggiorno dei cittadini di Stati terzi di durata superiore a tre mesi, ivi inclusi l'ingresso e il soggiorno irregolari, il rimpatrio, l'ingresso e il soggiorno intracomunitari.

Le fattispecie che investono le competenze comunitarie rientrano dunque nelle tre classiche macroaree che interessano i cittadini di Stati terzi: l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento. Le norme, peraltro, operano una evidente distinzione tra coloro che varcano i confini comunitari per ragioni transitorie (si pensi ad esempio ai turisti) e coloro che fanno ingresso nel territorio dell'Unione per rimanervi in modo tendenzialmente stabile. Le due categorie hanno - almeno

⁵² Vedi § 1.2.2.

rispetto alle fonti - elementi in comune e differenze marcate: innanzitutto, la distinzione, come è ovvio, non opera relativamente ai controlli che si effettuano alle frontiere esterne. Qui, per la verità, è lo stesso art. 62, n. 2, lett. a), a deporre chiaramente in tal senso. Diversa è invece la situazione in relazione all'ingresso: sebbene infatti, da un lato, l'art. 62, n. 2, lett. b), faccia riferimento a «regole in materia di visti relativi a soggiorni previsti di durata non superiore a tre mesi» e, dall'altro, l'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a), parli di «condizioni di ingresso [...] e norme sulle procedure di rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine», è dubbio che la Comunità eserciti differenti competenze a seconda che l'ingresso sia di breve o di lunga durata⁵³. La situazione, invece, cambia radicalmente in relazione al soggiorno: qui, infatti, le competenze comunitarie rispetto ai soggiornanti di breve periodo si riducono alle condizioni di circolazione di detti individui negli (altri) Stati membri, in base all'art. 62, n. 3. Per i soggiornanti di lungo periodo, invece, la Comunità detiene un mandato più ampio, affidatole dall'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a), e n. 4, che investe più in generale le condizioni di soggiorno⁵⁴. Quanto, infine, all'allontanamento il quadro è più variegato: infatti, assieme alla scarsa disposizione dell'art. 63, primo comma, n. 3, lett. b), concernente le misure di rimpatrio - le quali sovente consistono in accordi di riammissione tra Comunità e Stati terzi - occorrerebbe aggiungere le competenze dell'Unione in tema di estradizione. Esse, tuttavia, rientrando, come si accennava in sede di premessa, in un contesto normativo del tutto diverso (il titolo VI del TUE), non saranno esaminate in questo lavoro.

Ebbene, per le misure che in questi vasti settori il Consiglio adotta si pone - ed è questa una seconda questione - il problema della natura della competenza comunitaria. Ci si deve, in altre parole, chiedere se relativamente ad esse la Comunità abbia una competenza esclusiva o concorrente. La questione va risolta guardando a due disposizioni: il secondo comma dell'art. 63, in base al quale «[1]e

⁵³ Sul punto, in ogni caso, torneremo nel § 2.1.

⁵⁴ Anche per esse, naturalmente, si rimanda più oltre, al § 2.2.

misure adottate dal Consiglio a norma dei punti 3 e 4 non ostano a che uno Stato membro mantenga o introduca, nei settori in questione, disposizioni nazionali compatibili con il presente trattato e con gli accordi internazionali»⁵⁵; e l'art. 64, par. 1, TCE, secondo cui «[i]l presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Come la dottrina prevalente riconosce⁵⁶, dalle due disposizioni in esame discende che sia nei numeri 3 e 4 indicati dall'art. 63, secondo comma, che, più in generale, in tutto il titolo IV, la Comunità dispone di una competenza concorrente. Ciò pare, salvo quanto subito si aggiungerà, corretto: lo confermano la successiva prassi delle istituzioni⁵⁷ nonché l'estensione stessa delle fattispecie cui gli articoli 62 e 63 fanno riferimento. Ne segue che in tali settori, da un lato, l'intervento comunitario dovrà ispirarsi al principio di sussidiarietà, enunciato dall'art. 5 TCE⁵⁸, e, dall'altro, l'attività statale dovrà comunque conformarsi ai trattati e agli accordi internazionali nonché, com'è ovvio, al generale principio di collaborazione previsto dall'art. 10 TCE⁵⁹. Ci sembra, tuttavia, di poter

⁵⁵ La norma non specifica, come nota ADINOLFI, *op. cit.*, p. 129, cosa debba intendersi per disposizioni «compatibili». In particolare l'autore si chiede se lo Stato membro possa introdurre misure più restrittive riguardo all'ingresso e al soggiorno. Sul punto torneremo nel § 2.1.

⁵⁶ In tal senso si vedano LABAYLE, *op. cit.*, p. 846, HAILBRONNER, «European Immigration...», cit., p. 1051, dello stesso autore, «The Treaty of...», cit., p. 13 s., CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, pp. 289 ss., ADINOLFI, «La libertà di circolazione delle persone», in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, 2005, p. 96 s., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁷ È sufficiente notare come in quasi tutti gli atti vincolanti adottati nell'ambito del titolo IV si rinvenivano espliciti richiami al principio di sussidiarietà, a quello di proporzionalità e all'art. 5 TCE. Si vedano, per fare qualche esempio: il considerando 24 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44 ss.; il considerando 23 della direttiva 2005/71/CE del Consiglio del 12 ottobre 2005, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica, in GUUE L 289 del 3 novembre 2005, p. 17; il considerando 11 del regolamento 539/2001, cit., p. 2.

⁵⁸ La Comunità, ovviamente, rimane qui vincolata anche dal principio di proporzionalità, non diversamente - e in ciò consiste la differenza rispetto a quello di sussidiarietà - dai settori di competenza esclusiva.

⁵⁹ Così HAILBRONNER, «The Treaty of...», cit., p. 14. Si noti che, secondo CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 290, gli accordi internazionali cui rinvia l'art. 63, secondo comma, includerebbero anche quelli conclusi dagli Stati membri con Stati terzi, come p.e. la Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

aderire alla tesi proposta da parte della dottrina⁶⁰, secondo cui almeno uno dei campi contemplati dall'art. 62 deve essere ascritto ad una competenza esclusiva. Si tratta delle misure relative al visto uniforme la cui adozione, per la natura stessa della materia, non può essere affidata (anche) agli Stati membri senza mettere a rischio la completezza e l'efficacia dell'armonizzazione⁶¹. La prassi delle istituzioni, peraltro, conferma tale orientamento⁶². Ad ogni buon conto, è bene rammentare che la linea di demarcazione tra le due specie di competenza «non ha carattere rigido o fisso, potendo variare nel tempo in funzione dello sviluppo dell'azione comunitaria e del processo di integrazione europea»⁶³.

Una terza - ed ultima - questione si pone, invece, in relazione alle competenze esterne della Comunità nei settori in discorso. Data per scontata la legittimazione di questa a concludere accordi internazionali nelle materie in esame⁶⁴, resta da stabilirne, anche per essa, la natura esclusiva o concorrente. La dottrina sembra orientata, nonostante qualcuno abbia sollevato qualche perplessità, verso il secondo termine⁶⁵. Ciò discende chiaramente dall'articolo unico del Protocollo sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne, secondo cui «[l]e disposizioni sulle misure relative all'attraversamento delle frontiere esterne di cui all'articolo 73J [oggi 62], punto 2, lettera *a*), del titolo III *bis* [oggi IV] del trattato non pregiudicano la competenza degli Stati membri a negoziare o concludere accordi con i paesi terzi, a condizione che tali accordi rispettino il diritto comunitario e gli altri accordi internazionali pertinenti». Si tratta di una norma con la quale gli Stati hanno voluto evitare gli effetti della giurisprudenza della Corte secondo cui vi è una implicita competenza esterna esclusiva della Comunità in quei

⁶⁰ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ CELLAMARE, *loc. cit.*

⁶² CELLAMARE, *loc. cit.* Ad esempio, manca un riferimento analogo a quelli citati *supra* in nota 57, nel regolamento 333/2002, cit., p. 7 ss.

⁶³ STROZZI, *Diritto dell'Unione europea Parte istituzionale*, terza ed., Torino, 2005, p. 56.

⁶⁴ Cfr. BERTINI, *op. cit.*, p. 217 s.

⁶⁵ Inclini ad affermare una competenza concorrente sono LABAYLE, *op. cit.*, p. 846, HAILBRONNER, «European Immigration...», cit., p. 1049, pur con qualche perplessità BERTINI, *op. cit.*, p. 218 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 54 ss.

settori in cui essa abbia già posto in essere norme comuni⁶⁶. Tuttavia, va ricordato da un lato che la norma del Protocollo opera limitatamente alla competenza di cui alla lett. a), cioè a quella relativa alle norme e alle procedure cui gli Stati membri devono attenersi per l'effettuazione dei controlli sulle persone e che, dall'altro, la ristretta competenza esterna concorrente degli Stati che ne risulta deve essere comunque esercitata nel rispetto del principio di leale collaborazione. Se ne deve dedurre che, per le restanti materie contemplate dagli articoli 62 e 63 valga il principio giurisprudenziale summenzionato, l'operatività del quale, è bene però rammentare, è condizionata all'adozione di norme comuni. Né confuta tale conclusione la circostanza che con la Dichiarazione n. 18 allegata al Trattato di Amsterdam la Conferenza abbia convenuto che «gli Stati membri possono negoziare e concludere accordi con paesi terzi nei settori contemplati dall'art. 73 K (ora 63), punto 3, lett. a)»: a parte il fatto che comunque tali accordi debbono rispettare il diritto comunitario, secondo quanto la stessa Dichiarazione afferma, quest'ultima non è, come noto⁶⁷, idonea a derogare o modificare la regola così come interpretata dalla Corte.

1.1.3 CARATTERISTICHE GENERALI DEL TITOLO IV: A) LE PROCEDURE DI ADOZIONE DEGLI ATTI —

Le procedure di adozione degli atti nel titolo IV risentono ancora del retaggio del metodo intergovernativo, imposto dal vecchio pilastro GAI. In effetti, almeno nel periodo transitorio di cinque anni dalla data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e salvo alcune modifiche introdotte dal Trattato di Nizza, la regola prevalente è quella dell'unanimità, con un ruolo più defilato delle altre istituzioni comunitarie. L'art. 67 TCE prevede diversi regimi di adozione degli atti, determinati in parte dal fattore tempo, in parte *ratione materiae*. Ove non diversamente previsto dal Trattato, il Consiglio delibera: fino al 1° maggio 2004, all'unanimità su proposta

⁶⁶ Si veda soprattutto la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1971, p. 263 ss., punti 16-19, e, da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2005, p. I-6985 ss., punto 41 ss.

⁶⁷ Si veda CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 292 s.

della Commissione o su iniziativa di uno Stato membro, previo parere del PE; scaduta tale data, la procedura rimane la stessa, salvo che gli Stati perdono il potere di iniziativa. Ad essi, tuttavia, è riconosciuto un potere di formulare richieste alla Commissione: appare evidente, come peraltro la dottrina riconosce, che la Commissione non sia vincolata nel merito dalle proposte degli Stati⁶⁸.

Questo regime, tuttavia, è residuale: per talune competenze della Comunità, infatti, l'art. 67 ne prevede uno diverso, caratterizzato da un favore per il metodo comunitario. Innanzitutto, per le misure previste dall'art. 62, n. 2, lett. b), punti i) e iii), a prescindere dal termine di cinque anni, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previo parere del PE. Giova qui rammentare che i due settori menzionati, per i quali fin da subito viene abbandonato il metodo intergovernativo, sono gli stessi a suo tempo contemplati dall'art. 100C TCE. In secondo luogo, e sempre a prescindere dal termine di cinque anni, nei settori previsti dall'art. 63, primo comma, n. 1 e n. 2, lett. a), è prevista la procedura di codecisione, a condizione tuttavia che il Consiglio abbia già adottato norme comuni secondo la regola dell'unanimità. Si tratta di misure concernenti l'asilo, affidate alla codecisione da una modifica introdotta dal Trattato di Nizza: su di esse torneremo in seguito⁶⁹. Infine, è previsto un meccanismo procedurale ancora diverso, stavolta trascorso il termine dei cinque anni, in due casi: l'adozione delle misure previste dall'art. 62, n. 2, lett. b), punti ii) e iv), sottoposti alla procedura di codecisione; e, soprattutto, tutti o parte dei settori dell'intero titolo IV che il Consiglio può assoggettare, deliberando all'unanimità e sentito il PE, al regime di codecisione⁷⁰. Ebbene, il Consiglio ha sfruttato questa possibilità di allontanarsi

⁶⁸ ADINOLFI, «La libertà di...», cit., p. 85, e MANCA, *op. cit.*, p. 172.

⁶⁹ Si veda il § 1.2.2.

⁷⁰ Si noti, come ricorda LABAYLE, *op. cit.*, p. 861, che qui non si è riprodotta la formula della norma passerella prevista dall'art. K9 TUE secondo cui era necessaria la ratifica degli Stati membri.

ulteriormente dal metodo intergovernativo con la decisione 2004/927⁷¹: con essa si sono sottoposte al regime di codecisione, a partire dal 1° gennaio 2005, l'adozione delle misure previste dall'art. 62, n. 1, n. 2, lett. a), e n. 3, e l'adozione delle misure previste dall'art. 63, primo comma, n. 2, lett. b), e n. 3, lett. b).

Da questo intricato impianto procedurale deriva, complessivamente, che ad oggi siano sottoposte alla regola dell'unanimità soltanto le misure previste dall'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a), e n. 4. In particolare, si tratta delle competenze relative alle condizioni di ammissione e di soggiorno a lungo termine dei cittadini di Stati terzi. Per tutte le altre, invece, vige la codecisione o, al massimo, la regola della maggioranza qualificata. Si tratta di un notevole passo in avanti verso l'adozione, in queste materie, di un metodo autenticamente comunitario. A ben vedere, tuttavia, l'innovazione è solo apparente: infatti, giusta il termine di cinque anni che il Trattato ha concesso al Consiglio per la realizzazione di questi differenti obiettivi e la circostanza che detta istituzione ha in linea di tendenza rispettato tale consegna, le materie che oggi soggiacciono alla codecisione o alla regola della maggioranza qualificata non necessitano, grosso modo, di ulteriori atti normativi. D'altra parte, i settori per i quali un siffatto termine non è stato imposto - cioè quelli relativi all'ingresso e al soggiorno di lungo periodo - continuano ad essere assoggettati alla regola dell'unanimità⁷². Se a ciò si aggiunge, come *amplius* vedremo tra breve, un ruolo attenuato della Corte di giustizia e l'esclusione dal titolo IV e/o dal sistema Schengen di alcuni Stati membri, ne risulta un quadro non esattamente in linea con l'impianto generale del pilastro comunitario⁷³.

⁷¹ Decisione 2004/927/CE del Consiglio del 22 dicembre 2004, che assoggetta taluni settori contemplati dal titolo IV, parte terza del trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto trattato, in GUUE L 396 del 31 dicembre 2004, p. 45 s.

⁷² Per tali settori, l'unica vera innovazione consiste nell'esclusività del potere di iniziativa della Commissione.

⁷³ Già all'indomani della firma del Trattato di Amsterdam qualcuno aveva espresso perplessità sull'impianto decisionale del titolo IV. Si tratta di HAILBRONNER, «European Immigration...», cit., p. 1054, e di STEENBERGEN, «All the King's Horses...Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty», *EJML*, 1999, p. 31 ss.

Né nell'art. 67 né altrove nel titolo IV si rinvencono chiare indicazioni su quali siano gli atti che il Consiglio possa adottare. In altre parole, il Trattato non dice se e a quali condizioni il Consiglio adotti regolamenti piuttosto che direttive o decisioni. In merito, si può rammentare quanto detto in precedenza sulla natura della competenza comunitaria: ad eccezione del solo settore in cui il tenore delle norme sembra affidare alla Comunità una competenza esclusiva, per il resto essa dovrebbe agire, in linea di massima, con strumenti che lascino agli Stati un qualche grado di discrezionalità. Ciò, com'è evidente, al di là della formale qualificazione dell'atto, abbia esso natura regolamentare o meno: e in effetti, l'interrogativo posto perde di significato ove si pensi che il contenuto sostanziale della disciplina adottata prevale sulla natura formale dell'atto⁷⁴. In altre parole, non è importante stabilire la compatibilità di direttive e (soprattutto) regolamenti con la competenza in discorso, quanto comprendere se e dove la Comunità possa giungere a comprimere la discrezionalità statale. E a questa seconda domanda occorre, come detto, rispondere che, salvo l'unico caso di competenza esclusiva, la disciplina comunitaria deve arrestarsi prima che agli Stati non rimanga alcuno spazio di manovra.

1.1.4 SEGUE: B) IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA — Ampiamente dibattuto è stato il tema della competenza della Corte di giustizia nel titolo IV⁷⁵. L'art. 68, par. 1, TCE

⁷⁴ Sul punto si rammenta che la Corte di giustizia afferma ormai da tempo la prevalenza della natura sostanziale dell'atto rispetto alla sua qualificazione formale: per le singole pronunce, si rimanda a TESAURO, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁵ Per citare solo parte della dottrina, si vedano LABAYLE, *op. cit.*, p. 862 s., ALBORS-LLORENS, «Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 1998, p. 1273 ss., CURTI GIALDINO, «Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam», in *L'Italia e Schengen. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra problemi applicativi e prospettive*, Roma, 1998, p. 41 ss., FENNELLY, «Preserving the Legal Coherence within the New Treaty: The European Court of Justice after the Treaty of Amsterdam», *Maastricht JECL*, 1998, p. 185 ss.; EECKOUT, «The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": Challenges and Problems», in O'KEEFFE (ed.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 153 ss., GAROFALO, «Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE», *DUE*, 2000, p. 805 ss., ADINOLFI, «Commento agli artt. 66-69», in POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 315 ss., MARTÍN ARRIBAS, DEMBOUR VAN OVERBERGH, «La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad europea», *RDCE*, 2001, p. 321 ss., IVALDI, «Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive», *CS*, 2002, p. 273 ss., BERTINI, *op. cit.*, p. 205

riconosce la competenza pregiudiziale della Corte, ma non senza eccezioni rispetto al regime generale previsto dall'art. 234 TCE: infatti, viene sottratta ai giudici di grado inferiore la facoltà di chiedere alla Corte una pronuncia interpretativa o di legittimità. Per altro verso, la lettera della norma citata non chiarisce se i giudici di ultima istanza abbiano l'obbligo o una semplice facoltà di rinvio. La dottrina prevalente propende per la tesi dell'obbligatorietà⁷⁶. L'orientamento appare condivisibile: in particolare, si rammenta che un obbligo assoluto di rinvio non discenda neppure dall'art. 234, essendo anche in quell'ambito necessario un giudizio sommario, da parte del giudice *a quo*, sulla fondatezza della domanda⁷⁷. Né d'altra parte, come anche qui la dottrina riconosce⁷⁸, la facoltà di rinvio dei giudici di grado inferiore nell'ambito dell'art. 234 è assoluta, dal momento che essa si traduce, in determinati casi, in un vero e proprio obbligo. Infine, è opportuno notare come già la limitazione prevista rispetto ai giudici di grado inferiore costituisca una pesante amputazione della competenza della Corte: ove si affermasse la non obbligatorietà del rinvio per i giudici di ultima istanza, ne deriverebbe un definitivo snaturamento di tutto l'impianto di tutela giurisdizionale nel titolo IV, cosa che non appare compatibile con la volontà da parte degli Stati di trasferire tali materie dal pilastro intergovernativo a quello comunitario.

La Corte, d'altra parte, non ha avuto modo di chiarire la questione: qualche scarsa indicazione può trarsi dalla sentenza *Leffler*, nella quale si legge che «qualora

ss., DANIELE, «Commento all'art. 68», in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 460 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 86 ss.

⁷⁶ Cfr. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 59 ss., GIRERD, «L'article 68: un renvoi prejudicial d'interprétation et d'application incertaines», *RTDE*, 1999, p. 243, EECKHOUT, *op. cit.*, p. 155, GAROFALO, *op. cit.*, p. 809 s., ADINOLFI, «Commento agli art...», *cit.*, p. 317 s., MARTÍN ARRIBAS, DEMBOUR VAN OVERBERGH, *op. cit.*, p. 339, PAPAGIANNI, «Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism towards a Community Policy», *YEL*, 2001-2002, p. 122, IVALDI, *op. cit.*, p. 274, DANIELE, *op. cit.*, p. 462, e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 90. *Contra* si vedano LABAYLE, *op. cit.*, p. 863, BIAVATI, «Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam», *RTDPC*, 1998, p. 821 ss., e NASCIBENE, «L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi», in *Il trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 265.

⁷⁷ Cfr. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea*, terza ed., Milano, 2000 p. 243 s.

⁷⁸ Ancora DANIELE, *ibid.*, p. 244 s.

al giudice nazionale si ponga una questione relativa all'interpretazione del regolamento, *egli può*, alle condizioni previste dall'art. 68, n. 1, CE, interrogare la Corte in proposito»⁷⁹. L'uso del verbo "potere", benché idoneo ad indicare l'esistenza di una facoltà più che di un obbligo, si accompagna, infatti, al rinvio alle condizioni previste dall'art. 68 TCE: ciò, all'evidenza, non consente di trarre una sicura indicazione.

Un problema di rilevante portata che l'esclusione dei giudici di grado inferiore comporta è come essi debbano comportarsi di fronte ad un atto comunitario che ritengano illegittimo. In particolare, ci si è domandati se in siffatti casi si applichi o meno il principio affermato dalla Corte nel caso *Foto-Frost*, secondo cui spetta solo ad essa pronunciarsi sull'illegittimità di un atto comunitario laddove il giudice nazionale deve limitarsi a confermarne la legittimità (o, trattandosi di un procedimento di natura cautelare, può sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della Corte, cui - s'intende - è obbligato a rinviare)⁸⁰. Per la verità, affinché la sindacabilità dell'atto comunitario possa venire in rilievo anche di fronte ai giudici di grado inferiore vi sono solo due strade: essi possono comunque chiamare in causa la Corte ovvero provvedere ad indagare autonomamente la legittimità dell'atto comunitario, venendo meno nel primo caso all'espressa lettera dell'art. 68 e nel secondo al principio affermato nella sentenza *Foto-Frost*. Orbene, ciò parrebbe indicare che l'art. 68 voglia escludere proprio il presupposto di tale ragionamento, e cioè la sindacabilità stessa dell'atto comunitario: in effetti, l'unica alternativa legittima che detta norma concede. Dunque, non resta che escluderla per i giudizi di grado inferiore in attesa che, in quelli di ultima istanza, il giudice sia nelle condizioni di poter (*recte*, di dover) disporre il rinvio alla Corte⁸¹. Il *vulnus* che ne

⁷⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2005, causa C-443/03, *Götz Leffler c. Berlin Chemie AG*, in *Racc.*, 2005, p. I-9611 ss., punto 70.

⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.*, 1987, p. 4199 ss., punti 14-17.

⁸¹ In tal senso STROZZI, *op. cit.*, p. 356. *Contra* si vedano ADINOLFI, «Commento agli artt....», cit., p. 316 s., che ipotizza, qualora avverso la sentenza del giudice di grado inferiore non venga proposto

deriva è evidente e duplice: da un lato viene compressa la tutela giurisdizionale individuale su un terreno che, come si dirà oltre, non consente, in linea di massima, al privato di giungere fino alle giurisdizioni di ultima istanza; dall'altro, ne consegue un rilevante pericolo per la stessa uniformità interpretativa del titolo IV⁸². Se si pone mente, infatti, alla circostanza che nei giudizi di grado inferiore - come si è detto, la maggioranza in questa materia - la Corte non avrà modo di intervenire, se ne deve concludere che detto titolo potrà essere applicato in modo non necessariamente uniforme nel territorio degli Stati membri.

Tale anomalia nella tutela giurisdizionale in discorso si deve alla riluttanza degli Stati membri a dover soggiacere al sindacato della Corte, da essi notoriamente temuto, in materie siffatte⁸³: esse, come si diceva poc'anzi, sono tali da rendere in concreto difficile che il cittadino di Stato terzo possa giungere fino alle giurisdizioni superiori⁸⁴. Si pensi, per fare un esempio, ad un eventuale rinvio pregiudiziale vertente sull'ammissione o sulla richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato: in assenza di una sospensione dell'esecutività di una eventuale sentenza negativa,

appello, la violazione dell'art. 24 Costituzione italiana, e, in senso adesivo, DANIELE, «Commento all'art. 68», cit., p. 462 s. A tale proposito, va detto, invero, che l'interpretazione qui proposta, che costringerebbe il giudice interno ad applicare un atto comunitario che ritiene invalido, non comporterebbe necessariamente il venir meno di qualsiasi forma di tutela, almeno nel nostro ordinamento. In effetti, non può escludersi, contrariamente a quanto sostenuto da ADINOLFI, «Commento agli artt....», cit., p. 317, l'applicabilità dell'indicazione fornita dalla Corte Costituzionale nella sentenza dell'11 dicembre 1995, n. 509 (<http://www.cortecostituzionale.it/>), secondo cui il giudice interno dovrebbe, ove ritenesse che una norma di diritto comunitario violi i principi fondamentali, attivare prima il rinvio pregiudiziale e poi quello di costituzionalità. A ben vedere, infatti, il giudice interno, di fronte alla necessità di interpretare l'art. 68 TCE in relazione all'ipotesi che egli ritenga illegittimo un atto comunitario la cui applicazione viene in rilievo nel giudizio di merito, ben potrebbe chiederne conto alla Corte di giustizia, attendere la (probabile) sentenza di inammissibilità di quest'ultima, basata proprio sull'esclusione contenuta nell'art. 68 e, infine, adire la Corte Costituzionale.

⁸² Così CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 61, PEERS, «Who's Judging the Watchmen? The Judicial System of the "Area of Freedom Security and Justice», *YEL*, 1998, p. 353 ss., ed EECKHOUT, *op. cit.*, p. 157 ss.

⁸³ In tal senso vedi LABAYLE, *op. cit.*, p. 861, HAILBRONNER, «The Treaty of...», cit., p. 19, GAROFALO, *op. cit.*, p. 806, POLLET, «The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: A Legal Analysis», *RAE*, 2000, p. 67, ADINOLFI, «Commento agli artt....», cit., p. 316, e PAPAGIANNI, *op. cit.*, p. 121.

⁸⁴ Tale aspetto viene sottolineato da HAILBRONNER, «The Treaty of...», cit., p. 19, e DANIELE, «Commento all'art. 68», cit., p. 461.

l'individuo in questione sarà già fuori dei confini dello Stato o in condizioni tali da impedirgli di accedere a successivi gradi di giudizio. Paradossalmente, saranno maggiori le sue *chances* a fronte di un provvedimento positivo: in tal caso, però, verrà meno, di massima, il suo interesse ad impugnare. Per converso, sarà proprio in tali casi che le autorità statali, in siffatte materie quasi sempre figuranti come controparte, avranno maggiore interesse ad una riforma del provvedimento *in peius*. Il quadro, nonostante queste osservazioni, non è destinato, almeno astrattamente, a rimanere tale: l'art. 67, par. 2, secondo trattino, TCE conferisce al Consiglio il potere di adottare, all'unanimità e previo parere del PE, una decisione per «adattare le disposizioni relative alle competenze della Corte di giustizia»⁸⁵. Si tratta di una possibilità che parte della dottrina ritiene auspicabile sfruttare per consegnare una facoltà di rinvio pregiudiziale ai giudici di grado inferiore⁸⁶. Tuttavia, il Consiglio non ha ritenuto, almeno fino ad ora, di determinarsi in tal senso.

L'art. 68, par. 2, peraltro, aggiunge un ulteriore limite alla competenza della Corte: esso, infatti, la esclude per le misure o le decisioni (comunitarie) adottate a norma dell'art. 62, n. 1⁸⁷, «in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna». Un limite analogo si applica *tout court* alle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen, sulla base dell'art. 2, par. 1, terzo comma, del relativo Protocollo. In verità, l'art. 68, par. 2 pare contraddire l'art. 64, par. 1, laddove quest'ultimo fa salve le competenze statali relativamente alle «responsabilità incombenti per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna». Non si vede, in effetti, come il TCE possa escludere la competenza della Corte in relazione ad atti che la Comunità, verosimilmente, non è competente ad adottare⁸⁸. Vi è, tuttavia, una soluzione all'apparente contraddizione: l'art. 68, par. 2, tende ad evitare che tramite l'uso

⁸⁵ Si rammenta, a proposito, quanto detto *supra*, in nota 70.

⁸⁶ ALBORS-LLORENS, *op. cit.*, p. 1289, CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 62, e PAPAGIANNI, *op. cit.*, p. 124.

⁸⁷ Si tratta delle misure concernenti i controlli relativi all'attraversamento delle frontiere interne.

⁸⁸ In tal senso, PAPAGIANNI, *op. cit.*, p. 123, e DANIELE, «Commento all'art. 68», *cit.*, p. 463.

“alternativo”⁸⁹ della competenza pregiudiziale la Corte finisca per pronunciarsi sulla legittimità delle misure statali fatte salve dall’art. 64, par. 1, rispetto ai Trattati. Ciò risulta soprattutto dalla voluta coincidenza degli ambiti *ratione materiae* di siffatti limiti, nonché dall’analisi dei lavori preparatori⁹⁰. È bene tuttavia rammentare che quello di cui all’art. 68, par. 2, opera solo relativamente alle misure e decisioni adottate nell’ambito dei controlli alle frontiere interne, mentre la Corte torna ad esercitare il proprio sindacato pregiudiziale per tutte le altre, comprese quelle concernenti le frontiere esterne e salvo che non si tratti delle disposizioni o decisioni cui allude l’art. 2, par. 1, terzo comma del Protocollo sull’*acquis* di Schengen. In altre parole e benché ad esso possa ostare l’art. 64, par. 1, non si può escludere un uso “alternativo” della competenza pregiudiziale per quelle misure statali che, pur riguardando il mantenimento dell’ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna, investono una materia diversa da quella menzionata dall’art. 62, n. 1⁹¹.

Fuori di dubbio è invece che la Corte possa pronunciarsi sulle nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna contenute negli articoli 64, par. 1, e 68, par. 2⁹². Va tuttavia rilevato che l’ampiezza di detti concetti relativamente alle due norme citate possa non coincidere: infatti, la prima norma si riferisce alle misure statali mentre la seconda a quelle comunitarie. Da ciò dovrebbero derivare due conseguenze: innanzitutto, che nella misura in cui le nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna contenute nell’art. 68, par. 2, siano più ampie di quelle previste dall’art. 64, par. 1, l’uso “alternativo” della competenza pregiudiziale potrebbe essere sottratto alla Corte per misure statali che pure non rientrano nel limite di cui all’art. 64, par. 1. D’altra parte - ed è questa la seconda conseguenza - ciò è verosimile dacché mentre il limite contenuto nell’art. 64, par. 1, è soggetto, come in casi siffatti vuole la

⁸⁹ Su di esso si rimanda a TESAURO, *op. cit.*, p. 297 s.

⁹⁰ PAPAGIANNI, *op. cit.*, p. 123, rammenta che la disposizione in esame si deve alla preoccupazione francese circa la possibilità che la Corte di giustizia indagasse sulle condotte statali nelle materie menzionate dall’art. 62 TCE.

⁹¹ Occorre anche rilevare, assieme a PEERS, «Who’s Judging...», *cit.*, p. 411, che, dal momento che detto limite non si applica all’art. 14 TCE, esso potrebbe essere facilmente aggirato.

⁹² Vedi art. 46 TUE.

Corte⁹³, ad interpretazione restrittiva, quello previsto dall'art. 68, par. 2, non dovrebbe necessariamente esserlo.

Se da un lato l'art. 68 si pone come norma speciale rispetto all'art. 234, esso, dall'altro, tace sulle altre competenze della Corte di giustizia. Come si ritiene⁹⁴, ciò significa che esse, nell'ambito del titolo IV, hanno lo stesso contenuto "comune" previsto dall'art. 226 ss. TCE. Per la verità, un profilo problematico si ravvisa nella circostanza se l'eccezione alla competenza pregiudiziale sopra menzionata, prevista dal par. 2 dell'art. 68, debba o meno applicarsi anche alle altre competenze della Corte. Nonostante l'art. 68 non sia chiarissimo in proposito, la dottrina tende a vedere nel tenore letterale del par. 2 citato, e in particolar modo nell'uso della locuzione «non è comunque competente», un riferimento implicito all'art. 226 ss. Sicché essa conclude che nell'ambito delle competenze comuni la Corte non possa pronunciarsi in merito alla legittimità delle misure comunitarie adottate per l'abolizione delle frontiere interne in materia di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna⁹⁵. Ebbene, se, come qui crediamo, la *ratio* dell'art. 68, par. 2, è quella di escludere che l'uso "alternativo" della competenza pregiudiziale finisca per investire le misure statali, allora si deve concludere che il limite ivi previsto non debba estendere i propri effetti alle altre competenze della

⁹³ In tal senso ADINOLFI, «Commento agli artt....», cit., p. 319, la quale ipotizza un'applicazione analogica della giurisprudenza della Corte sulle deroghe alle libertà fondamentali, quale affermata, per citarne solo alcune, nelle sentenze del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337 ss., punto 18, del 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, in *Racc.*, 1975, p. 297 ss., punto 6, del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Interieur (Rutili)*, in *Racc.*, 1975, p. 1219 ss., punto 27, e del 19 gennaio 1999, causa 348/96, *Procedimento penale a carico di Donatella Calfa*, in *Racc.*, 1999, p. I-11 ss., punto 23. *Adde* PAPAGIANNI, *op. cit.*, p. 123.

⁹⁴ Cfr. LABAYLE, *op. cit.*, p. 862, PEERS, «Who's Judging...», cit., p. 352, e GAROFALO, *op. cit.*, p. 807.

⁹⁵ Cfr. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 65, GAROFALO, *op. cit.*, p. 808, DANIELE, «Commento all'art. 68», cit., p. 463, e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 91 s. Secondo quest'ultimo (*ibid.*, p. 91), «[a]nche l'art. 2, par. 1, cit. [del Protocollo sull'*acquis* di Schengen], fa *tout court* menzione delle "competenze" della Corte, senza ulteriore precisazione, così richiamando non solo i ricorsi pregiudiziali ma anche le altre competenze in parola». L'argomento non è privo di fondatezza, benché si possa ipotizzare che il riferimento *tout court* sia volto, più che ad alludere alle competenze comuni della Corte nel titolo IV, a quelle che la medesima esercita nel titolo VI del TUE. Inoltre, anche ove la norma in parola venisse letta come vuole la dottrina citata, l'estensione della restrizione a tutte le competenze della Corte varrebbe solo per le disposizioni o le decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen.

Corte⁹⁶. Ciò, d'altra parte, evita una conseguenza che pare affatto fuori posto nel pilastro comunitario, e cioè che le misure e le decisioni comunitarie cui si riferisce l'art. 68, par. 2, siano completamente prive di controllo da parte della Corte. Nell'argomento letterale che si adduce *contra* - il «non è comunque competente» - potrebbe per la verità vedersi un riferimento proprio all'uso "alternativo" della competenza pregiudiziale più che all'art. 226 ss. Alla Corte di Lussemburgo, peraltro, rimane la possibilità di manipolare - s'intende, in senso interpretativo - le nozioni di ordine pubblico e sicurezza interna contenute nell'art. 68, par. 2, in modo da restringere l'ambito operativo della deroga e, per converso, ampliare l'oggetto del proprio sindacato. Ma, come detto, sulla possibilità che siffatta interpretazione restrittiva sia ammissibile v'è più d'una perplessità.

Un parziale recupero dell'uniformità del titolo IV sul piano interpretativo sembra essere lo scopo di una competenza di cui la Corte dispone solo in quest'ambito⁹⁷: si tratta della possibilità, prevista dall'art. 68, par. 3, che il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro chiedano ai giudici di Lussemburgo una interpretazione delle norme del titolo IV o degli atti da esso derivati. Essa, limitandosi ai profili interpretativi ed escludendo implicitamente quelli di legittimità, conferma la circostanza, più sopra affermata, che nel titolo IV sussistano le altre competenze della Corte e soggiacciono al regime comune previsto dal TCE. Se così non fosse, la possibilità che la Corte possa sindacare un atto comunitario basato sul titolo IV sarebbe limitata ai soli rinvii pregiudiziali di ultima istanza: il che, francamente, pare potersi escludere. A siffatta competenza, naturalmente, si applica il limite sopra descritto, previsto dal par. 2 dell'art. 68⁹⁸. Come detto, lo scopo della disposizione in esame sembra evidente: onde evitare un'applicazione non

⁹⁶ Alla stessa conclusione giunge ADINOLFI, «Commento agli artt....», cit., p. 319.

⁹⁷ Così si esprime HAILBRONNER, «European Immigration...», cit., p. 1055.

⁹⁸ Depone in tal senso la collocazione della norma e, soprattutto, la circostanza che nella competenza *ad hoc* in discorso torna a sussistere il pericolo, per gli Stati, di un uso "alternativo" delle pronunce interpretative della Corte. In altre parole, la *ratio* del limite previsto dall'art. 68, par. 2, che risulta applicabile per la competenza pregiudiziale ma incongrua rispetto alle competenze comuni, torna ad avere senso rispetto a quella specifica dell'art. 68, par. 3.

uniforme, da parte delle corti interne, del titolo IV, soprattutto alla luce della sottrazione ai giudici di grado inferiore della facoltà di rinvio, si è previsto un meccanismo che consentisse di ottenere comunque una sentenza interpretativa della Corte, affidandone l'attivazione alle istituzioni o agli Stati membri⁹⁹. Si noti che, tuttavia, anche siffatta competenza, benché predisposta allo scopo di recuperare l'uniformità interpretativa delle pertinenti norme comunitarie, non consente risultati certi: infatti, la decisione della Corte «non si applica» secondo il par. 3 dell'art. 68, «alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato».

1.1.5 SEGUE: C) L'APPLICAZIONE DIFFERENZIATA — Come si ricordava in precedenza, il titolo IV non si applica a tutti gli Stati membri della Comunità: ciò appare per la verità coerente con il percorso che ha portato alla sua introduzione nel TCE da parte del Trattato di Amsterdam¹⁰⁰. In primo luogo, secondo quanto dispone il Protocollo sulla posizione della Danimarca, essa «non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma del titolo III *bis* [ora IV] del Trattato che istituisce la Comunità europea»¹⁰¹. Inoltre, alla Danimarca neppure si applicano le disposizioni dello stesso titolo né quelle di diritto derivato o di alcun accordo internazionale che su di esso si basino come pure le decisioni della Corte di giustizia¹⁰². In definitiva, la Danimarca rimane fuori sia dalla elaborazione che dalla

⁹⁹ Ma, come rileva in senso critico, LABAYLE, *op. cit.*, p. 863, non al Parlamento europeo.

¹⁰⁰ Sul travagliato percorso che ha portato alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam in materia di immigrazione si vedano LABAYLE, *op. cit.*, p. 815 ss., CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 249 ss., e MANCA, *op. cit., passim*.

¹⁰¹ Così recita l'art. 1 del Protocollo.

¹⁰² Art. 2 del Protocollo sulla posizione della Danimarca. Per la verità, alle due eccezioni menzionate ne andrebbe aggiunta una terza: in deroga, infatti, all'art 1 di detto Protocollo, la Danimarca partecipa alla deliberazione con la quale il Consiglio, sulla base dell'art. 4 del Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'UE, decide se accettare l'eventuale richiesta del Regno Unito e/o dell'Irlanda di partecipare a tutto o parte dell'*acquis* medesimo. Si potrebbe, tuttavia, argomentare che l'art. 4 del Protocollo su Schengen non è oggetto dell'esclusione dell'art. 1 del Protocollo sulla posizione danese. In verità, v'è una ragione sostanziale più profonda che ha indotto a propendere per detta soluzione: la mancata partecipazione della Danimarca alla decisione di cui all'art. 4 del Protocollo su Schengen aprirebbe una serie di complessi problemi relativi al contenuto dei rapporti

applicazione del titolo IV *tout court*: uniche eccezioni sono costituite, secondo l'art. 4 del citato Protocollo, dalle misure che determinano la lista dei paesi terzi i cui cittadini hanno l'obbligo di presentare un visto per entrare nel territorio dell'Unione e dalle misure relative al visto uniforme¹⁰³. La situazione danese, per quanto rigidamente ostile al metodo comunitario in materia di immigrazione, potrebbe essere destinata ad aprirsi in modo radicale: l'art. 7 del Protocollo sulla Danimarca, infatti, prevede che in qualunque momento essa possa decidere di non avvalersene più, in tutto o in parte, dandone comunicazione agli altri Stati membri.

Diversa è invece la posizione del Regno Unito e dell'Irlanda: anzitutto, in virtù degli articoli 1 e 2 del Protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 TCE, essi continuano ad esercitare controlli sulle persone alle frontiere con gli altri Stati membri. Questi ultimi, a loro volta, hanno un reciproco diritto ad effettuare controlli su persone provenienti dai due Stati menzionati¹⁰⁴. Come è stato giustamente osservato, «[n]e risulta che le frontiere tra il Regno Unito e l'Irlanda, da un lato, e gli altri Stati membri, dall'altro, sono, in sostanza, considerate come frontiere esterne»¹⁰⁵. Non deve sorprendere che la deroga citata investa il titolo IV, come apparentemente potrebbe escludersi giusta l'appartenenza dell'art. 14 ad altro titolo del TCE. In effetti, come peraltro si è detto più sopra, esso è richiamato proprio dall'art. 61, lett. a), nonché dall'art. 62, par. 1, TCE: si tratta, non a caso, delle uniche norme del titolo IV che riguardano anche i cittadini dell'Unione¹⁰⁶. In secondo

tra Danimarca da una parte e Regno Unito e Irlanda dall'altra in relazione all'*acquis*. Sul punto, in ogni caso, si veda pure la nota 114.

¹⁰³ Si tratta delle competenze della Comunità previste dall'art. 62, punto 2, lett. b), punti i) e iii), TCE. Il Protocollo sulla Danimarca non fa menzione, peraltro, dell'elenco degli Stati terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo di visto, cui pure allude l'art. 62, lett. b), punto iii). Come tuttavia evidenzia CELLAMARE, *op. cit.*, p. 60 ss., si deve ritenere che anche tale aspetto rientri nelle deroghe dell'art. 4 di detto Protocollo e che quindi, per esso, il titolo IV si applichi alla Danimarca. Non dovrebbe invece rientrare nelle deroghe previste dall'art. 4 stesso la competenza di cui al punto iv) del citato articolo del TCE, giacché essa investe le «norme relative a un visto uniforme». È evidente che per le materie in cui la Danimarca non è esclusa dal titolo IV, essa pure rimarrà soggetta alla giurisdizione della Corte di giustizia.

¹⁰⁴ Art. 3 del Protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 TCE.

¹⁰⁵ ADINOLFI, «La libertà di...», cit., p. 98.

¹⁰⁶ ADINOLFI, *ibid.*, p. 82.

luogo, Regno Unito e Irlanda rimangono fuori sia dall'applicazione del titolo IV che dalla elaborazione delle fonti ivi previste¹⁰⁷. Al contrario della Danimarca, però, detti Stati hanno la possibilità di “rientrare” negli atti adottabili *ex* titolo IV, ad essi spettando una *cd.* facoltà di *opting-in*¹⁰⁸. Il suo esercizio può essere precedente o successivo all'adozione dell'atto: in entrambi i casi, Regno Unito e Irlanda saranno vincolati a questa misura e ad essi si applicherà l'art. 68 TCE¹⁰⁹. Cioè, saranno soggetti alla giurisdizione della Corte di giustizia, nei limiti previsti. In merito alle posizioni di Regno Unito e Irlanda, occorre dire che solo quest'ultima ha una facoltà,

¹⁰⁷ Articoli 1 e 2 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda.

¹⁰⁸ Articoli 3 e 4 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda. È dubbio se la possibilità di *opting-in* riconosciuta ai due Stati sia automatica o condizionata, al contrario, alla decisione della Commissione cui allude l'art. 11A TCE. Per la verità, per quanto riguarda l'*opting-in* successivo, l'art. 4 suddetto richiama l'art. 5A, par. 3 TCE (da leggersi, dopo le modifiche apportate dal Trattato di Nizza, come un riferimento all'art. 11A), rendendo dunque necessaria la decisione della Commissione. La prassi conferma questo dato (si veda la decisione 2003/690/CE della Commissione del 2 ottobre 2003, sulla domanda, presentata dall'Irlanda, in vista dell'accettazione della direttiva 2001/55/CE del Consiglio 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, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 23 ss., direttiva che - è bene segnalarlo - non costituisce uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen), confortata peraltro dalla dottrina (cfr. KORTENBERG, «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 1998, p. 838, e TOTH, «The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark», in HEUKELS, BLOKKER, BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam*, The Hague, London, Boston, 1998, p. 234). Per quanto invece riguarda l'*opting-in* precedente, l'art. 3 suddetto non contiene un rinvio analogo a quello del successivo art. 4. Ciò dovrebbe lasciar concludere, come la dottrina ammette (si vedano TOTH, *op. cit.*, p. 233, e WAGNER, *op. cit.*, p. 39), che per l'ipotesi menzionata dall'art. 3 non si applichi l'art. 11A TCE e, dunque, il diritto riconosciuto ai due Stati sia automatico. *Contra* CELLAMARE, *op. cit.*, p. 58. La prassi, in verità, conferma che, in relazione all'applicazione dell'art. 3, il Consiglio si limita a prendere atto della volontà di partecipazione espressa dal Regno Unito e/o dall'Irlanda (si veda, per tutti, il considerando n. 20 del regolamento (CE) n. 2725/2000 del Consiglio dell'11 dicembre 2000, che istituisce l'“Eurodac” per il confronto delle impronte digitali per l'efficace applicazione della Convenzione di Dublino, in GUCE L 316 del 15 dicembre 2000, p. 1 ss.). D'altra parte, il dato letterale sembra piuttosto chiaro, dal momento che secondo l'art. 3 suddetto «una volta effettuata detta notifica [di partecipazione all'adozione e all'applicazione di una misura proposta in base al titolo IV ma che - s'intende - non costituisce uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen] tali Stati sono abilitati a partecipare». Si deve infine considerare che la soluzione qui prospettata è coerente con la posizione dei due Stati rispetto all'*acquis* di Schengen e al suo sviluppo progressivo: come a breve diremo, infatti, anche per essi la partecipazione alle disposizioni già esistenti è soggetta ad un filtro (della Commissione), mentre per gli atti in via di adozione Regno Unito e Irlanda dispongono di un diritto di *opting-in* automatico.

¹⁰⁹ Art. 6 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda.

analoga a quella della Danimarca, di non avvalersi più delle disposizioni del Protocollo: tale è la previsione dell'art. 8 del medesimo.

La «rivoluzione copernicana»¹¹⁰ attuata dal Trattato di Amsterdam in tema di immigrazione non è solamente consistita, come già detto, nel passaggio al diritto comunitario di materie prima affidate al metodo intergovernativo. È bensì vero che, al pari dell'introduzione del titolo IV, anche l'inserimento nel diritto comunitario dei risultati conseguiti da alcuni Stati membri sul terreno del diritto internazionale ha spinto la disciplina europea dell'immigrazione verso nuovi traguardi. Ciò è avvenuto con l'incorporazione del cd. *acquis* di Schengen nell'ambito del diritto europeo, comunitario e dell'Unione, realizzata attraverso un Protocollo *ad hoc*: esso, da una parte, individua quali norme siano da considerare parte dell'*acquis* di Schengen¹¹¹ e, dall'altra, prevede le modalità di incorporazione delle stesse nel diritto europeo. Tali modalità passano attraverso due tappe fondamentali: la precisa individuazione da parte del Consiglio degli atti parte dell'*acquis*¹¹² e la determinazione della base giuridica dell'*acquis*, da stabilirsi tra il titolo IV TCE e il titolo VI TUE¹¹³. Rispetto a questo quadro, come anticipato, l'ambito di applicazione

¹¹⁰ CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 263.

¹¹¹ In sintesi, si tratta dell'Accordo del 1985 e della Convenzione di applicazione del 1990, di tutti gli accordi di adesione e di applicazione successivi e di tutte le decisioni e dichiarazioni adottate dal Comitato esecutivo o da organi da esso delegati. In merito all'incorporazione di questi ultimi atti, c'è chi, come CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 257, ha sollevato alcuni dubbi: infatti, parrebbe che il Comitato esecutivo abbia prodotto gli atti menzionati «con un metodo non trasparente e non democratico». Per la verità, un pur blando controllo da parte dei Parlamenti nazionali era previsto: è il caso, ad esempio, del controllo esercitato dal Comitato parlamentare italiano, sul quale si veda NASCIBENE, «L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo», *RIDPC*, 1999, p. 731 ss.

¹¹² Individuazione effettuata con decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che definisce l'*acquis* di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis*, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss. Si noti che tale decisione è stata adottata solamente dai tredici Stati membri parte della Convenzione. È l'art. 2, par. 1, primo comma, del Protocollo sull'*acquis* ad imporre tale soluzione, d'altra parte congrua dovendosi escludere la necessità della presenza dei delegati del Regno Unito e dell'Irlanda a fronte della loro mancata partecipazione agli Accordi.

¹¹³ Si è proceduto a tale determinazione con decisione 1999/436/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni

ratione loci non corrisponde completamente alla *membership* dell'Unione. Vi sono, infatti, quattro diverse posizioni cui si applica un regime speciale: la posizione della Danimarca, quella del Regno Unito e dell'Irlanda, quella degli Stati associati a Schengen (Islanda, Norvegia e Svizzera) e, infine, quella dei dodici Stati di nuova adesione. Per tutte, occorre distinguere a seconda che si tratti: a) dell'*acquis* di Schengen ricondotto al titolo IV TCE; b) dell'*acquis* di Schengen ricondotto al titolo VI TUE; c) dello sviluppo progressivo dell'*acquis* nell'ambito del titolo IV TCE; d) dello sviluppo progressivo dell'*acquis* nell'ambito del titolo VI TUE.

Quanto alla Danimarca, in base al Protocollo che le compete, ad essa si applica l'*acquis* di Schengen incorporato nel pilastro comunitario, ma non già in quanto ricondotto al titolo IV (che peraltro non le si applica comunque, ad eccezione delle ipotesi contemplate dall'art. 4 dello stesso Protocollo), sibbene in virtù del diritto internazionale. In altre parole, per la Danimarca il sistema Schengen, nell'ipotesi sub a), rimane fuori del quadro comunitario¹¹⁴. Considerazioni pressoché analoghe

che costituiscono l'*acquis* di Schengen, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 17 ss. Tale decisione è stata adottata da tutti i quindici Stati membri. La composizione diversa dalla precedente non deve sorprendere: è sempre l'art. 2, par. 1, primo comma, del Protocollo suddetto a dettare la scelta, anch'essa corretta se si considera che la "spartizione" dell'*acquis* incide comunque sull'impianto normativo riconducibile al titolo VI, il quale, al contrario del titolo IV e dell'*acquis* stesso, si applica a Regno Unito e Irlanda. Va poi segnalato che il quarto comma dell'art. 2, par. 1, dello stesso Protocollo stabilisce che, fino all'adozione della determinazione del Consiglio, deve considerarsi come base dell'*acquis* il titolo VI TUE. Si tratta di una soluzione che, secondo ADINOLFI, «La libertà di...», cit., p. 101, e CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 269, rimane valida, nonostante l'avvenuta determinazione del Consiglio, per le disposizioni dell'*acquis* per le quali esso non abbia stabilito la base giuridica (p.e. le disposizioni che concernono il SIS, il Sistema di informazione Schengen). A noi pare sia preferibile la tesi di NASCIBENE, «L'incorporazione degli Accordi...», cit., p. 735, secondo cui «il rinvio al titolo VI dovrebbe essere transitorio ed eccezionale, mentre la regola dovrebbe essere rappresentata dall'individuazione della base giuridica nel titolo IV». Ciò, infatti, meglio corrisponde alla maggiore affinità tra la materia oggetto dell'*acquis* e quella del titolo IV, e d'altra parte l'indicazione del titolo VI come base giuridica provvisoria sembra ispirarsi ad una logica di prudenza rispetto all'ipotesi di una eventuale immediata "comunitarizzazione" dell'intero *acquis*.

¹¹⁴ Tale regola, in realtà, conosce delle eccezioni o, quantomeno, deve essere precisata: come anticipato, infatti, la Danimarca partecipa alla decisione con la quale il Consiglio accetta (o rifiuta) l'eventuale richiesta del Regno Unito e/o dell'Irlanda di partecipare a tutte o ad alcune norme dell'*acquis* ricondotte al titolo IV. Si tratta, *de plano*, di una incongruenza: infatti, l'eventuale partecipazione dei due Stati che non aderiscono a Schengen avviene sul piano del diritto comunitario, laddove la Danimarca è invece parte degli Accordi in base al diritto internazionale. Tuttavia, si tratta di una scorciatoia che evita di dover rinegoziare, fuori dal terreno comunitario, la posizione della

possono farsi in merito all'ipotesi sub b), con la precisazione che in essa il contesto di riferimento è costituito naturalmente dal terzo pilastro e non da quello comunitario. Per la verità, potrebbe avanzarsi qualche dubbio sulla natura internazionale del vincolo che lega la Danimarca agli altri Stati in relazione al titolo VI¹¹⁵, benché buona parte della dottrina sia propensa a ritenere che l'intero *acquis* vincoli la Danimarca sul piano del diritto internazionale¹¹⁶. Né la giurisprudenza della Corte potrebbe fornire utili indicazioni in merito dacché la Danimarca non ha ancora accettato la sua giurisdizione secondo l'art. 35, par. 2, TUE. Quanto all'ipotesi sub c), la posizione della Danimarca è affatto singolare: essa infatti ha la possibilità di scegliere se intende recepire le decisioni prese dal Consiglio per sviluppare il sistema

Danimarca rispetto al Regno Unito e/o all'Irlanda ogniquale volta detti ultimi Stati accettino alcune disposizioni di Schengen. È però opportuno segnalare che tale scorciatoia ha i suoi inconvenienti: infatti, occorrerebbe stabilire su quale sistema - comunitario o internazionale - insistano i rapporti reciproci tra la Danimarca da un lato e il Regno Unito e/o l'Irlanda dall'altro, posto che la prima soggiace a Schengen sulla base del diritto internazionale mentre i secondi soggiacciono - ove così decidano - a parte di esso sulla base del diritto comunitario. Ulteriore precisazione in merito alla Danimarca è la seguente: è vero che per essa il vincolo rispetto al sistema Schengen nasce nel diritto internazionale, ma pure vero è che essa ha partecipato sia alla decisione del Consiglio sull'individuazione degli atti dell'*acquis*, sia alla determinazione per essi della base giuridica. Dunque, l'affermazione secondo cui la Danimarca rimane fuori dalla "comunitarizzazione" di Schengen rimane sì corretta, ma paiono comunque significative le "incursioni" che detto Stato compie nelle competenze che in materia hanno gli organi comunitari.

¹¹⁵ E infatti, depongono in senso contrario alcuni elementi. Intanto, la formulazione letterale dell'art. 3 del Protocollo sull'*acquis*: esso, in verità, distingue tra l'*acquis* ricondotto al titolo IV TCE e quello ricondotto al titolo VI TUE, il che è inspiegabile se per entrambi valesse la stessa disciplina. Inoltre, mentre per il primo la Danimarca «mantiene [...] gli stessi diritti e gli stessi obblighi che aveva anteriormente» alla determinazione da parte del Consiglio della base giuridica, per il secondo l'espressione «che aveva anteriormente» manca, il che lascerebbe supporre che diritti e obblighi siano, in tal caso, diversi. Precisamente, sarebbero gli stessi che gli altri firmatari hanno in base non più al diritto internazionale bensì al terzo pilastro. Inoltre, ove si aderisse alla soluzione qui criticata, si verrebbe a creare una situazione quantomeno bizzarra. Infatti, da una parte la Danimarca si vedrebbe applicato l'*acquis* ricondotto nel titolo VI in virtù del diritto internazionale e, dall'altra, in relazione allo sviluppo progressivo di Schengen nello stesso titolo, la sua posizione non sarebbe diversa da quella degli altri Stati membri (eccezion fatta per Regno Unito e Irlanda), sicché finirebbe per rimanere obbligata agli atti di sviluppo dell'*acquis* non più in base al diritto internazionale, bensì in base al titolo VI TUE.

¹¹⁶ Chiaramente in tal senso CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 271. *Adde* HAILBRONNER, «The New Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC», in DEN BOER (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Maastricht, 1997, p. 204, ADINOLFI, «La libertà di...», *cit.*, p. 103. Per la soluzione qui prospettata si vedano invece KORTENBERG, *op. cit.*, p. 842 s., TOTH, *op. cit.*, p. 240 e, se bene intendiamo, POLLET, *op. cit.*, p. 70, e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 76.

Schengen nel titolo IV. In tal caso, essa resterebbe vincolata a siffatte decisioni sulla base del diritto internazionale, tanto rispetto al rapporto con i dodici Stati parte dell'Accordo quanto, eventualmente, rispetto a Regno Unito e/o Irlanda¹¹⁷. Infine, nell'ipotesi sub d), la Danimarca si trova nella stessa situazione degli altri Stati membri: nessun particolare regime è previsto per essa in questo ambito.

La posizione di Regno Unito e Irlanda è, al contrario di quella danese, più flessibile: essi non sono parte dell'*acquis* di Schengen, ma possono decidere in ogni momento di partecipare, in tutto o in parte, ad esso, a prescindere che la base giuridica sia il titolo IV o il titolo VI¹¹⁸. La richiesta è soggetta ad una approvazione da parte del Consiglio, cui concorre il voto danese¹¹⁹. Quanto invece allo sviluppo progressivo dell'*acquis*, Regno Unito e Irlanda possono partecipare secondo le comuni regole sulla cooperazione rafforzata, cui l'art. 5, par. 1 del Protocollo rimanda. Si tratta della disciplina generale prevista dal titolo VII TUE e di quella particolare dettata per il titolo IV dall'art. 11 ss. TCE e per il titolo VI dall'art. 40 ss. TUE. Ciò significa che la partecipazione all'adozione di norme costituenti uno sviluppo dell'*acquis* e rientranti nel titolo IV è, per i due Stati interessati, soggetta al controllo della Commissione. Per la verità, va detto che, nonostante l'esplicito rinvio contenuto in detto art. 5, la prassi depone a favore di un diritto automatico dei due

¹¹⁷ Qui il problema posto più sopra viene scongiurato *expressis verbis* dall'art. 5 del Protocollo sulla posizione della Danimarca. Ciò conferma, peraltro, l'opinione espressa relativamente alla natura comunitaria del vincolo che lega la Danimarca al titolo VI.

¹¹⁸ Così l'art. 4 del Protocollo su Schengen. In linea di massima, le disposizioni dell'*acquis* cui partecipano il Regno Unito e l'Irlanda sono contenute, rispettivamente, nella decisione 2000/365/CE del Consiglio del 29 maggio 2000, riguardante la richiesta del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen, in GUCE L 131 del 1° giugno 2000, p. 43 ss., e nella decisione 2002/192/CE del Consiglio del 28 febbraio 2002, riguardante la richiesta dell'Irlanda di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen, in GUCE L 64 del 7 marzo 2002, p. 20 ss.

¹¹⁹ Invero, si deve registrare una curiosa, benché isolata, prassi del Consiglio: infatti, la direttiva 2001/40/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, in GUCE L 149 del 2 giugno 2001, p. 34 ss., pur costituendo, per espressa ammissione contenuta nel considerando n. 7, uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, si applica al Regno Unito senza che la Commissione abbia adottato la decisione di cui all'art. 11A TCE. Anzi, l'estensione della direttiva al Regno Unito si basa, come vuole il considerando n. 6 della direttiva stessa, sull'art. 3 del Protocollo relativo al Regno Unito e non, come parrebbe corretto, sull'art. 5 del Protocollo sull'*acquis* di Schengen.

Stati in parola, che dunque non sia soggetto al controllo che l'art. 11A TCE affida alla Commissione¹²⁰. La soluzione, benché non perfettamente in linea col dato normativo, sembra tuttavia più coerente con l'intero impianto dell'applicazione differenziata relativa al Regno Unito e all'Irlanda: infatti, come si è detto sopra¹²¹, anche per la partecipazione agli atti basati sul titolo IV che non costituiscano uno sviluppo dell'*acquis*, detti Stati godono di un diritto automatico.

Solo un cenno alla posizione degli Stati associati: la sua disciplina viene rimessa dall'art. 6 del Protocollo su Schengen a tre accordi. Il primo tra il Consiglio da un lato e l'Islanda e la Norvegia dall'altro doveva disciplinare le modalità di partecipazione dei due ultimi Stati all'*acquis*; gli altri, rispettivamente tra il Consiglio e l'Islanda e il medesimo e la Norvegia, dovevano determinare la disciplina dei rapporti tra detti Stati da una parte e Regno Unito e Irlanda dall'altro. Tali accordi sono Stati tutti conclusi¹²², sollevando peraltro qualche perplessità sul piano della loro conformità ai Trattati¹²³. In una situazione simile si trova la Svizzera, le modalità

¹²⁰ Si vedano, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 10 luglio 2007, causa C-77/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicate in *Racc.*, punto 102, e, dello stesso giorno, causa C-137/05, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Consiglio dell'Unione europea*, non ancora pubblicate in *Racc.*, punto 96. Gli atti sono reperibili online (<http://eur-lex.europa.eu>). La Corte, naturalmente, non si è ancora pronunciata.

¹²¹ Vedi nota 108.

¹²² Si tratta dell'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, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 36 ss., e dell'accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea e dalla Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'instaurazione di diritti e obblighi tra l'Irlanda e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, da un lato, e la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia, dall'altro, nei settori dell'*acquis* di Schengen che riguardano tali Stati, in GUCE L 15 del 20 gennaio 2000, p. 22 ss. Su tali accordi si vedano KUIJPER, «Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis», *CMLR*, 2000, 350 ss., e POLLET, *op. cit.*, p. 73 s.

¹²³ Si veda TIZZANO, «A proposito dell'inserzione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo "del Consiglio" con Islanda e Norvegia», *DUE*, 1999, p. 521 ss.

della cui partecipazione all'*acquis* sono disciplinate da un recente accordo col Consiglio del 25 ottobre 2004¹²⁴.

Infine, defilata è ancora la posizione dei dieci Stati di nuova adesione: l'art. 3 del Trattato di Atene prevede, da un lato, che parte dell'*acquis* si applichi ad essi dalla data di adesione e, dall'altro, che la restante parte, sebbene comunque per essi vincolante, si applicherà soltanto dopo che in tal senso avrà deciso il Consiglio¹²⁵. Disposizioni analoghe sono state previste per l'adesione della Romania e delle Bulgaria¹²⁶. Si tratta, evidentemente, di norme con le quali i vecchi Stati membri hanno voluto esercitare un controllo sui nuovi, a beneficio della propria sicurezza, onde evitare un'apertura immediata e troppo traumatica delle frontiere.

1.2 LE FONTI DELLA DISCIPLINA RELATIVA ALLE CATEGORIE "PRIVILEGIATE" DI CITTADINI DI STATI TERZI

1.2.1 IL VINCOLO FAMILIARE TRA CITTADINANZA DELL'UNIONE E NORME SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI — Una prima categoria di cittadini di Stati terzi che gode di una disciplina speciale è, come la dottrina riconosce¹²⁷, quella dei familiari del cittadino comunitario. Si tratta di un regime funzionale rispetto alla libertà che i Trattati concedono al cittadino UE e che, per tale ragione, può trovare applicazione solo nella misura in cui costui abbia esercitato la libertà in parola. In altri termini,

¹²⁴ 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, documento del Consiglio n. 13054/04 (<http://register.consilium.eu.int>).

¹²⁵ Trattato di Atene relativo all'adesione di 10 nuovi Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 236 del 23 settembre 2003, p. 17 ss. Sul punto si vedano DEN BOER, «To What Extent Can There Be Flexibility in the Application of Schengen in the New Member States», in ANDERSON, APAP (eds.), *Police and Justice Cooperation and the New Borders*, The Hague, London, New York, 2002, p. 139 ss., e ADINOLFI, «Free movement and access to work of citizens of the new Member States: the transitional measures», *CMLR*, 2005, p. 469 ss. L'elenco delle disposizioni la cui applicazione non è subordinata ad una decisione del Consiglio è contenuto nell'Allegato I del Trattato di adesione, in GUUE L 236 del 23 settembre 2003, p. 50 ss.

¹²⁶ Art. 4 del Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea, in GUUE L 157 del 21 giugno 2005, p. 29 ss. Un allegato analogo a quello previsto dal Trattato di Atene è contenuto nel Trattato di adesione della Romania e della Bulgaria, in GUUE L 157 del 21 giugno 2005, p. 49 ss.

¹²⁷ Così MISSORICI, ROMANO, *op. cit.*, p. 59.

così come il regime della libera circolazione non si applica alle situazioni puramente interne, così pure quello speciale relativo ai familiari, che è accessorio rispetto al primo, non troverà egualmente applicazione¹²⁸. Le fonti in materia non sono state del tutto omogenee, almeno fino a tempi recenti. In effetti, la disciplina relativa ai familiari risentiva della frammentarietà con cui la Comunità aveva provveduto a realizzare la libera circolazione dei lavoratori: *in primis*, essa era prevista dalle norme adottate in materia di lavoro subordinato¹²⁹; poi, dalle norme in materia di stabilimento e servizi¹³⁰; ancora, dalle norme concernenti i lavoratori, salariati e non, che hanno cessato la propria attività¹³¹; dalle norme relative agli studenti¹³²; infine, dalle norme relative ai soggetti economicamente non attivi¹³³. Ebbene, questo complesso sistema di norme trovava la propria base giuridica ora nell'art. 49 TCE (oggi 40) relativo alla libera circolazione dei lavoratori, ora nell'art. 54 (oggi 44) relativo al diritto di stabilimento, ora, infine, nell'art. 235 (oggi 308) per quelle norme senza un sicuro riferimento nella parte del Trattato relativa alle politiche. Si deve, peraltro, aggiungere che almeno due delle direttive summenzionate - quella relativa agli studenti e quella sui soggetti economicamente non attivi - si ritiene oggi

¹²⁸ In tal senso, si veda l'art. 3 della 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, in GUUE L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss.

¹²⁹ Gli articoli 10 e 11 del regolamento 1612/68, cit., p. 2 ss., e la direttiva 68/360/CEE del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, p. 13 ss.

¹³⁰ Direttiva 73/148/CEE del Consiglio del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione dei servizi, in GUCE L 172 del 28 giugno 1973, p. 14 ss.

¹³¹ Direttiva 90/365/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, p. 28 s.

¹³² Direttiva 93/96/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in GUCE L 317 del 18 dicembre 1993, p. 28 ss.

¹³³ Direttiva 90/364/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, p. 26 ss.

costituiscano una attuazione *ante litteram* dell'art. 18, relativo alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione¹³⁴.

Il quadro è profondamente mutato con l'adozione della direttiva 2004/38: essa ha incorporato in un unico atto - s'intende, modificando la disciplina - tutte le disposizioni citate, che sono state nel contempo abrogate¹³⁵. La natura trasversale di tale direttiva si evince già dalla base giuridica plurima che essa indica e che coincide perfettamente con il panorama delle norme del Trattato richiamate dalla vecchia normativa sulla libera circolazione: gli articoli 12 (già 6), 18, 40 (già 49), 44 (già 54) e 52 TCE. Essa insiste dunque sul pilastro comunitario: da ciò, naturalmente, deriva una profonda divaricazione tra questo regime e quello comune analizzato nel § 1.1, il quale, pur rientrando nello stesso pilastro, non ne adotta interamente il metodo. È sufficiente qui rammentare come tra il titolo IV e le norme richiamate dalla direttiva summenzionata vi siano differenze rispetto alle procedure di adozione degli atti, alla competenza della Corte di giustizia e all'efficacia delle stesse norme del Trattato. Siffatte differenze, naturalmente, si ripercuotono sui contenuti della disciplina e sulla forza di penetrazione della stessa nel diritto nazionale.

¹³⁴ Cfr. MATTERA, «*Civis europaeus sum*». La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 (*ex* articolo 8A) del trattato CE», *DUE*, 1999, p. 453 ss.

¹³⁵ Precisamente, l'art. 38 della suddetta direttiva abroga gli articoli 10 e 11 del regolamento 1612/68, cit., p. 2 ss., la direttiva 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, in *GUCE* 56 del 4 aprile 1964, p. 850 ss., la direttiva 68/360, cit., p. 13 ss., la direttiva 72/194/CEE del Consiglio del 18 maggio 1972, che estende il campo di applicazione della direttiva del 25 febbraio 1964 per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai lavoratori che esercitano il diritto di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego, in *GUCE* L 121 del 26 maggio 1972, p. 32, la direttiva 73/148, cit., p. 14 ss., la direttiva 75/34/CEE del Consiglio del 17 dicembre 1974, relativa al diritto di un cittadino di uno Stato membro di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata, in *GUCE* L 14 del 20 gennaio 1975, p. 10 ss., la direttiva 75/35/CEE del Consiglio del 17 dicembre 1974, che estende il campo di applicazione della direttiva 64/221/CEE per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ai cittadini di uno Stato membro che esercitano il diritto di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata, in *GUCE* L 14 del 20 gennaio 1975, p. 14 ss., la direttiva 90/364, cit., p. 26 ss., la direttiva 90/365, cit., p. 28 ss., e la direttiva 93/96, cit., p. 28 ss.

Sempre rimanendo in tema di fonti, accanto ai familiari dei cittadini, vi sono altre categorie che da essi vanno tenute distinte: si tratta dei familiari dei cittadini di Stati terzi cui si applica il regime comune e dei familiari dei cittadini di Stati terzi che abbiano concluso con la Comunità (o con la Comunità e gli Stati membri) un accordo di associazione. Per i primi la norma di riferimento torna a trovarsi nel titolo IV: si tratta dell'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a), TCE. Riguardo ad essa occorre dire che, innanzitutto, il Consiglio ha già adottato una direttiva in materia, esercitando le competenze ad esso conferite dal Trattato¹³⁶; e che, inoltre, benché la norma suddetta non operi distinzioni, la direttiva citata separa, in questa categoria, la posizione dei familiari dei cittadini di Stati terzi cui si applica il regime comune da quella dei familiari dei rifugiati¹³⁷.

1.2.2 LE NORME DEL TITOLO IV SU RICHIEDENTI ASILO E SFOLLATI — Come detto in precedenza, il titolo IV contempla anche le competenze comunitarie in materia di asilo, rifugiati e sfollati. Si tratta di una particolare categoria di cittadini di Stati terzi la cui disciplina si ispira alla protezione dei diritti umani. Le norme ad essi indirizzate, generalmente meno rigide e restrittive, si debbono alla situazione di rischio che tali individui corrono nel paese d'origine. È bene sottolineare che, particolarmente in questo settore d'intervento, la Comunità deve attenersi a parametri di natura internazionale, generali e pattizi¹³⁸. Quanto ai contenuti della competenza in esame, indicati dall'art. 63, primo comma, numeri 1 e 2, TCE, essi riguardano le misure in materia di asilo «a norma della convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e del protocollo del 31 gennaio 1967, relativo allo status dei rifugiati, e

¹³⁶ Si tratta della direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

¹³⁷ Sempre limitatamente alle fonti, si rimanda per i primi a quanto detto nel § 1.1 e per i secondi al § 1.2.2 relativo ai rifugiati, mentre per i familiari dei cittadini di uno Stato terzo in regime di associazione, si rinvia a quanto detto nel § 1.2.3. La disciplina sostanziale che si applica in presenza del vincolo familiare - a prescindere dalla circostanza che esso sussista nei confronti di un cittadino di Stato terzo cui si applica il regime comune, di un cittadino europeo, di un rifugiato o di un cittadino di uno Stato "associato" - sarà invece analizzata nel § 3.1.

¹³⁸ Su di essi ci soffermeremo nel § 1.3.1.

degli altri trattati pertinenti» nonché le «misure applicabili ai rifugiati ed agli sfollati». Si tratta, dunque, più che di misure concernenti l'asilo, di una competenza che investe coloro che intendono chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato: le due nozioni - asilato e rifugiato - non necessariamente corrispondono¹³⁹. Nel dettaglio, l'art. 63, primo comma, n. 1, prevede che dette misure vengano adottate in quattro diversi settori: a) quello dei criteri e meccanismi per determinare quale sia lo Stato competente ad esaminare la domanda di asilo, settore nel quale, come si diceva più sopra, gli Stati membri avevano già concluso un accordo internazionale; b) norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti il riconoscimento dello *status*; c) norme minime sul contenuto della qualifica di rifugiato; d) norme minime sulle procedure volte alla concessione e alla revoca dello *status* di rifugiato. Si tratta, a parte quella sub a), di materie di evidente competenza concorrente: a voler tacere sulla circostanza che anche ad esse si applica il limite generale previsto dall'art. 64, l'indicazione di «norme minime» toglie ogni dubbio in proposito. Peraltro, le materie in questione trovavano la propria puntuale disciplina nelle norme Schengen, come noto incorporate ormai nel pilastro comunitario, mentre allo stato attuale ad esse sono destinati alcuni rilevanti atti di diritto derivato.

Quanto ai settori contemplati dal n. 2 del primo comma dell'art. 63, essi riguardano: a) norme minime per assicurare la protezione a chi comunque non può

¹³⁹ La nozione di rifugiato si rinviene all'art. 1 della Convenzione sullo *status* dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, secondo cui è tale chi, «a causa di avvenimenti anteriori al 1° gennaio 1951 e nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto Stato». La nozione di asilo, invece, non ha una collocazione giuridica internazionale, bensì è propria di ciascun ordinamento statale, il quale provvede a definirla attraverso connotati politici, generalmente più ampi di quelli indicati da detto art. 1. Si prenda, p.e., l'art. 10 della Costituzione italiana, secondo cui «[l]o straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge». O, ancora, l'art. 129 della Costituzione sovietica del 1936, secondo cui «[t]he U.S.S.R. affords the right of asylum to foreign citizens persecuted for defending the interests of the working people, or for their scientific activities, or for their struggle for the national liberation». Sul punto si veda BERNARDI, «Asilo politico», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, IV ed., Torino, 1987, p. 421 ss.

tornare nel paese di origine; b) la promozione di sforzi per equilibrare gli oneri degli Stati membri che accolgono rifugiati e sfollati. Quanto all'ipotesi sub a), essa si spiega con la circostanza che alcuni individui la cui condizione non integra i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato non possono essere respinti, da una parte, giusta l'applicazione, se ne ricorrono le condizioni, del divieto di *refoulement* e, dall'altra, in ogni caso, senza un previo accordo con il paese di destinazione. In quest'ultima ipotesi, peraltro, la competenza in esame si collega con quella prevista nello stesso comma dell'art. 63, al n. 3, lett. b), giacché gli accordi di riammissione di coloro ai quali non viene riconosciuto lo *status* - sempre che non sia applicabile il divieto di *refoulement* - possono essere conclusi dalla Comunità. E in effetti, la prassi, soprattutto recente, fornisce numerosi esempi di tali accordi¹⁴⁰. Si rammenta, peraltro, che per questa specifica competenza esterna della Comunità è applicabile il principio del parallelismo delle competenze, elaborato dalla Corte di giustizia. Infine, il settore sub b) è stato affidato alla Comunità nel tentativo che essa bilanciassero gli oneri che gli Stati sopportano per applicare le misure su rifugiati e sfollati: ciò è necessario dal momento che esistono chiaramente Stati membri (si pensi proprio all'Italia) verso cui i flussi di cittadini di Stati terzi, i quali sovente fuggono dal proprio paese di origine in condizioni disperate, sono molto più massicci che altrove. Si tratta dei paesi di cd. prima accoglienza, soprattutto per ragioni geografiche, verso cui gli altri Stati membri, tramite la competenza in discorso, dovrebbero assicurare il loro sostegno finanziario.

A queste esplicite competenze andrebbe poi aggiunta quella prevista dall'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a): come detto sopra, infatti, le norme sul ricongiungimento familiare riguardano anche i rifugiati. Si noti, invece, che le norme sul soggiorno dei rifugiati rimangono fuori dal settore indicato da detta lett. a). In ciò vi è, per la verità, una incongruenza: non tanto nell'esclusione menzionata, quanto nella circostanza che la disciplina relativa al ricongiungimento dei familiari

¹⁴⁰ L'ultimo in ordine di tempo è l'accordo di riammissione tra la Federazione russa e la Comunità europea, in GUUE L 129 del 17 maggio 2007, p. 40 ss.

del rifugiato sia prevista assieme a quella comune. Se infatti la logica normativa cui le due ipotesi si ispirano è, in linea di massima, la stessa, diversi sono i meccanismi decisionali degli organi comunitari nelle ipotesi principali, cioè quelle relative al cittadino di Stato terzo “comune” da una parte e al rifugiato dall’altra. Infatti, per tutte le misure qui in esame (salvo quelle relative al bilanciamento degli oneri finanziari) è prevista la codecisione, a condizione che siano state già adottate norme comuni; per quelle relative al ricongiungimento *tout court* è invece imposta la regola dell’unanimità. Quanto alla competenza della Corte di giustizia, infine, si rimanda a quanto detto nel § 1.1.4.

1.2.3 I REGIMI DI ASSOCIAZIONE E SIMILI — I cittadini di alcuni Stati terzi godono, in virtù di varie ragioni - storiche, economiche ecc. - di un regime di particolare favore, che investe, però, non tutte le situazioni giuridiche: in altre parole, il *favor* si applica principalmente al “momento” del soggiorno, mentre nel caso ad esempio dell’ingresso torna ad applicarsi il regime comune. Si tratta dei paesi che si trovano, in virtù di specifici accordi che la Comunità conclude in base all’art. 310 TCE, in un regime di associazione con essa. Esula da questo contesto, invece, contrariamente a quanto qualcuno sostiene¹⁴¹, il regime speciale previsto dall’art. 182 ss. TCE, cui rinvia l’art. 299, par. 3. Non si tratta, invero, di una speciale associazione tra Stati terzi e Comunità, sibbene di una limitazione dell’applicazione territoriale dei Trattati concernente i paesi e i territori d’oltremare. Le disposizioni previste da questa parte quarta del Trattato, tra l’altro, si riferiscono prevalentemente alla circolazione delle merci e dei capitali. Tuttavia, l’art. 183, n. 5, estende la disciplina comunitaria sul diritto di stabilimento anche a detti paesi e territori «su una base non discriminatoria»: ne segue che i cittadini di questi (*recte*, i cittadini di uno Stato membro residenti in uno di questi paesi o territori) godranno delle libertà garantite

¹⁴¹ MISSORICI, ROMANO, *op. cit.*, p. 55.

dall'art. 43 ss., ivi compreso, come la Corte ha avuto modo di chiarire¹⁴², il diritto di ingresso e soggiorno. Quanto alle altre libertà, diverse da quella prevista in materia di stabilimento, l'art. 186 TCE prevede la possibilità che gli Stati membri stipulino delle convenzioni per regolarne la disciplina. Tuttavia, nessuna iniziativa è stata intrapresa in tal senso. A riguardo, la Corte ha peraltro affermato che, in assenza di siffatte convenzioni, «i cittadini degli Stati membri non possono avvalersi del diritto comunitario per esigere il diritto di ingresso e di soggiorno in un paese o territorio d'oltremare per trovarvi lavoro e svolgere un'attività subordinata»¹⁴³. La sentenza fornisce anche l'occasione per chiarire che relativamente a questa disciplina speciale sussiste la piena competenza della Corte¹⁴⁴. L'art. 187 TCE prevede che il Consiglio stabilisca, all'unanimità, le modalità e le procedure dell'associazione dei paesi e territori d'oltremare, relativamente, tra l'altro, al diritto di stabilimento¹⁴⁵. Si noti, infine, che alcuni dei paesi interessati da questo speciale regime, una volta divenuti indipendenti, hanno concluso con la Comunità degli accordi di associazione sulla base dell'art. 310: ad essi, naturalmente, si applicherà la disciplina (questa volta sì dettata dal regime di associazione) disposta da questi ultimi.

Sempre in tema di limitazioni territoriali al regime di libera circolazione, giova qui rammentare che gli Stati che hanno recentemente aderito alla Comunità non godranno fin da subito in modo pieno del regime previsto dal Trattato: per essi, infatti, il Trattato di Atene dispone un periodo transitorio di dieci anni nel quale saranno possibili restrizioni alla libera circolazione¹⁴⁶. D'altra parte, questa è stata la stessa soluzione adottata in occasione di altre adesioni.

¹⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1990, cause riunite C-100 e C-101/89, *Peter Kaefers e Andrea Procacci c. Stato francese (Kaefers)*, in *Racc.*, p. I-4647 ss., punto 15.

¹⁴³ Sentenza *Kaefers*, cit., punto 13.

¹⁴⁴ *Ibid.*, punto 6 ss.

¹⁴⁵ Sull'attività del Consiglio in merito a ciò si vedano LUCCHINI, «Commento agli artt. 177-188», in POCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 683 ss., e CALIGIURI, «Commento agli artt. 182-188», in TIZZANO (a cura di), *I Trattati...*, cit., p. 902 ss.

¹⁴⁶ Sul punto si veda CONDINANZI, LANG, NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 287 s.

Gli accordi di associazione e simili danno vita ad un panorama molto vasto. I primi sono quegli accordi previsti dall'art. 310 e con i quali la Comunità sovente prepara l'ammissione di nuovi membri: a questo scopo, essi prevedono norme quasi identiche a quelle che il TCE stabilisce rispetto alle libertà del mercato comune. Accanto a questi accordi ve ne sono altri che, pur formalmente legati alla base giuridica costituita dall'art. 310, ripropongono solo in parte le norme tipiche dell'associazione, discostandosi quindi da queste ultime per un minore grado di liberalizzazione. In altre parole, questa seconda tipologia di accordi è caratterizzata da un regime generalmente meno penetrante: ad esempio la libera circolazione è sovente limitata allo stabilimento, manca un quadro istituzionale specifico ecc. Nel dettaglio, la Comunità ha concluso: per quanto riguarda gli accordi del primo tipo, quello sullo Spazio economico europeo (SEE) con i rimanenti Stati membri dell'EFTA¹⁴⁷, l'accordo con la Svizzera¹⁴⁸ e l'accordo con la Turchia¹⁴⁹; per l'altro tipo di accordi, quelli di Cotonou con i paesi ACP (Africa, Carabi, Pacifico), quelli con alcuni paesi dell'Europa dell'est (prevalentemente in vista dell'adesione che, per la maggior parte di questi Stati, si è realizzata)¹⁵⁰, gli accordi euromediterranei¹⁵¹ e,

¹⁴⁷ Accordo concluso a Porto il 2 maggio 1992 e pubblicato in GUCE L 1 del 3 gennaio 1994, p. 3 ss.

¹⁴⁸ Accordo concluso a Lussemburgo il 21 giugno 1999 e pubblicato in GUUE L 114 del 30 aprile 2002, p. 6 ss.

¹⁴⁹ Accordo concluso ad Ankara il 12 settembre 1963 e pubblicato in GUCE L 217 del 29 dicembre 1964, p. 3 ss.

¹⁵⁰ Su siffatti accordi si vedano in dottrina ALESSANDRINI, «Gli accordi di associazione della CEE con i paesi dell'Europa centro orientale», in SACERDOTI, ALESSANDRINI, *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi*, Milano, 1994, p. 143 ss., MARINI, «I rapporti tra la Comunità europea e i paesi dell'Europa centro-orientale nella prospettiva dell'adesione», *CI*, 1998, p. 327 ss., HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law...*, cit., p. 239 ss., HILLION, «Institutional Aspects of the Partnership between the European Union and the Newly Independent States of the Former Soviet Union: Case Studies of Russia and Ukraine», *CMLR*, 2000, p. 1211 ss., e HOFMANN, «The Right to Establishment for Nationals of the European Union Associated Countries in the Recent Jurisprudence of the European Court of Justice», *GYL*, 2001, p. 469 ss.

¹⁵¹ Si tratta degli accordi con la Tunisia (firmato a Bruxelles il 17 luglio 1995 e pubblicato in GUUE L 97 del 30 marzo 1998, p. 2 ss.), con Israele (firmato a Bruxelles il 20 novembre 1995 e pubblicato in GUUE L 147 del 21 giugno 2000, p. 3 ss.), con il Marocco (firmato a Bruxelles il 26 febbraio 1996 e pubblicato in GUUE L 70 del 18 marzo 2000, p. 2 ss.), con l'OLP (firmato a Bruxelles il 24 febbraio 1997 e pubblicato in GUUE L 187 del 16 luglio 1997, p. 3 ss.), con la Giordania (firmato a Bruxelles il 24 novembre 1997 e pubblicato in GUUE L 129 del 15 maggio 2002, p. 3 ss.), con l'Egitto (firmato a Lussemburgo il 25 giugno 2001 e pubblicato in GUUE L 304 del 30 settembre 2004, p. 39 ss.), con il

infine, l'accordo GATS concluso nell'ambito dell'OMC. Siffatti accordi sono stati quasi tutti conclusi facendo leva sul combinato disposto dagli articoli 310 e 300 TCE. Ma, al di là della base giuridica, essi - come detto -condividono ben poco: in quanto parte integrante del diritto comunitario, sono tutti soggetti alla competenza della Corte¹⁵²; tuttavia, ben diverso è il loro tenore in merito ai contenuti della disciplina, alla possibilità che le loro norme siano dotate di effetto diretto e, infine, ad alcune competenze della Corte fuori da quelle previste dal Trattato.

Per quanto riguarda gli accordi euromediterranei, essi dispongono, per lo più, un regime di favore per i cittadini di quegli Stati terzi in tema di diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi. Nessuno di essi prevede una qualche competenza della Corte: né in veste arbitrale, quale sede in cui lo Stato parte dell'accordo e la Comunità possano dirimere le controversie che eventualmente sorgessero, né tanto meno in via pregiudiziale, adita dai giudici nazionali dello Stato terzo. Su questa stessa linea si collocano, in via di massima, gli accordi con i paesi ACP e con i paesi dell'Europa dell'est. Giova tuttavia rammentare che, come detto poc'anzi, accordi siffatti fanno parte del diritto comunitario e dunque, nei limiti da esso stabiliti, la Corte ha piena competenza su di essi. Nell'esame della disciplina prevista dagli accordi in parola¹⁵³, occorre tener conto anche degli atti posti in essere dai Consigli di associazione (a volte detti Consigli di cooperazione¹⁵⁴), sovente istituiti dagli accordi stessi e investiti di diversi compiti. Di tutt'altra incisività è invece la disciplina prevista dall'accordo SEE e da quelli con la Turchia e con la Svizzera.

Fra i primi accordi che la Comunità ha concluso sulla base dell'art. 310 v'è quello con la Turchia. In esso vi si prospetta un graduale approdo ad un regime di

Libano (firmato a Lussemburgo il 17 giugno 2002 e pubblicato in GUUE L 143 del 30 maggio 2006, p. 2 ss.) e con l'Algeria (firmato a Valencia il 22 aprile 2002 e pubblicato in GUUE L 265 del 10 ottobre 2005, p. 2 ss.)

¹⁵² Vedi il parere 1/75 dell'11 novembre 1975, in *Racc.*, 1975, p. 1355 ss.

¹⁵³ Per la quale si rimanda al § 1.2.3

¹⁵⁴ Vedi p.e. art. 42 dell'accordo con l'Algeria.

piena libertà di circolazione: benché l'accordo potesse precludere ad una eventuale adesione turca, esso non imponeva obblighi in tal senso, né, d'altra parte, tale prospettiva si è ancora concretizzata. La disciplina che investe la materia in parola, oltre ad essere contenuta nell'accordo stesso e nei Protocolli che ad esso sono seguiti, si ricava anche dalle decisioni del Consiglio di associazione, come d'altra parte accade anche per gli accordi euromediterranei.

Quanto all'accordo SEE, esso prevede un regime di libera circolazione dei lavoratori identico a quello previsto dal Trattato: esso, infatti, riproduce pressoché testualmente l'art. 39 ss. TCE. Nonostante tale similarità, parte della dottrina esclude che le norme dell'accordo debbano essere interpretate dai giudici interni alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, come anche quest'ultima avrebbe, in linea di principio, affermato¹⁵⁵. Osta a tale interpretazione, tuttavia, l'art. 6 dell'accordo stesso, secondo cui siffatte norme «devono essere interpretate, nella loro attuazione ed applicazione, in conformità delle pertinenti sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee prima della data della firma del presente accordo». Unica limitazione è che tale obbligo sussiste solo «nella misura in cui» le norme dell'accordo «sono identiche nella sostanza alle corrispondenti norme del trattato» CE. L'art. 107 assieme al protocollo 34 prevedono la possibilità di un rinvio pregiudiziale anche per i giudici degli Stati parte non comunitari: anche qui, tuttavia, opera il limite previsto dall'art. 6 suddetto. D'altra parte, l'art. 111, n. 3, contempla l'ipotesi che le parti (statali) dell'accordo tra le quali sia insorta una controversia vertente sul medesimo possano adire direttamente la Corte, anche qui limitatamente alla norme identiche al TCE. È bene rammentare che l'accordo in parola, benché disponga una disciplina del tutto simile a quella comunitaria rispetto ai lavoratori subordinati, ha perso il valore che inizialmente aveva: ciò dal momento che alcune delle parti originarie hanno poi aderito alla Comunità (Austria, Finlandia e Svezia) mentre la Svizzera ha firmato di recente un trattato che ha sostituito il

¹⁵⁵ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 106 s.

precedente. A quest'ultimo rimangono legati solamente l'Islanda, la Norvegia e il Liechtenstein.

Proprio in merito alla posizione della Svizzera, essa ha concluso una serie di accordi il 26 giugno 1999 tra i quali ne figura uno sulla libera circolazione delle persone. Anche qui, si tratta di un regime del tutto analogo a quello comunitario, con alcune significative varianti rispetto all'accordo SEE: innanzitutto, l'accordo verrà applicato in modo progressivo, essendovi previsto un periodo transitorio in cui permarranno alcune eccezioni alla libera circolazione. Tale periodo è scandito in tre fasi e dovrebbe chiudersi il 31 maggio 2014, quando il regime coinciderà con quello comunitario. Inoltre, la libertà di circolazione dei cittadini delle due parti viene estesa, grosso modo, anche ai loro familiari; infine, non vi è prevista una competenza della Corte di giustizia, sebbene l'art. 16, par. 2, dell'accordo preveda un obbligo analogo a quello previsto dall'art. 6 dell'accordo SEE. A differenza di quest'ultimo, però, l'accordo con la Svizzera impone l'obbligo siffatto «[n]ella misura in cui l'applicazione del presente Accordo implica nozioni di diritto comunitario».

1.2.4 I CITTADINI DI STATI TERZI LEGALMENTE SOGGIORNANTI NEL TERRITORIO DELL'UNIONE —

Per i cittadini di Stati terzi che, sulla base delle norme comuni, abbiano ottenuto una posizione di particolare stabilità giuridica sul territorio degli Stati membri, si apre poi uno scenario di situazioni. Viene in rilievo, in primo luogo, la figura del soggiornante di lungo periodo: secondo la definizione che ne dà l'art. 4, par. 1, della direttiva 2003/109¹⁵⁶, tale è il cittadino di un paese terzo che abbia soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni in uno Stato membro. Questo *status* permette al cittadino di Stato terzo di accedere ad una serie di privilegi che, sebbene non possano dirsi speciali in quanto non esiste una più ampia disciplina comune in merito, appaiono di grande significato nell'ottica che qui ci interessa. Siffatte posizioni privilegiate si debbono prevalentemente alla titolarità di detto *status*, ma sovente anche a situazioni simili, quali la residenza, il domicilio ecc. Sebbene per

¹⁵⁶ Direttiva 2003/109/CE, cit., p. 44 ss.

esse, come per la cittadinanza d'altra parte, non esiste una nozione comunitaria¹⁵⁷, si può verificare una sovrapposizione *de facto* tra la nozione (comunitaria) di soggiornante di lungo periodo e quelle (nazionali) di residenza, dimora ecc. In altre parole, il diritto comunitario accorda una posizione di maggiore privilegio ora determinandone le condizioni di accesso (è il caso del soggiornante di lungo periodo) ora rinviandone la definizione al diritto interno. Si tratta, in definitiva, di una categoria trasversale ed eterogenea di figure, tutte però accomunate dalla posizione di particolare stabilità giuridica che il diritto comunitario avrà ritenuto meritevole di essere destinataria di norme di maggiore favore.

Per quanto concerne il soggiornante di lungo periodo, la fonte principale è, come ricordato più sopra, nell'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a), e n. 4. Si tratta di competenze per le quali - è bene rammentarlo - il Consiglio delibera all'unanimità. La disciplina di diritto derivato è invece contenuta nella menzionata direttiva 2003/109: essa accorda una normativa di particolare favore verso il cittadino di Stato terzo riguardante principalmente le condizioni di soggiorno e i limiti all'allontanamento¹⁵⁸. Per le figure affini al soggiornante di lungo periodo, si può rilevare come nel Trattato si rinvengano, in modo del tutto frammentario, norme che attribuiscono determinati diritti all'individuo che, non importa quale cittadinanza abbia, risieda nel territorio di uno Stato membro. Un primo esempio è costituito dal diritto dei cittadini dell'Unione di rivolgere petizioni al Parlamento europeo, previsto dall'art. 21, primo comma, TCE e la cui titolarità viene estesa dall'art. 194 TCE ad «ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale

¹⁵⁷ Ciò è pacifico per la nozione di cittadinanza, come la dottrina ammette: si vedano, per tutti, ADAM, «Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione europea», *RDI*, 1992, pp. 632-632; VILLANI, «La cittadinanza dell'Unione europea», in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, Cacucci, 1995, p. 1006 s. Per la nozione di cittadinanza, per la verità, esiste un contenuto comunitario: esso, tuttavia, è del tutto accessorio rispetto a quello nazionale, sicché il primo finisce per non avere una propria autonomia. Per le altre nozioni ciò è altrettanto vero: si pensi, p.e. all'art. 59 del regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE L 12* del 16 gennaio 2001, p. 13 ss., secondo cui «[p]er determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale».

¹⁵⁸ Su di essa ci soffermeremo nel § 3.4.

in uno Stato membro». Un secondo esempio è costituito dal diritto di proporre ricorso al Mediatore europeo previsto, sempre limitatamente ai cittadini dell'Unione, dal secondo comma dell'art 21. Qui, come nell'ipotesi della petizione al PE, l'art. 195 prevede un'estensione analoga a quella disposta dall'art. 194. Un ragionamento simile - ed è questo un terzo esempio - può essere fatto per il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni e per il diritto di corrispondere con esse nella propria lingua. Per il primo, l'art. 255 ne prevede l'applicabilità anche ai residenti; per il secondo, invece, l'art. 21, terzo comma, menziona unicamente i cittadini dell'Unione. Aderendo, tuttavia, ad autorevole dottrina¹⁵⁹, riteniamo che la *ratio* della norma autorizzi ad estendere la titolarità di tale diritto anche ai residenti, con la precisazione che, com'è ovvio, essi debbono rivolgersi alle istituzioni comunque in una delle lingue ufficiali indicate dall'art. 314 TCE. Continuando con questa breve esemplificazione, si può ancora rammentare come alcune delle libertà fondamentali previste fin dall'origine nel Trattato siano estese ai residenti non cittadini dell'Unione: tale è il caso della sfera d'applicazione soggettiva della libertà di circolazione dei capitali¹⁶⁰. Un caso analogo è quello del destinatario di servizi che sia stabilito nel territorio della Comunità¹⁶¹. Altre libertà, invece, si "trasmettono" al cittadino di Stato terzo in quanto altrimenti ne verrebbe illegittimamente privato il titolare principale: è il caso del diritto di stabilimento delle persone giuridiche i cui soci siano tutti cittadini di Stati terzi¹⁶² o, ancora, del regime di libertà di cui godono, a certe condizioni, i lavoratori cittadini di Stati terzi impiegati nell'azienda di un cittadino comunitario¹⁶³. In entrambi i casi, peraltro, non è necessario il requisito della residenza, né della dimora. Un'ipotesi particolarmente rilevante è poi contemplata dall'art. 137, par. 1, lett. g), TCE, secondo cui la Comunità, al fine di

¹⁵⁹ CONDINANZI, LANG, NASCIBENE, *op. cit.*, p. 65 s.

¹⁶⁰ Sul punto si veda BARATTA, «Circolazione dei capitali e pagamenti», in STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 277.

¹⁶¹ Cfr. MASTROIANNI, «La libera prestazione dei servizi», in STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 230.

¹⁶² Vedi CONDINANZI, «La libertà di stabilimento», in STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 182.

¹⁶³ Di nuovo MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 232.

perseguire gli obiettivi di politica sociale fissati dall'art. 136, assume iniziative in merito alle condizioni di impiego dei cittadini di paesi terzi «che soggiornano legalmente» nel territorio della Comunità. E ancora: l'art. 49, secondo comma, TCE, secondo cui il Consiglio può estendere il beneficio della libera circolazione anche ai prestatori cittadini di Stati terzi, a patto che siano stabiliti all'interno della Comunità. È opportuno ricordare pure che alcune delle norme comunitarie adottate in tema di competenza giurisdizionale e riconoscimento delle sentenze, le quali peraltro si basano sull'art. 65 TCE, contenuto - è il caso di sottolineare - nel titolo IV, demarcano il proprio campo di applicazione facendo leva ora sulla nozione di residenza, ora su quella di domicilio¹⁶⁴. In definitiva, una volta che il cittadino di Stato terzo abbia ottenuto, sulla base del diritto comunitario o del diritto nazionale, una posizione di particolare stabilità, verranno in rilievo queste diverse norme, le quali, dunque, contribuiscono a fornire un ulteriore tassello delle fonti in esame.

1.3 ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

1.3.1 LA RILEVANZA NELLA MATERIA IN OGGETTO DI ALCUNE NORME INTERNAZIONALI GENERALI E PATTIZIE — Le fonti che abbiamo analizzate fino ad ora contribuiscono quasi per intero a fornire la disciplina europea che investe i cittadini di Stati terzi. Tuttavia, una porzione di essa discende da alcune norme di provenienza internazionale che si collocano, per così dire, sullo sfondo del quadro finora tracciato. Tra esse, particolare rilievo hanno quelle cui rinvia l'art. 6 TUE: secondo il par. 2 di detta norma, «[l]'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri». La norma, peraltro, va letta assieme all'art. 46, lett. d), TUE, in base al quale la Corte di giustizia esercita le proprie competenze sull'art. 6, par. 2, TUE «per quanto riguarda l'attività delle istituzioni, nella misura in cui la Corte sia competente a norma dei trattati».

¹⁶⁴ Si veda MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale Parte generale e contratti*, terza ed., Torino, 2004, p. 35 s.

Sebbene la norma preveda che il sindacato possa esercitarsi solo sull'attività delle istituzioni, la Corte ha precisato, *ante litteram*, che il proprio controllo sul rispetto dei diritti fondamentali si estende anche all'attività degli Stati membri - s'intende, in attuazione del diritto comunitario¹⁶⁵. Si schiude così alla Corte la possibilità di indagare su uno scenario alquanto vasto: un'apertura di grande importanza se si pone mente al fatto che proprio nell'ambito del quale ragioniamo viene in rilievo, in modo significativo, il coinvolgimento di quei diritti che il rinvio dell'art. 6 intende proteggere.

Una prima fonte che viene in rilievo è la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU): essa, che come noto dispone di un autonomo meccanismo di tutela giurisdizionale, contiene alcune disposizioni che meritano di essere qui analizzate. In primo luogo, vi è l'art. 3, il quale vieta i trattamenti inumani e degradanti¹⁶⁶. La norma, come la Corte di Strasburgo ha

¹⁶⁵ Per tutte, si veda la sentenza *Rutili*, cit., punto 32.

¹⁶⁶ Benché parte della dottrina, e in particolare CELLAMARE, *op. cit.*, p. 259 s., abbia voluto vedere, nella giurisprudenza in parola, un'applicazione del ragionamento elaborato dalla Corte fin dalla sentenza del 23 marzo 1995, ricorso n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 59 ss., a noi pare che, in tal caso, un riferimento alla nozione di «jurisdiction» non sia del tutto adeguato. A ben vedere, in effetti, per legare la responsabilità statale ai trattamenti vietati dall'art. 3, e potenzialmente suscettibili di avere luogo nel territorio di uno Stato terzo, non è necessario fare leva su detta nozione. Infatti, secondo la Corte, il trattamento vietato non è quello che può avere luogo nello Stato terzo, bensì l'atto di respingimento o di allontanamento che ha luogo all'interno del territorio di uno Stato parte. Ciò lo si evince da alcuni elementi. Intanto, la Corte considera del tutto irrilevante la circostanza che trattamenti inumani o degradanti abbiano effettivamente luogo nello Stato terzo di destinazione. Ciò potrebbe apparire di scarsa importanza, giacché la Corte è chiamata verosimilmente a vagliare la condotta statale prima che il provvedimento di respingimento o di allontanamento produca i suoi effetti. In altre parole, la Corte sarebbe costretta a dover valutare *ex ante* gli effetti di detto provvedimento. Ciò, tuttavia, non è del tutto vero: infatti, in un caso nel quale alcuni individui avevano trovato modo di rientrare nello Stato che li aveva espulsi, provando che nel paese di destinazione avevano subito trattamenti contrari all'art. 3, la Corte ha negato la responsabilità statale: vedi la sentenza del 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito (Vilvarajah)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 112. La ragione - ed è questo un secondo rilievo - poggia sulla circostanza che l'elemento che la Corte valuta è la possibilità che lo Stato parte preveda, sulla base di informazioni che ha o dovrebbe avere, il rischio connesso al provvedimento di respingimento o di allontanamento. Invero, un ricorso all'art. 1 viene operato dalla Corte nella sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito (D.)* (<http://www.echr.coe.int>), ma per tutt'altro scopo. I giudici di Strasburgo hanno applicato la nozione di «jurisdiction» per affermare l'irrelevanza del fatto che l'individuo che subisce un provvedimento di respingimento non si trovi «tecnicamente» all'interno del territorio statale. In

affermato e come pure riconosce la dottrina prevalente, contiene un diritto di carattere assoluto¹⁶⁷, il quale, quindi, non incontra alcuna eccezione e in alcun modo può essere derogato, neppure facendo ricorso alle classiche clausole relative all'ordine pubblico o alla sicurezza interna. Fin dalla sentenza *Soering*, la Corte di Strasburgo ha affermato che, ove uno Stato parte abbia (o debba avere) gli elementi per prevedere che l'estradizione di un individuo possa assoggettare costui al serio rischio di subire i trattamenti vietati dall'art. 3 e, ciononostante, lo estradi, compie una violazione dello stesso art. 3¹⁶⁸. La Corte ha, in alcune pronunce successive, esteso il ragionamento ai provvedimenti di espulsione¹⁶⁹ e, infine, al *refoulement*¹⁷⁰. Quanto alla tipologia del rischio cui l'individuo allontanato viene esposto, la Corte ha precisato che esso deve essere personale, esulando dal campo di applicazione dell'art. 3 quei rischi che si concretizzano in una generica situazione di pericolo derivante dalle condizioni del paese di destinazione o dall'appartenenza di detto

definitiva, ci pare che la vera novità non sia nell'applicazione (ennesima, peraltro) di un concetto non territoriale di *jurisdiction*, quanto nella formulazione di violazioni virtuali della Convenzione, suscettibili però, al pari delle altre, di innescare la responsabilità degli Stati parte. In tal senso si veda STARACE, «Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione», in SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003, p. 103 s.

¹⁶⁷ Per la giurisprudenza della Corte si vedano, per tutte, la sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito (Soering)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 88 e, per casi più recenti, la sentenza del 12 ottobre 2006, ricorso n. 1317803, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio* (<http://www.echr.coe.int>), punto 48, e la sentenza dell'11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi (Salah Sheekh)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 135. In dottrina, si vedano ADDO, GRIEF, «Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?», *EJIL*, 1998, p. 510 ss., HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law...*, cit., p. 494 s., i quali tuttavia sembrano critici con la tesi della Corte, e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 270 s.

¹⁶⁸ Sentenza *Soering*, cit., punto 88.

¹⁶⁹ A partire dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 70, fino alla recente sentenza *Salah Sheekh*, cit., punto 135.

¹⁷⁰ Si vedano la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 novembre 1996, ricorso n. 23366/94, *Nsona c. Paesi Bassi (Nsona)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 92, e la sentenza *D.*, cit., punto 49. Per la verità, la Corte di Strasburgo non ha dato conto in maniera compiuta di come si passi dall'applicazione dell'art. 3 a provvedimenti di estradizione ed espulsione a quelli di respingimento. Nel primo caso in cui essa si è trovata di fronte ad un respingimento, essa ha richiamato «mutatis mutandis» (si veda la sentenza *Nsona*, cit., punto 92) la giurisprudenza *Vilvarajah*, senza tuttavia esplicitare ulteriori chiarimenti.

individuo ad una minoranza esposta a trattamenti genericamente discriminatori¹⁷¹. Per quanto riguarda la tipologia di trattamenti inumani o degradanti, la Corte ha preso in considerazione diverse fattispecie¹⁷²: da quella, iniziale, della «sindrome del corridoio della morte»¹⁷³, alla mancanza di cure adeguate per malattie gravi¹⁷⁴, fino alla mancata protezione, da parte dello Stato di destinazione, a fronte di minacce provenienti da individui privati¹⁷⁵. Più in generale, la Corte ha affermato di avere ampio sindacato sulle prevedibili conseguenze dell'allontanamento, giusta la natura assoluta del diritto riconosciuto dall'art. 3¹⁷⁶.

Discorso analogo può essere fatto per un'altra norma della CEDU e, precisamente, quella contenuta nell'art. 8 che tutela la vita privata e familiare¹⁷⁷. A differenza dell'art. 3, tuttavia, detta norma non pone in essere un diritto assoluto¹⁷⁸, prevedendo larghe eccezioni legate alla sicurezza nazionale, all'ordine pubblico, al

¹⁷¹ Cfr. la sentenza *Vilvarajah*, cit., punto 111, e la sentenza del 29 aprile 1997, ricorso n. 24573/94, *H.L.R. c. Francia (H.L.R.)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 42. Sul punto vedi pure HAILBRONNER, *Immigration...*, cit., p. 492 s.

¹⁷² In generale su questo punto si vedano HAILBRONNER, *Immigration...*, cit., p. 493 s., ESPOSITO, «Art. 3», in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 49 ss., e MALINVERNI, «I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in SALERNO (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.

¹⁷³ Sentenza *Soering*, cit., punto 93 ss.

¹⁷⁴ Sentenza *D.*, cit., punto 51 ss.

¹⁷⁵ Sentenza *H.L.R.*, cit., punto 39 ss.

¹⁷⁶ È il caso di riportare quanto la Corte afferma nella sentenza *D.*, cit., punto 49: «[a]side from these situations and given the fundamental importance of Article 3 (art. 3) in the Convention system, the Court must reserve to itself sufficient flexibility to address the application of that Article (art. 3) in other contexts which might arise. It is not therefore prevented from scrutinising an applicant's claim under Article 3 (art. 3) where the source of the risk of proscribed treatment in the receiving country stems from factors which cannot engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country, or which, taken alone, do not in themselves infringe the standards of that Article (art. 3). To limit the application of Article 3 (art. 3) in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such contexts, however, the Court must subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant's personal situation in the expelling State».

¹⁷⁷ In argomento si vedano PALLARO, «Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare», *RIDU*, 1998, p. 453 ss., STAPLES, *op. cit.*, p. 299 ss., VAN DIJK, «Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention of Human Rights», *EJML*, 1999, p. 293 ss., HAILBRONNER, *Immigration...*, cit., p. 496 ss., ZENO ZENCOVICH, «Art. 8», in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *op. cit.*, p. 307 ss., MALINVERNI, *op. cit.*, p. 177 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 278 ss.

¹⁷⁸ Cfr. CELLAMARE, *ibid.*, p. 282.

benessere economico del paese, alla prevenzione dei reati e alla protezione della salute pubblica o morale e dei diritti e delle libertà altrui. Anche qui la Corte di Strasburgo si è mossa sul terreno dell'allontanamento, non potendo la norma in parola, almeno in linea di massima¹⁷⁹, offrire elementi che restringano il potere degli Stati sull'ingresso e sul soggiorno. Essa, in buona sostanza, ha affermato la prevalenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare, che spetta a ciascun individuo, sul potere statale di espulsione. Più precisamente, la Corte ha utilizzato una nozione di vita privata e familiare piuttosto ampia, a fronte della quale accertare l'interferenza statale¹⁸⁰. Per la verità, tuttavia, le condizioni che accedono a siffatta prevalenza sono particolarmente rigide: ciò dal momento che lo stesso art. 8, par. 2 CEDU consente, come detto, ampie sfere di discrezionalità allo Stato. A tale proposito, la Corte ha indicato i criteri in base ai quali deve valutarsi la proporzionalità della misura¹⁸¹: fra essi, si segnala quello dell'appartenenza dello straniero oggetto della presunta lesione alla categoria dei cd. immigrati di seconda generazione.

¹⁷⁹ Ma per un caso in cui la Corte di Strasburgo ha affermato l'obbligo positivo di uno Stato parte di riconoscere il diritto permanente alla residenza si veda la sentenza del 16 giugno 2005, ricorso n. 60654/00, *Sisojeva e altri c. Lettonia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 105.

¹⁸⁰ Quanto alla vita familiare, si vedano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74, *Marckx c. Belgio* (<http://www.echr.coe.int>), punto 45, del 28 maggio 1985, ricorsi nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, *Abdulaziz Cabales e Balkandali c. Regno Unito* (<http://www.echr.coe.int>), punto 62, dell'8 luglio 1987, ricorso n. 9749/82, *W. c. Regno Unito* (<http://www.echr.coe.int>), punto 59, del 24 marzo 1988, ricorso n. 10465/83, *Olsson c. Svezia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 59, del 21 giugno 1988, ricorso n. 10730/84, *Berrehab c. Paesi Bassi (Berrehab)* (<http://www.echr.coe.int>), punto 21, del 7 agosto 1996, ricorso n. 21794/93, *C. c. Belgio* (<http://www.echr.coe.int>), punto 25, dell'11 luglio 2000, ricorso n. 29192/95, *Ciliz c. Paesi Bassi* (<http://www.echr.coe.int>), punto 59. Quanto alla vita privata, si vedano le sentenze *C. c. Belgio*, cit., punto 25, del 29 gennaio 1997, ricorso n. 23078/93, *Bouchelkia c. Francia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 41, del 26 settembre 1997, ricorso n. 25613/94, *El Boujaïdi c. Francia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 33, del 21 ottobre 1997, ricorso n. 25404/94, *Boujlifa c. Francia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 36.

¹⁸¹ Si vedano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Berrehab*, cit., punto 27 ss., del 2 agosto 2001, ricorso n. 54273/00, *Boultif c. Svizzera* (<http://www.echr.coe.int>), punto 46 ss., dell'11 luglio 2001, ricorso n. 56811/00, *Amrollahi C. Danimarca* (<http://www.echr.coe.int>), punto 33 ss., del 9 ottobre 2003, ricorso n. 48321/99, *Slivenko c. Lettonia* (<http://www.echr.coe.int>), punto 113 ss., del 22 aprile 2001, ricorso n. 42703/98, *Radovanovic c. Austria* (<http://www.echr.coe.int>), punto 30 ss. e, da ultima, la sentenza dell'8 giugno 2006, ricorso n. 10337/04, *Lupsa c. Romania* (<http://www.echr.coe.int>), punto 21 ss.

Infine, la CEDU contiene ulteriori norme che incidono sulla legittimità della disciplina dell'allontanamento: si tratta dell'art. 4 del Protocollo n. 4 che vieta le espulsioni collettive di stranieri e, soprattutto, dell'art. 1 del Protocollo n. 7 relativo alle garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri. Quest'ultima norma, in particolare, si rivolge agli stranieri «regolarmente residenti» e stabilisce un principio di legalità formale che deve presiedere l'atto di espulsione. Esso deve essere reso in conformità della legge e deve poter essere impugnato o riesaminato dall'espulso o da un suo rappresentante. Invero, tali garanzie cadono di fronte ad esigenze di ordine pubblico o sicurezza nazionale, senza che peraltro la sussistenza di esse possa in qualche modo essere messa in discussione dall'espulso. Il che, evidentemente, vanifica quasi del tutto la protezione offerta dall'art. 1¹⁸².

Più in generale, va però detto che le norme richiamate interessano più da vicino perché attinenti la fase dell'allontanamento. E in effetti in quella sede saranno prese in esame. Tuttavia, non si deve dimenticare che il cittadino di Stato terzo che si trovi nel territorio dell'Unione gode comunque di tutti i diritti che la CEDU protegge nell'ambito della *jurisdiction* degli Stati parte. Questo significa che il quadro dei parametri di legittimità degli atti comunitari derivati potrebbe virtualmente allargarsi anche oltre le norme finora citate: si pensi, per fare un esempio concreto, alle condizioni di soggiorno dei cittadini di Stati terzi la cui disciplina l'art. 63 TCE affida alla competenza comunitaria e sulle quali potrebbe incidere l'art. 2 del primo Protocollo che tutela il diritto all'istruzione¹⁸³.

Naturalmente, le norme della CEDU non sono le sole a limitare, sul piano del diritto internazionale pattizio, i poteri statali rispetto all'allontanamento. Si possono qui citare quelle di maggior rilievo: l'art. 3, par. 1 della Convenzione contro la

¹⁸² La giurisprudenza della CEDU è peraltro molto scarsa in argomento. Sul punto cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 254 ss.

¹⁸³ In tal senso, in effetti, si veda la proposta, presentata dalla Commissione il 1° settembre 2005, di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente, COM (2005) 391 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

tortura adottata a New York il 10 dicembre 1984, secondo cui «[n]essuno Stato Parte espellerà, respingerà o estraderà una persona verso un altro Stato nel quale vi siano seri motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta alla tortura»; l'art. 1 del Patto sui diritti civili e politici, in base al quale lo straniero può essere espulso solo con una decisione presa in conformità della legge e contro cui abbia diritto di ricorrere; infine, l'art 10 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, che impone agli Stati di prendere in esame le richieste di riunificazione «in modo favorevole, con spirito umanitario e sollecitudine». Queste e altre norme pattizie, benché rilevanti rispetto all'attività degli Stati, hanno scarsa incidenza sulle competenze comunitarie. Salvo, infatti, richiami sporadici e sul cui valore, peraltro, dovrebbe discutersi, gli unici saldi parametri dell'attività delle istituzioni della CE sono quelli provenienti dalla CEDU e, come ora diremo, dal diritto internazionale generale.

Esiste solo un altro strumento pattizio che assume, ai fini che abbiamo indicati, una importanza pari a quella della CEDU: si tratta della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati, la quale, in sintesi, impone agli Stati parte, ove ricorrano le condizioni per il riconoscimento di detto *status*, di garantire a chi lo abbia ottenuto un trattamento privilegiato rispetto ad uno straniero comune. Tale trattamento si giustifica, evidentemente, con la prioritaria necessità di proteggere i diritti fondamentali di individui particolarmente vulnerabili in quanto soggetti al rischio di essere perseguitati in base alla razza, alla religione, alla cittadinanza, all'appartenenza a un gruppo sociale o alla opinioni politiche. Ebbene, se da una parte è vero che la Convenzione si applica a coloro che siano stati riconosciuti rifugiati, pure vero è che, ai fini del riconoscimento dello *status*, gli Stati parte non possono rifiutare l'ingresso temporaneo a chi si professa tale: intanto, verrebbero meno all'obbligo di valutare la domanda presentata dallo straniero; ma, soprattutto, senza un accertamento dello *status*, potrebbero finire per respingere uno straniero proprio verso il paese da cui fugge e nel quale rischia di subire dette persecuzioni.

L'art. 33 della Convenzione vieta precisamente queste condotte statali, incidendo in tal modo non solo sulla disciplina comunitaria relativa ai rifugiati, come d'altra parte l'insieme della Convenzione, ma anche sulla disciplina relativa all'ingresso. Per la ragione esposta, infatti, il divieto di cui all'art. 33 non si applica, contrariamente a quanto la lettera della norma parrebbe lasciar intendere, ai chi ha ottenuto lo *status* di rifugiato, bensì a tutti coloro che rischiano le persecuzioni cui detto art. 33 allude¹⁸⁴. In altre parole, la normativa comunitaria deve tener conto dell'art. 33 come e quanto dell'art. 3 della CEDU. Altro è stabilire se la Corte di giustizia possa sindacare la conformità degli atti comunitari a detta Convenzione: mentre, infatti, le norme della CEDU, benché non formalmente ma solo in quanto i principi cui allude l'art. 6 TUE ne riproducono i contenuti, sono parte del diritto comunitario, la Convenzione di Ginevra, cui la CE non ha mai aderito, non lo integra in alcun modo, ma si limita ad essere l'oggetto di un richiamo il cui tenore non è accostabile a quello di detto art. 6.

A sciogliere il dubbio, se mai potesse avanzarsene uno, si deve tuttavia notare che, fra le norme di diritto internazionale generale che vietano le cd. *gross violations* dei diritti umani, vi sarebbe, secondo autorevole dottrina¹⁸⁵, il divieto di *refoulement*. Il contenuto di siffatta norma non consentirebbe agli Stati di respingere uno straniero verso un paese nel quale rischierebbe seriamente di essere oggetto di persecuzioni in base alla razza, alla religione, alla cittadinanza, all'appartenenza a un gruppo sociale o alla opinioni politiche. In altre parole, essa riprodurrebbe il contenuto dell'art. 33 della Convenzione sui rifugiati. Entrambe le norme, peraltro, prevedono delle eccezioni: rifacendoci all'art. 33, esse sono costituite da seri motivi

¹⁸⁴ Chiaramente in tal senso GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, third edition, Oxford, 2007, p. 232 s.

¹⁸⁵ Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *ibid.*, p. 218 ss. Adde BORCHELT, «The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum and Violation of International Human Rights Standards», *CHRLR*, 2002, p. 490. È da accogliere peraltro la tesi di DUBOLINO, «L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento», *DUE*, 2004, p. 821 s., secondo cui solamente il divieto di *refoulement* collegato dal divieto di tortura e altri trattamenti inumani o degradanti apparterebbe allo *ius cogens*.

tali da far considerare lo straniero un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede ovvero dal fatto che egli, alla luce di una condanna definitiva per un crimine particolarmente grave, rappresenti una minaccia per la collettività di detto paese¹⁸⁶.

Naturalmente, la norma sul *refoulement* non è la sola che nel diritto internazionale generale sia diretta a limitare la *domestic jurisdiction* degli Stati in relazione al trattamento degli stranieri. Come autorevole dottrina riconosce¹⁸⁷, ne esistono delle altre: in particolare, le tradizionali norme che vietano agli Stati di imporre agli stranieri obblighi che si giustificano solo con il più intenso legame del cittadino con lo Stato (per esempio l'obbligo di leva) e quelle che mirano a garantire che lo Stato territoriale presti una protezione - più o meno intensa a seconda dei casi - agli stranieri e ai loro beni. Si tratta, all'evidenza, di norme che però hanno scarso rilievo sulle competenze comunitarie, esulando esse dai settori cui astrattamente siffatte norme generali possono applicarsi. Possono piuttosto rilevare, sempre sul piano del diritto generale, le norme che vietano, analogamente all'art. 3 della CEDU, i trattamenti inumani e degradanti o quelle relative all'obbligo di prima accoglienza da parte degli Stati di destinazione dei flussi di profughi e sfollati o, infine, quelle che limitano la facoltà degli Stati di espellere i cittadini di Stati terzi, soprattutto per quanto riguarda le modalità dell'espulsione stessa.

Il diritto internazionale generale, naturalmente, non ha solamente una valenza "interna" al diritto comunitario, ma costituisce anche un parametro di legittimità dell'azione esterna della Comunità. Ciò significa che i limiti suddetti - soprattutto quello relativo alla protezione dei diritti umani - investiranno anche il contenuto dei trattati conclusi dalla Comunità in virtù delle competenze esterne delineate più sopra¹⁸⁸. Va tuttavia rilevato che le norme generali che possono incidere nell'ambito di disciplina che qui abbiamo preso in considerazione non appartengono tutte con

¹⁸⁶ Sull'argomento si veda GOODWIN-GILL, MCADAM, *op. cit.*, p. 234 ss.

¹⁸⁷ CONFORTI, *Diritto internazionale*, ristampa sulla sesta edizione, Napoli, 2003, p. 227 ss.

¹⁸⁸ Sul punto si veda GARBAGNATI, «Rispetto dei diritti umani ed esercizio delle competenze esterne dell'Unione europea», in DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 245 ss.

certezza allo *ius cogens*: ad esempio, è dubbio che ne facciano parte quelle relative alla prima accoglienza degli sfollati o quelle relative al *refoulement*, mentre certamente è tale la norma che vieta il respingimento verso paesi nei quali vi sia la minaccia di subire la tortura o altri trattamenti inumani o degradanti¹⁸⁹.

1.3.2 QUADRO GENERALE DELLE FONTI — Si può conclusivamente tracciare un panorama generale delle fonti che qui sono state prese in considerazione e sommariamente descritte. Per quanto riguarda l'ingresso dei cittadini di Stati terzi, esso trova le proprie principali norme di riferimento nel titolo IV TCE e in special modo nelle norme del sistema Schengen comunitarizzate con il Trattato di Amsterdam. È bene peraltro rammentare che la competenza comunitaria in materia non è esclusiva e, soprattutto, non toglie agli Stati membri, in linea di massima¹⁹⁰, il potere di decidere se ammettere cittadini di Stati terzi nel proprio territorio. Naturalmente, ciò avviene senza pregiudizio degli eventuali limiti che gli Stati incontrano sul piano del diritto internazionale generale e pattizio, problema che esula dal nostro campo di analisi. Va detto, tuttavia, che proprio taluni di questi vincoli investono anche la competenza comunitaria e l'attività statale che ne costituisca l'attuazione: vengono in rilievo, prevalentemente, le pertinenti norme della CEDU e la Convenzione sui rifugiati del 1951, nonché, ove se ne riconosca l'appartenenza allo *ius cogens*, il divieto di *refoulement* e quello generale relativo ai trattamenti inumani e degradanti. Rispetto a questa prima categoria di fonte deve aggiungersi che né la competenza della Corte di giustizia è piena né l'applicazione territoriale coincide con la *membership* della Comunità. Quanto infine all'applicazione *ratione personae*, occorre rilevare che la disciplina generale dell'ingresso lascia il posto ad una disciplina speciale di maggior favore nelle ipotesi seguenti: quella dei cittadini di Stati terzi che siano familiari del cittadino dell'Unione (qui le fonti andranno rinvenute nelle norme sulla cittadinanza europea

¹⁸⁹ Sul punto si veda DUBOLINO, *op. cit.*, p. 819 ss.

¹⁹⁰ Sul punto vedi oltre, al § 2.1.5

e sulla libera circolazione dei lavoratori); quella prevista da precise norme di alcuni accordi di associazione (per esempio in tal senso prevede un ingresso “speciale” l'accordo con la Svizzera); quella dei rifugiati e dei loro familiari (qui la fonte torna ad essere il titolo IV); quella, infine, di particolari fattispecie che possono sorgere nell'ambito della libera prestazione dei servizi (è il caso ad esempio dei lavoratori, cittadini di Stati terzi, che godono della libertà di circolazione riflessa in quanto occupati presso un'impresa europea). Si rammenta, peraltro, che in questa ultima ipotesi e in quella relativa ai familiari di cittadini europei trova piena applicazione il metodo comunitario, senza che dunque rilevino i limiti relativi al titolo IV. Al contrario, nelle altre ipotesi non vi è un analogo fenomeno: per i rifugiati, la cui disciplina torna a riposare sul titolo IV, valgono le stesse limitazioni richiamate più sopra concernenti soprattutto la competenza della Corte e l'applicazione differenziata; per le poche norme degli accordi di associazione che riguardino anche l'ingresso, invece, si riscontrano limiti per certi versi analoghi rispetto ai quali si rimanda alla disamina contenuta nel § 1.2.3.

Il panorama delle fonti varia in modo significativo ove ci si sposti dall'ingresso al soggiorno del cittadino di Stato terzo: in questa seconda ipotesi, infatti, il regime si fa più variegato giusta la rilevanza di un maggior numero di discipline speciali o privilegiate. Quanto al soggiorno del cittadino di Stato terzo *tout court* si può solo rammentare quanto detto in precedenza: la relativa competenza è prevista dal titolo IV, con tutti i limiti ad esso connessi. Un primo regime speciale è quello relativo ai familiari di cittadini europei: per esso valgono le considerazioni già fatte sopra. Discorso analogo può essere fatto rispetto ai rifugiati, con l'avvertenza che il regime di soggiorno per essi previsto tende a sovrapporsi con quello diretto ai soggiornanti di lungo periodo. Questi ultimi costituiscono una terza categoria privilegiata, prevista dallo stesso titolo IV: ad essi, in via di fatto e/o di diritto, si apre un vasto e variegato scenario di situazioni giuridiche soggettive che vanno dai diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione fino alle più favorevoli norme in tema di sicurezza

sociale, ricongiungimento familiare ecc. Infine, sempre restando in materia di soggiorno, esplica tutta la sua efficacia la normativa prevista dagli accordi di associazione: come già ricordato più sopra, essa verte essenzialmente proprio sulle condizioni di soggiorno. Scarsa incidenza ha invece in questo settore la normativa di derivazione internazionale, generale o pattizia: le norme, che pure esistono nel diritto generale, hanno scarso rilievo sulle competenze comunitarie.

In ultima analisi, v'è la competenza comunitaria in materia di allontanamento: qui i poteri della Comunità sono piuttosto ristretti, sia che si tratti di espulsione che si tratti di estradizione. Tuttavia, incidono in modo significativo in questo settore le norme internazionali che i Trattati richiamano: nuovamente le pertinenti norme della CEDU, la Convenzione di Ginevra del 1951 e qualche rara disposizione di diritto generale in tema di rispetto dei diritti umani. Diversa è invece la posizione di alcune categorie di cittadini di Stati terzi: in ipotesi specifiche, infatti, vi sono delle garanzie più ampie che il diritto comunitario prevede. Si tratta, in linea di massima, di garanzie che presiedono al momento dell'allontanamento e che riguardano, in particolare, i familiari dei cittadini, i rifugiati e i residenti di lungo periodo e, infine, i cittadini di qualche Stato in regime di associazione.

Nei prossimi capitoli procederemo ad analizzare la disciplina sostanziale che, sulla base delle competenze e delle fonti fin qui descritte, la Comunità ha adottato, distinguendo naturalmente tra un regime generale e diversi regimi speciali o privilegiati e, all'interno di queste categorie, procedendo attraverso i tre diversi momenti dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento.

CAPITOLO SECONDO

I CITTADINI DI STATI TERZI NEL REGIME COMUNE DI DISCIPLINA

2.1 LA DISCIPLINA DELL'INGRESSO

2.1.1 LE NORME RILEVANTI E LA LORO COLLOCAZIONE ALL'INTERNO DEL TITOLO IV —

Il panorama delle fonti secondarie che concernono l'ingresso dei cittadini di Stati terzi - s'intende, ove non sia applicabile uno dei regimi speciali che esamineremo nel cap. III - è estremamente variegato e frammentario. Fino a tempi recenti, ne facevano parte alcune norme della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen ricondotte alla base giuridica dell'art. 62, n. 2 TCE, alcune decisioni del Comitato esecutivo, aventi la medesima base giuridica¹ e, infine, gli atti del Consiglio - regolamenti, in modo prevalente - adottati soprattutto nella materia dei visti. Oggi, il quadro è stato semplificato dal regolamento 562/2006², che ha abrogato le disposizioni della Convenzione di applicazione relative ai requisiti di ingresso di breve termine, il manuale comune³, nonché alcune decisioni minori del Consiglio e del Comitato esecutivo Schengen⁴. Permangono, invece, in vigore, le norme relative ai visti, contenute nella Convenzione di applicazione, agli articoli da 9 a 18, nei

¹ Per esse si rinvia alla decisione 1999/435/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che definisce l'*acquis* di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis*, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 1 ss.

² Regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in GUUE L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss. Il regolamento è entrato in vigore, ad eccezione dell'art. 34, riguardante peraltro l'obbligo degli Stati membri di comunicare alla Commissione alcune informazioni relative alle frontiere esterne, il giorno 13 ottobre 2006. Per i primi commenti si vedano CASTELLAZZI, «Nuove regole comunitarie in tema di attraversamento delle frontiere», *Il diritto dell'economia*, 2006, p. 551 ss., e LICASTRO, «Il "Codice frontiere Schengen"», *DCSI*, 2006, p. 587 ss.

³ Il manuale comune, che completa nel dettaglio la normativa contenuta nell'Istruzione concolare comune, è stato adottato dal Comitato esecutivo Schengen ed è stato a più riprese modificato dal Consiglio. Una versione in linea di massima consolidata è pubblicata in GUCE C 313 del 16 dicembre 2002, p. 97 ss.

⁴ In particolare, l'art. 39 del regolamento 562/2006 ha abrogato gli articoli da 2 a 8 della Convenzione di applicazione e il manuale comune, oltre, come detto, ad alcune decisioni minori del Consiglio (fra cui i regolamenti 790/2001 e 2133/2004) e del Comitato esecutivo Schengen.

regolamenti adottati per dare attuazione all'art. 62, n. 2, lett. b), in alcune decisioni del Comitato esecutivo e, soprattutto, nell'Istruzione consolare comune (ICC)⁵. Il quadro che ne risulta vede al centro della disciplina il citato regolamento 562/2006, che va integrato con alcune norme della Convenzione⁶, con i regolamenti del Consiglio relativi ai visti e con l'ICC, sempre in materia di visti.

Per quanto riguarda i regolamenti adottati dal Consiglio, una prima categoria concerne la competenza di cui all'art. 62, n. 2, lett. b), punto i), relativa all'adozione di un elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e di quelli i cui cittadini sono esenti da tale obbligo. La norma va letta nel contesto della lett. b) della disposizione citata, per cui l'elenco in parola riguarda unicamente gli ingressi di breve periodo. Una siffatta competenza, come prima rilevato⁷, era prevista già dall'art. 100C TCE, introdotto con il Trattato di Maastricht. La circostanza pone un quesito circa la residua applicabilità delle norme adottate in base all'art. 100C a quei paesi cui non si applica il titolo IV e la normativa da esso derivata⁸. La soluzione positiva, qui prospettata⁹, è priva, peraltro, di conseguenze di rilievo, dal momento che le frontiere tra il Regno Unito e l'Irlanda, da una parte, e gli altri Stati membri, dall'altra, sono da considerarsi frontiere esterne¹⁰, rispetto alle quali, dunque, non si applica, in linea di massima, né il titolo IV, né la normativa da esso derivata e/o la normativa Schengen ad esso

⁵ L'Istruzione consolare comune è stata adottata dal Comitato esecutivo istituito con la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e più volte modificata dalle iniziative del Consiglio. Una versione consolidata è pubblicata in GUUE C 326 del 22 dicembre 2005, p. 1 ss.

⁶ Il testo della Convenzione fa riferimenti, naturalmente, alle «Parti contraenti». Per comodità, d'ora in avanti ci riferiremo agli Stati membri anche in relazione alle norme della Convenzione.

⁷ Vedi § 1.1.1

⁸ Si tratta del regolamento (CE) n. 574/1999 del Consiglio del 12 marzo 1999, che determina quali siano i paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso di un visto per l'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri, in GUCE L 72 del 18 marzo 1999, p. 2 ss. Il problema si pone unicamente per il Regno Unito e l'Irlanda, dal momento che, come esposto nel § 1.1.5, fanno eccezione all'esclusione della Danimarca dal titolo IV, per effetto dell'art. 4 del relativo Protocollo, proprio le materie una volta contemplate dall'art. 100C TCE, e cioè quelle di cui all'art. 62, n. 2, lett. b), punti i) e iii).

⁹ Vedi *supra*, in nota 41.

¹⁰ Cfr. ADINOLFI, «La libertà di circolazione delle persone», in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, 2005, p. 98.

ricondotta. In altre parole, la circostanza che uno straniero faccia ingresso nel territorio del Regno Unito o dell'Irlanda dotato del visto di cui al regolamento 574/1999 non muta la natura dell'eventuale successivo ingresso negli altri Stati membri, che continuerà ad avvenire attraverso frontiere esterne e, dunque, ad essere disciplinato come tale dalle pertinenti norme comunitarie. Il Consiglio ha adottato, in attuazione della competenza in parola, il regolamento 539/2001¹¹, che è stato a più riprese modificato¹².

Quanto ai regolamenti relativi al visto uniforme, competenza anch'essa già prevista dall'art. 100C TCE, il Consiglio aveva adottato il regolamento 1683/1995¹³, con il quale istituiva un modello di visto uniforme. Anche per esso va data soluzione positiva per quanto concerne l'applicabilità al Regno Unito e all'Irlanda, tanto più che, in occasione della successiva modifica di detto regolamento¹⁴, il Regno Unito (ma non l'Irlanda) ha dichiarato, valendosi dell'art. 3 del Protocollo che ad esso compete, di volerne essere parte¹⁵. Completano il quadro una serie di atti minori del Consiglio e del Comitato esecutivo previsto dalla Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, per lo più riguardanti tematiche di carattere operativo¹⁶.

¹¹ 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, in GUUE L 81 del 21 marzo 2001, p. 1 ss.

¹² Il regolamento in parola è stato modificato dai regolamenti (CE) n. 2414/2001 del Consiglio del 7 dicembre 2001, in GUCE L 327 del 12 dicembre 2001, p. 1 s., n. 453/2003 del Consiglio del 6 marzo 2003, in GUUE L 69 del 13 marzo 2003, p. 10 s., n. 851/2005 del Consiglio del 2 giugno 2005, in GUUE L 141 del 4 giugno 2005, p. 3 ss., e n. 1932/2006 del Consiglio del 21 dicembre 2006, in GUUE L 29 del 3 febbraio 2007, p. 10 ss.

¹³ Regolamento (CE) n. 1983/95 del Consiglio del 29 maggio 1995, che istituisce un modello uniforme per i visti, in GUCE L 164 del 14 luglio 1995, p. 1 ss.

¹⁴ La modifica è stata realizzata tramite il regolamento (CE) n. 334/2002 del Consiglio del 18 febbraio 2002, in GUCE L 53 del 23 febbraio 2002, p. 7 s.

¹⁵ Si veda il considerando n. 13 del regolamento 334/2002, cit.

¹⁶ Si tratta del regolamento (CE) n. 789/2001 del Consiglio del 24 aprile 2001, che conferisce al Consiglio competenze esecutive per quanto concerne talune disposizioni dettagliate e modalità pratiche relative all'esame delle domande di visto, in GUCE L 116 del 26 aprile 2001, p. 2 ss., del regolamento (CE) n. 333/2002 del Consiglio del 18 febbraio 2002, relativo ad un modello uniforme di foglio utilizzabile per l'apposizione di un visto rilasciato dagli Stati membri a persone titolari di un documento di viaggio non riconosciuto dallo Stato membro che emette il foglio, in GUCE L 53 del 23 febbraio 2002, p. 4 ss., del regolamento (CE) n. 415/2003 del Consiglio del 27 febbraio 2003, relativo

2.1.2 AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO... — Il regolamento 562/2006, costituendo uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, ha, come in linea di massima si è esposto nel capitolo precedente, un campo di applicazione soggettivo limitato. Rispetto agli Stati membri che fanno parte dell'Unione dal 2004¹⁷, il regolamento si applica solo parzialmente: il considerando n. 29 di detto regolamento stabilisce, infatti, che quelle relative alle frontiere interne sono disposizioni basate sull'*acquis* o ad esso altrimenti connesse¹⁸, ai sensi dell'art. 3, par. 2 del Trattato di Atene, il quale, a sua volta, subordina l'applicazione delle norme indicate ad una decisione del Consiglio¹⁹. Quanto alla Bulgaria e alla Romania, l'art. 4 del Protocollo relativo all'adesione riproduce una norma identica a quella di detto art. 3²⁰. Tuttavia, il regolamento 562/2006 non contiene, per questi due Stati, una disposizione simile a quella contenuta nel considerando n. 29. Da ciò, però, non dovrebbe seguirne che il regolamento in parola si applichi integralmente alla Bulgaria e alla Romania. Infatti, la logica che presiede all'esclusione delle norme sulle frontiere interne fissata dal

al rilascio di visti alla frontiera, compreso il rilascio di visti marittimi in transito, in GUUE L 64 del 7 marzo 2003, p. 1 ss., del regolamento (CE) del Consiglio del 14 aprile 2003, che istituisce un documento di transito agevolato (FTD) e un documento di transito ferroviario agevolato (FRTD) e modifica l'istruzione consolare comune e il manuale comune, in GUUE L 99 del 17 aprile 2003, p. 15 ss., del regolamento n. 1295/2003 del Consiglio del 15 luglio 2003, recante misure volte ad agevolare le procedure per la domanda e il rilascio del visto per i membri della famiglia olimpica partecipanti ai Giochi olimpici e paraolimpici di Atene 2004, in GUUE L 183 del 22 luglio 2003, p. 1 ss., del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 349 del 25 novembre 2004, p. 1 ss., e della direttiva 2004/82/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, concernente l'obbligo dei vettori di comunicare i dati relativi alle persone trasportate, in GUUE L 261 del 6 agosto 2004, p. 4. Per quanto riguarda le decisioni del Comitato esecutivo, fra tutte vale la pena di menzionare la decisione del 16 dicembre 1998, relativa alla soppressione della lista grigia degli Stati i cui cittadini sono soggetti all'obbligo del visto in taluni Stati Schengen e non in altri, in GUUE L 239 del 22 settembre 2000, p. 206.

¹⁷ Si tratta della Repubblica Ceca, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovenia e Ungheria.

¹⁸ Nel dettaglio, l'art. 1, prima frase, l'art. 5, par. 4, lett. a), il titolo II limitatamente ai riferimenti al SIS e tutto il titolo III.

¹⁹ Vedi *supra*, § 1.1.5

²⁰ Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea, in GUUE L 157 del 21 giugno 2005, p. 29 ss.

Trattato di Atene è, come si evince dalla proposta della Commissione²¹, la stessa che ha motivato la formula dell'art. 4 citato, per cui è ragionevole ritenere che le stesse esclusioni previste dal considerando n. 29 valgano anche per la Bulgaria e la Romania. Dall'esclusione dei dodici nuovi Stati membri dall'applicazione delle norme sulle frontiere interne consegue, come diremo appresso²², che le frontiere tra quelli e i vecchi Stati membri sono da considerarsi frontiere esterne, almeno fintanto che il Consiglio non deciderà diversamente²³.

Per altro verso, il regolamento in esame non si applica alla Danimarca, che non ha sfruttato la possibilità di recepirlo all'interno del proprio ordinamento *ex art.* 5 del relativo Protocollo, come neppure si applica al Regno Unito e all'Irlanda, che non hanno richiesto di parteciparvi²⁴. Per quanto riguarda la Danimarca, tuttavia, ai rapporti fra essa e gli altri Stati membri (esclusi Regno Unito e Irlanda) continua ad applicarsi - s'intende, fuori dall'ambito comunitario - l'Accordo di Schengen e la relativa Convenzione di applicazione.

Per ciò che, infine, concerne gli Stati associati, a norma dell'art. 4 dell'Accordo con l'Islanda e la Norvegia e dell'art. 7 dell'Accordo con la Svizzera, il regolamento si applica a detti paesi, con l'unica variante che, non essendo essi parte della CE, dovranno provvedere a recepirlo secondo le rispettive procedure

²¹ Si veda il punto 6 della relazione alla proposta, presentata dalla Commissione il 26 maggio 2004, di regolamento del Consiglio che istituisce un "codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone", COM (2004) 291 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

²² Vedi oltre, § 2.2

²³ Così CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 80. Una deroga parziale a quanto detto può rinvenirsi nell'art. 17 del regolamento 562/2006 (il quale si applica ai dodici nuovi membri), secondo il quale gli Stati membri alle cui frontiere comuni non si applicano le norme sull'abbattimento delle frontiere interne possono accordarsi per un controllo congiunto di dette frontiere, volto ad effettuare le verifiche d'ingresso e d'uscita una sola volta sulla stessa persona.

²⁴ Si vedano la decisione 2000/365/CE del Consiglio del 29 maggio 2000, riguardante la richiesta del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen, in GUCE L 131 del 1° giugno 2000, p. 43 ss., e la decisione 2002/192/CE del Consiglio del 28 febbraio 2002, riguardante la richiesta dell'Irlanda di partecipare ad alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen, in GUCE L 64 del 7 marzo 2002, p. 20 ss.

costituzionali. In attesa che ciò avvenga, a questi Stati si applicherà la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, sebbene con alcune eccezioni²⁵.

In definitiva, la nozione di frontiere esterne, rilevante ai fini dell'applicazione del regolamento in parola, comprende quelle tra tutti gli Stati membri e gli Stati associati, da un lato, e, dall'altro, gli Stati terzi, fra cui, evidentemente, rientrano sia il Regno Unito che l'Irlanda che, infine, i dodici Stati di nuova adesione²⁶. Delimitato il campo di applicazione sotto il profilo soggettivo, si tratta di indicare i confini oggettivi del regolamento in parola.

2.1.3 ... E OGGETTIVO — Il regolamento si applica, secondo l'art. 3, «a chiunque attraversi le frontiere interne o esterne di uno Stato membro, senza pregiudizio: a) dei diritti dei beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione; b) dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento». Il campo di applicazione oggettivo, dunque, riflette la dicotomia esistente tra le diverse categorie di cittadini di Stati terzi che qui abbiamo prospettato: quella comune e quelle privilegiate. In effetti, l'art. 2, n. 5, lettere a) e b) del regolamento individua i «beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione» nei cittadini dell'Unione, nei loro familiari e nei cittadini di Stati terzi (e loro familiari) cui si applica un particolare regime di associazione. È evidente che i cittadini degli Stati associati non rientreranno nella definizione dell'art. 3 solo nella misura in cui, per essi, i pertinenti accordi di associazione prevedano, come detta norma recita, «diritti in materia di libera circolazione equivalenti a quelli dei cittadini dell'Unione». In altre parole, i cittadini cui allude l'art. 2, n. 5, lett. b) sono quelli svizzeri e dei paesi SEE, ma non quelli dei paesi i cui regimi di associazione non investono l'ingresso (ad esempio quelli con cui la CE ha concluso gli accordi

²⁵ Si veda l'Allegato A dell'accordo con l'Islanda e la Norvegia, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 36 ss.

²⁶ Formalmente, deve considerarsi Stato terzo anche la Danimarca. Tuttavia, dal momento che essa fa tuttora parte degli Accordi di Schengen e che essi (in particolare, gli articoli da 2 a 8 e da 19 a 24 della Convenzione di applicazione) prevedono una disciplina quasi analoga a quella prevista dal regolamento 562/2006, ai fini della definizione delle frontiere esterne, tale paese deve considerarsi parte dell'area Schengen.

euromediterranei) e ai quali, come poi diremo²⁷, si applica invece, almeno in relazione all'ingresso, il regime comune²⁸. Anche la categoria dei rifugiati viene fatta salva dall'art. 3 citato. Da tutto ciò si deduce che la disciplina in esame si applica anche agli apolidi, nella misura in cui essi non rientrino nelle categorie fatte salve dallo stesso art. 3²⁹. Altresì deve dedursi che, da un parte, rientrano, almeno in linea teorica, nella definizione dell'art. 3 i cittadini degli Stati associati al sistema Schengen³⁰ e, dall'altra, ne sono esclusi, ad essi applicandosi l'art. 17 ss. TCE, i cittadini degli Stati membri che non partecipano a detto sistema.

L'affermazione messa innanzi merita alcune precisazioni. In effetti, occorre tenere distinta la nozione di frontiera esterna dal campo di applicazione oggettivo delle norme in parola. Mentre, infatti, la natura della frontiera viene individuata sulla base della posizione dei singoli Stati, membri e associati, rispetto al sistema Schengen, il campo di applicazione oggettivo, come visto, fa leva sulla cittadinanza. Questo significa, in ultima analisi, che il regime relativo alla frontiera esterna lascia impregiudicati i diritti dei cittadini di quegli Stati che pure rimangono fuori da detta frontiera. Per fare un esempio, la natura esterna della frontiera tra il Regno Unito e l'Irlanda, da un lato, e gli altri Stati membri, dall'altro, non determina il venir meno del diritto alla libera circolazione dei cittadini dei primi due Stati. E non solo,

²⁷ Si rinvia al § 3.3

²⁸ Ciò è del tutto evidente a livello pratico se si pone mente alla circostanza che l'Allegato III del regolamento 562/2006, cui rinvia l'art. 9 relativo all'allestimento di corsie separate e della segnaletica alle frontiere esterne, distingue, con due differenti simboli, la corsia cui debbono accedere i cittadini degli Stati membri, dei paesi parte dello spazio economico europeo e della Svizzera da quella destinata a tutti gli altri.

²⁹ Vedi CELLAMARE, *op. cit.*, p. 99 s.

³⁰ *Contra* CELLAMARE, *ibid.*, p. 100, il quale fa leva sull'art. 1 (per la verità, il riferimento va inteso all'art. 2) della direttiva 2003/110 del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, in GUUE L 321 del 6 dicembre 2003, p. 26 ss. La norma in parola esclude dall'applicazione della direttiva, oltre che i cittadini dell'Unione, anche quelli islandesi e norvegesi, sicché l'autore conclude che essi non rientrano, *tout court*, nella categoria dei cittadini di Stati terzi. Per la verità, la precisazione dell'art. 2 si rende necessaria solo ai fini dell'applicazione della direttiva in parola, la quale, concernendo l'espulsione in transito, non potrebbe applicarsi ai cittadini dei due Stati citati in quanto essi fanno parte dell'area Schengen e, dunque, le frontiere tra essi e gli altri Stati membri interessati sono da considerarsi frontiere interne, rispetto alle quali non è ipotizzabile l'adozione di un provvedimento di espulsione.

giacché il meccanismo vale anche all'inverso: così, la natura interna della frontiera tra la Norvegia e gli altri Stati membri non consente di assimilare i cittadini norvegesi a quelli europei. In altre parole, una volta determinata la natura (esterna) della frontiera unicamente sulla base della provenienza di un individuo³¹, il criterio della cittadinanza filtrerà, a seconda dei casi, i diversi regimi applicabili, tra quello comune e quelli privilegiati. Mentre, come poi diremo³², siffatto criterio, in linea massima, diviene irrilevante per ciò che concerne l'attraversamento delle frontiere interne.

In vero, limitatamente ai cittadini dei paesi dell'accordo SEE, la precisazione di cui sopra non ha conseguenze di rilievo. Infatti, i cittadini della Norvegia e dell'Islanda (paesi che, assieme al Liechtenstein, fanno parte di detto accordo), godono di un regime di libertà di circolazione equivalente a quello dei cittadini UE, per cui, ai fini dell'applicazione del regolamento 562/2006, essi non sono assimilati ai cittadini di paesi terzi³³. E infatti, il considerando n. 6 del regolamento 539/2001 specifica che, «[p]oiché la libera circolazione per i cittadini dell'Islanda, del Liechtenstein [che però non è associato al sistema Schengen] e della Norvegia è prevista nell'ambito dell'accordo sullo spazio economico europeo, questi paesi non figurano nell'elenco [dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti dall'obbligo di visto] di cui all'allegato II del presente regolamento»³⁴. I cittadini di detti Stati (ad eccezione del Liechtenstein), in altre parole, rientrerebbero nella nozione di stranieri in quanto "associati" al sistema Schengen, ma ne sono alla fine esclusi in quanto godono di un

³¹ Cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 129.

³² Vedi oltre, § 2.2

³³ Chiaramente in tal senso depone l'art. 13 dell'accordo con l'Islanda e la Norvegia sulla loro associazione alle norme Schengen, cit., secondo cui l'accordo stesso «lascia impregiudicato l'accordo sullo Spazio economico europeo». Questa è la ragione per la quale i cittadini di detti Stati non sono compresi nella definizione dell'art. 3 del regolamento 562/2006, non già, quindi, per effetto dell'appartenenza dell'Islanda e della Norvegia all'area Schengen che, di per sé, come detto, non determinerebbe siffatta esclusione.

³⁴ Una disposizione analoga non è prevista per la Svizzera, che pure, come Norvegia e Islanda, è associata al sistema Schengen e i cui cittadini godono di un regime di libertà di circolazione equivalente a quello previsto per i cittadini UE, perché per essa non è ancora trascorso il periodo transitorio.

regime di libera circolazione “equivalente” a quello dei cittadini UE. In definitiva, l’assimilazione di questi ai cittadini comunitari è quasi totale, con la rilevante, ma circoscritta esclusione dei diritti politici.

2.1.4 L’EFFETTUAZIONE DEI CONTROLLI “PRELIMINARI” ALLE FRONTIERE ESTERNE — Il regolamento 562/2006 pone in essere una disciplina che investe l’effettuazione dei controlli alle frontiere esterne, i requisiti per l’ingresso degli individui cui allude l’art. 3 e l’attraversamento delle frontiere interne. Per quanto concerne il primo aspetto, l’art. 4, par. 1 stabilisce che «[1]e frontiere esterne possono essere attraversate soltanto ai valichi di frontiera e durante gli orari di apertura stabiliti». Una regola analoga veniva fissata dall’art. 3 della Convenzione di Schengen, benché questa rimettesse al Comitato esecutivo il compito di fissarne le eccezioni³⁵. L’eventuale violazione dell’obbligo di cui all’art. 4, par. 1 non è priva di conseguenze, dacché il par. 3 della stessa disposizione prevede che «gli Stati membri impongono sanzioni, a norma della legislazione nazionale, in caso di attraversamento non autorizzato delle frontiere esterne al di fuori dei valichi di frontiera e degli orari di apertura stabiliti». L’art. 3, par. 2 della Convenzione prevedeva un obbligo analogo, con alcune significative differenze: intanto, la formulazione dell’art. 4 è perentoria rispetto a quella dell’art. 3, il quale si limitava a disporre, per la violazione dell’obbligo in parola, che «[1]e Parti contraenti si impegnano ad istituire sanzioni»; ma soprattutto, mentre l’art. 3 non incideva in alcun modo sulla discrezionalità statale relativa alla fissazione del contenuto delle sanzioni³⁶, l’art. 4 la restringe chiaramente indicando che dette sanzioni debbono essere «effettive, proporzionate e dissuasive». Ciò è sintomatico di una maggiore attenzione che, come emergerà dall’analisi, il regolamento 562/2006 pone al rispetto dei diritti fondamentali e al restringimento della discrezionalità statale a confronto col regime previsto dalla Convenzione.

³⁵ Il par. 2 dell’art. 4 citato, invece, dispone direttamente quali siano i casi in cui l’attraversamento può avvenire in deroga alla regola stabilita dal par. 1: fra essi, vale la pena segnalare quello che si applica alle «persone o gruppi di persone in caso di un’imprevista situazione d’urgenza», potendo siffatta eccezione applicarsi ai casi di emergenza umanitaria.

³⁶ Cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 118.

D'altra parte, tale differenza rispecchia la natura del contesto in cui i due strumenti si collocano, contesto che risente in maniera diversa del peso del metodo intergovernativo.

I controlli che vengono effettuati hanno lo scopo immediato, secondo l'art. 7, par. 2, primo comma del regolamento in esame, di stabilire l'identità di chi attraversa la frontiera. Un primo controllo "preliminare" è volto, quindi, ad operare la cernita corrispondente alle categorie di individui cui allude l'art. 3 del regolamento³⁷. E infatti, l'art. 7, par. 2, secondo comma specifica che la verifica in parola «costituisce la regola per i beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione», mentre il successivo terzo comma indica in quali casi le autorità possono procedere a verifiche ulteriori nei confronti di detti beneficiari³⁸. In altre parole, le autorità necessitano dell'identità dell'individuo che fa ingresso nel territorio dello Stato allo scopo di determinare se sia applicabile il regime previsto dal regolamento in esame. Una volta accertatane l'identità e stabilito che costui ricade nella definizione dell'art. 3, le autorità potranno procedere all'ulteriore accertamento dei requisiti di ingresso³⁹.

Tutte le verifiche di frontiera devono, secondo l'art. 6, essere effettuate «nel pieno rispetto della dignità umana» e senza discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Giova notare che la formulazione della norma in esame si adegua all'ampiezza, maggiore rispetto ad altri strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, del divieto di discriminazione contenuto nell'art. 21 della Carta di

³⁷ Sulle implicazioni relative al rapporto tra la differenziazione in parola e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità si veda CELLAMARE, *ibid.*, p. 130 ss.

³⁸ La norma consente alle autorità degli Stati membri di consultare, in modo non sistematico, banche dati nazionali ed europee «per accertarsi che una persona non rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per la sicurezza interna, l'ordine pubblico o le relazioni internazionali degli Stati membri oppure una minaccia per la salute pubblica». La disposizione si collega al capo VI della 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, in GUUE L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss., che infatti viene richiamata dal regolamento 562/2006, in quanto essa consente limitazioni all'ingresso in presenza delle deroghe indicate dall'art. 7, par. 2, terzo comma del regolamento stesso.

³⁹ Vedi oltre, § 2.1.5

Nizza⁴⁰: un segnale piuttosto significativo, benché (e soprattutto, in ragione del fatto che) detta Carta non sia dotata di valore giuridico obbligatorio⁴¹.

Infine, degno di menzione, in tema di controlli, è l'art. 16, par. 1 del regolamento in esame, secondo cui gli Stati membri «si prestano assistenza e assicurano tra loro una cooperazione stretta e permanente», ivi compreso lo scambio di «tutte le informazioni utili». Il coordinamento della cooperazione in discorso viene affidato dall'art. 16, par. 2 all'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri, istituita dal regolamento 2007/2004⁴². L'Agenzia, con sede a Varsavia⁴³, ha diverse funzioni, indicate dall'art. 2 di detto regolamento, fra le quali vale la pena ricordare l'assistenza agli Stati membri in materia di formazione del corpo nazionale delle guardie di confine, quello di seguire gli sviluppi più recenti della ricerca tecnica concernenti il controllo e la sorveglianza delle frontiere esterne e quello di offrire agli Stati membri il supporto necessario per l'organizzazione di operazioni di rimpatrio congiunte.

Mentre le norme appena descritte riguardano i controlli che alle frontiere esterne vengono effettuati su tutti gli individui, le norme relative all'ingresso si applicano solamente a coloro che non beneficiano di un regime "privilegiato" di circolazione. Ad esse sono dedicati i prossimi paragrafi.

2.1.5 L'INGRESSO DI IN VISTA DI UN SOGGIORNO DI BREVE DURATA: A) LA NATURA DELLA SITUAZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA CHE LO STRANIERO VANTA NEI CONFRONTI DEGLI STATI MEMBRI —

⁴⁰ Carta dei diritti fondamentali proclamata solennemente da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a Nizza, in GUCE C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1 ss.

⁴¹ Sul punto vedi VILLANI, «I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea», ora in VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 134 ss.

⁴² Regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio del 26 ottobre 2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 349 del 25 novembre 2004, p. 1 ss. Il regolamento non si applica alla Danimarca, al Regno Unito e all'Irlanda.

⁴³ La sede è stata fissata dalla decisione 2005/358/CE del Consiglio del 26 aprile 2005, relativa alla designazione della sede dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, in GUUE L 114 del 4 maggio 2005, p. 13.

Gli individui che ricadono nella definizione dell'art. 3 del regolamento 562/2006, nei limiti di applicazione soggettivi e oggettivi che abbiamo indicati, possono attraversare le frontiere esterne, in vista di un soggiorno inferiore a tre mesi, se ricorrono alcuni requisiti, imposti dall'art. 5 del citato regolamento. Gli individui in questione devono a) essere in possesso di uno o più documenti di viaggio validi che consentano di attraversare la frontiera, b) essere in possesso di un visto valido, se richiesto dal regolamento 539/2001, c) giustificare lo scopo e le condizioni di soggiorno previsto e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti, sia per la durata prevista del soggiorno sia per il ritorno nel paese di origine o per il transito verso un paese terzo nel quale l'ammissione è garantita, ovvero essere in grado di ottenere legalmente detti mezzi, d) non essere segnalati nel Sistema di Informazione Schengen (SIS) ai fini della non ammissione e, infine, e) non essere considerati una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri.

La disciplina rispecchia, grosso modo, quella prevista dall'art. 5 della Convenzione di applicazione. Vi sono, tuttavia, alcune significative differenze. Infatti, la Convenzione lasciava chiaramente intendere che lo straniero che soddisfacesse i requisiti di cui all'art. 5 citato non poteva vantare un diritto di ingresso. Secondo tale norma, in effetti, «l'ingresso nel territorio delle Parti contraenti *può essere concesso* allo straniero che soddisfi le condizioni seguenti»: come è stato notato, «la circostanza che ricorrano tutte quelle condizioni non esclude affatto che le autorità competenti neghino l'ingresso»⁴⁴. Non solo: benché l'art. 5 citato, al par. 2, disponesse che «l'ingresso deve essere rifiutato allo straniero che non soddisfi tutte queste condizioni», le Parti contraenti mantenevano la facoltà di ammetterlo, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali, con l'unica conseguenza che costui non avrebbe potuto godere della libertà di circolazione nel territorio degli altri Stati. Quindi, anche in assenza di

⁴⁴ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 119. In tal senso anche O'KEEFFE, «The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration», *YEL*, 1991, p. 191.

almeno una delle condizioni richieste dall'art. 5 della Convenzione, gli Stati potevano concedere l'ingresso allo straniero, benché, come peraltro è ovvio, ciò facesse venir meno la libertà di circolazione nell'area Schengen⁴⁵. Ora, dal momento che nel regolamento 562/2006 non si rinvencono disposizioni del tutto analoghe, occorre chiedersi se a ciò corrisponda una differente natura della situazione giuridica soggettiva che lo straniero può vantare, in tema di ingresso, nei confronti degli Stati membri. In altre parole, occorre chiedersi se, anche secondo il nuovo regolamento, gli Stati conservino la facoltà di ammettere lo straniero privo dei requisiti richiesti (e se ciò abbia le medesime conseguenze previste dalla Convenzione) e se, a fronte del diverso tenore letterale delle norme contenute nel nuovo regolamento, lo straniero possa vantare un vero e proprio diritto di ingresso.

Quanto alla possibilità che venga ammesso lo straniero che non soddisfi i requisiti dell'art. 5 del regolamento 562/2006, occorre rilevare che essa permane certamente in capo a ciascuno Stato membro. L'art. 5, par. 4, lett. c) del regolamento 562/2006 riconosce agli Stati la facoltà di ammettere comunque lo straniero privo dei requisiti richiesti, per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali. Tuttavia, detto art. 5 non contiene la precisazione dell'art. 5, par. 2 della Convenzione, secondo cui, in caso di assenza di uno dei requisiti richiesti, «l'ammissione sarà limitata al territorio della Parte contraente interessata». C'è allora da chiedersi se, nell'ipotesi contemplata dall'art. 5, par. 4, lett. c) del regolamento citato, si produce una preclusione analoga. La risposta deve essere positiva: in effetti, la precisazione contenuta nell'art. 5, par. 2 della Convenzione è quasi superflua. Infatti, secondo gli articoli 19-21 della Convenzione stessa, che il regolamento in parola non ha abrogato, la circolazione degli stranieri (comunque ammessi in uno Stato membro) nel territorio degli altri Stati membri soggiace alle condizioni di cui all'art. 5 di detto regolamento, sicché è ovvio che, in assenza di uno di questi requisiti, verrà meno la libertà di circolazione.

⁴⁵ Cfr. CELLAMARE, *ibid.*, p. 121, secondo cui, peraltro, ciò costituiva una deroga dell'abbattimento delle frontiere interne, fissato dall'art. 2 della Convenzione.

Un problema del tutto diverso è invece stabilire se il regolamento 562/2006 riconosca un vero e proprio diritto di ingresso agli stranieri. Per esso, infatti, la differenza con le pertinenti norme della Convenzione è più evidente. L'art. 5 del regolamento non riproduce la formulazione dell'art. 5 della Convenzione, secondo cui «l'ingresso [...] può essere concesso», limitandosi a stabilire che «le condizioni d'ingresso [...] sono le seguenti». È molto significativo che la proposta della Commissione fosse formulata, per l'art. 5, esattamente nei termini previsti dalla Convenzione (e cioè, «l'ingresso [...] può essere concesso»)⁴⁶, mentre nel progetto che è pervenuto al Consiglio, dopo l'esame del Parlamento europeo⁴⁷, la formulazione era stata modificata in favore del testo definitivo. Peraltro, nella motivazione del Parlamento, il relatore Cashman offre una chiave di lettura della modifica proposta dal Parlamento che pare molto chiara: «[i]l relatore ritiene inoltre che lo Stato di diritto imponga agli Stati membri di concedere l'ingresso ai cittadini extracomunitari una volta che essi soddisfino a [*sic*] tutte le condizioni. Non possiamo lasciare un margine discrezionale alle guardie di frontiera di consentire l'ingresso anche qualora il cittadino extracomunitario soddisfi a [*sic*] tutte le condizioni». Tutto ciò lascia concludere che gli Stati membri non possano, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 5, rifiutare l'ingresso ad uno straniero. In altre parole, l'art. 5 conferisce un diritto vero e proprio.

Tale conclusione merita, tuttavia, alcune precisazioni. Intanto, se è vero che la lettera dell'art. 5 della Convenzione portava ad escluderne l'efficacia diretta⁴⁸, quella dell'art. 5 del regolamento non conforterebbe una affermazione analoga. In effetti, sembra che la norma in questione abbia le caratteristiche indicate dalla Corte

⁴⁶ COM (2004) 391, cit.

⁴⁷ Relazione del Parlamento europeo del 16 giugno 2005, sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un “codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone”, A6-0188/2005 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

⁴⁸ Così CELLAMARE, *op. cit.*, p. 119.

affinché possa prodursi l'effetto diretto, in quanto chiara, precisa e incondizionata⁴⁹. D'altra parte, benché ciò non costituisca un fattore decisivo, la natura regolamentare dell'atto nel quale è incorporata avallerebbe una siffatta interpretazione. A ciò si aggiunga che l'art. 13, par. 3 del regolamento 562/2006 riconosce alle persone respinte, cioè a coloro che, secondo il par. 1 della stessa disposizione, non soddisfano almeno una delle condizioni previste, il diritto di presentare un ricorso. Ebbene, sarebbe quantomeno contraddittorio che i singoli non possano invocare le norme del regolamento attraverso il ricorso che il regolamento stesso impone.

Ciò non toglie - ed è questa una seconda precisazione - che la discrezionalità degli Stati membri possa incidere sull'esistenza dei singoli requisiti richiesti dall'art. 5 del regolamento 562/2006. Ad esempio, nessuna norma comunitaria comprime il potere statale di decidere se concedere il visto uniforme ad uno straniero. In effetti, il diritto comunitario determina in quali casi (e con quali forme) sia necessario il visto uniforme, ma non impone agli Stati membri di concedere, a fronte di certe condizioni, siffatto provvedimento. Quest'ultimo, salvo appunto alcuni aspetti formali, rimane un atto di competenza statale, cui corrisponde un interesse legittimo dello straniero⁵⁰. Inoltre, alcuni parametri cui è subordinato l'ingresso lasciano un margine rilevante alle competenze statali, come ad esempio la valutazione delle condizioni indicate dall'art. 5, par. 1, lett. e) del regolamento 562/2006, il quale allude alle nozioni di ordine pubblico, sicurezza interna, salute pubblica e relazioni internazionali⁵¹. In definitiva, benché in presenza di tutti i requisiti richiesti da detto art. 5 uno Stato membro non possa rifiutare l'ingresso allo straniero, alle autorità

⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1963, p. 3 ss. Sul punto vedi *amplius* TESAURO, *Diritto comunitario*, quarta ed., Padova, 2005, p. 164 ss.

⁵⁰ Almeno per quanto riguarda la legislazione italiana, si veda BONETTI, «Ingresso, soggiorno e allontanamento - Profili generali e costituzionali», in NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 212.

⁵¹ Cfr. ROSSI, «Gli stranieri», in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, p. 140.

statali è lasciato ampio spazio per poter incidere proprio su quei requisiti e, in ultima analisi, impedire che un obbligo di ammissione possa sorgere.

2.1.6 SEGUE: B) LE CONDIZIONI DI INGRESSO — Qualche riflessione meritano le condizioni previste dall'art. 5 del regolamento 562/2006 affinché uno straniero possa fare ingresso nel territorio di uno Stato membro. I documenti di viaggio sono indicati dall'allegato 11 dell'ICC, cui rimanda il punto 2 della parte III. In vero, l'indicazione dell'ICC è relativa alle condizioni di rilascio del visto uniforme, come indica chiaramente il rinvio all'art. 17 della Convenzione di applicazione; tuttavia, come ora diremo, il rilascio del visto uniforme è subordinato, in linea di massima, al soddisfacimento delle stesse condizioni richieste ai fini dell'ingresso. Detto art. 17, peraltro, rimetteva ad una decisione del Comitato esecutivo l'elaborazione di un elenco dei documenti di viaggio che possono essere muniti di visto. Il Comitato ha adottato siffatto elenco con due decisioni, tuttora vigenti⁵². Per quanto, invece, riguarda i documenti di viaggio degli individui non soggetti all'obbligo di visto, provvede l'allegato 4 dell'ICC.

Ampio spazio è dedicato da quest'ultima alla materia dei visti. Intanto, come detto in precedenza, non tutti gli stranieri sono soggetti all'obbligo di visto, ma solo quelli che hanno la cittadinanza di uno degli Stati inclusi nell'allegato I del regolamento 539/2001. Il regolamento 1683/1995 definisce il visto di cui all'art. 5 come un «visto uniforme», determinandone altresì le caratteristiche esteriori. Le condizioni di rilascio sono indicate nella parte V dell'ICC che, come detto in precedenza, lascia ampio spazio alla discrezionalità delle autorità statali⁵³. Secondo le indicazioni dell'art. 12 della Convenzione di applicazione, ripetute nella parte II dell'ICC, lo straniero, soggetto all'obbligo di visto uniforme, che voglia fare ingresso nel territorio di uno degli Stati membri deve rivolgersi alla rappresentanza

⁵² Decisione del Comitato esecutivo del 16 dicembre 1998, relativa all'elaborazione di un manuale relativo ai documenti sui quali può essere apposto un visto, in GUCE L 239 del 22 settembre 2000, p. 207 ss., e decisione del Comitato esecutivo del 28 aprile 1999, riguardante il manuale relativo ai documenti sui quali può essere apposto un visto, in GUCE L 239 del 22 settembre 2000, p. 298.

⁵³ Cfr. BONETTI, *op. cit.*, p. 224.

diplomatica o consolare. L'ICC, sulla scorta dello stesso art. 12, specifica anche i criteri per determinare quale Stato sia competente ad esaminare la domanda di visto uniforme: quello che costituisce la sola o la principale destinazione ovvero, se non è possibile stabilire ciò, quello di primo ingresso. La decisione in merito è rimessa alla rappresentanza diplomatica o consolare che riceve la domanda: essa deve determinare lo Stato competente tenendo conto di una serie di elementi, quali la finalità del viaggio, l'itinerario e la durata del soggiorno. Una vistosa eccezione a tale schema è prevista dal regolamento 415/2003⁵⁴, secondo cui lo straniero può ottenere il visto (se necessario) all'atto dell'attraversamento della frontiera esterna se, pur sempre sussistendo le condizioni di cui all'art. 5 del regolamento 562/2006, si accerta che non abbia avuto modo di chiedere il visto in precedenza e faccia valere, se richiesto, un motivo imprevedibile imperativo d'ingresso comprovato da un documento giustificativo.

Una volta proceduto all'individuazione dello Stato competente, la rappresentanza diplomatica o consolare esamina la domanda. Come si accennava più sopra, le condizioni di rilascio del visto uniforme coincidono «[i]n linea di principio», secondo l'art. 15 della Convenzione, con quelle previste ai fini dell'ingresso. Si realizza così una sorta di doppia verifica, almeno per gli stranieri soggetti a detto obbligo: una in sede di rilascio del visto uniforme, l'altra, ad opera della polizia di frontiera, al momento dell'ingresso⁵⁵. I requisiti, previsti dal punto 1 della parte V dell'ICC, comprendono: la verifica dell'identità del richiedente, ivi compreso l'accertamento che costui non sia segnalato nel SIS; la verifica della regolarità del documento di viaggio; infine, la verifica degli altri documenti relativi alla domanda. Fra questi, particolare importanza rivestono i documenti giustificativi, atti a dimostrare le finalità del viaggio, i mezzi di trasporto e di ritorno e, soprattutto, i mezzi di sostentamento e le condizioni di alloggio. Nell'ambito di siffatte verifiche,

⁵⁴ Regolamento (CE) n. 415/2003 del Consiglio del 27 febbraio 2003, relativo al rilascio di visti alla frontiera, compreso il rilascio di visti a marittimi in transito, in GUUE L 64 del 7 marzo 2003, p. 1 ss.

⁵⁵ Cfr. BONETTI, *op. cit.*, p. 203.

le valutazioni delle autorità statali sono ampiamente discrezionali⁵⁶, come si evince da alcune indicazioni dell'ICC. Ad esempio, nel dettare i criteri generali per l'esame, la parte V dell'ICC afferma che sia «necessario tener conto di alcuni aspetti fondamentali: la sicurezza delle parti contraenti, la lotta contro l'immigrazione illegale nonché altri aspetti legati alle relazioni internazionali»; e, ancora, che «[p]er quanto riguarda il rischio di immigrazione illegale, la valutazione è di esclusiva competenza della rappresentanza diplomatica o consolare»; infine, che «[i]n caso di dubbio sull'autenticità dei documenti e dei riscontri giustificativi presentati, la rappresentanza diplomatica o consolare [...] si asterrà dal rilascio del visto».

Giova notare che, contrariamente a quanto dispone il regolamento 562/2006 in merito al respingimento, l'ICC tace sulle procedure di ricorso esperibili nei confronti del diniego di rilascio del visto uniforme. Essa si limita a statuire, al punto 2.4 della parte V, che «la procedura e le possibili vie di ricorso saranno disciplinate dalla legislazione nazionale». Non solo, ma come si evince dalle parole successive dello stesso punto 2.4, l'ICC neppure impone agli Stati membri l'obbligo di motivare detto diniego.

Il possesso del visto uniforme, naturalmente, non è condizione sufficiente per l'ingresso dello straniero⁵⁷. Altre condizioni devono essere soddisfatte e ad esse soggiace anche lo straniero non soggetto a tale obbligo. Come detto sopra, l'art. 5, par. 1, lett. c) del regolamento 562/2006 richiede la giustificazione dello scopo e delle condizioni di soggiorno, nonché la disposizione di mezzi di sussistenza sufficienti. L'allegato I del regolamento in esame fornisce un elenco non esauriente dei documenti giustificativi, che corrisponde in linea di massima ad un elenco analogo, benché più dettagliato, fissato dall'ICC, ai fini del rilascio del visto uniforme⁵⁸.

⁵⁶ Vedi BONETTI, *ibid.*, p. 224.

⁵⁷ Benché non sia necessario, il concetto è ripetuto a chiare lettere dal punto 2.1 della parte I dell'ICC.

⁵⁸ Ad esempio, lo scopo turistico dell'ingresso può essere provato tramite l'esibizione di documenti relativi alla struttura dell'alloggio, quali la prenotazione dell'albergo, o un contratto di affitto ecc.

Infine, le lettere d) ed e) dell'art. 5, par. 1 del regolamento in discorso perseguono lo scopo di impedire che faccia ingresso nell'area Schengen lo straniero che costituisca una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di ciascuno Stato. La segnalazione nel SIS, cui allude la citata lett. d), è prevista dall'art. 96 della Convenzione di applicazione e consiste nell'inserimento dei dati relativi allo straniero all'interno di un elenco. Essa viene decisa dalle autorità nazionali ove ritengano che la presenza di uno straniero nel territorio nazionale costituisca una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la sicurezza nazionale, ovvero qualora lo straniero sia oggetto di una misura di allontanamento, di respingimento o di espulsione che comporti o si accompagni ad un divieto di ingresso e/o di soggiorno. In definitiva, la segnalazione in parola opera come una sorta di prova presuntiva in ordine alla minaccia cui allude la lett. e) del citato art. 5. Va osservato, tuttavia, che le ragioni poste alla base della segnalazione non corrispondano pienamente con quelle indicate da detta lett. e). In verità, il mancato coordinamento delle due norme deriva dalla circostanza che l'art. 5 del regolamento non riproduce il testo dell'art. 5 della Convenzione di applicazione, con il quale, invece, l'art. 96 si integrava⁵⁹. L'art. 5 del regolamento, infatti, ha inserito una nuova causa ostativa, rappresentata dalla salute pubblica: nella propria proposta⁶⁰, la Commissione ha affermato la necessità di rendere coerenti i parametri di ingresso previsti per gli stranieri con quelli previsti per i cittadini, rispetto ai quali si applica la condizione relativa alla salute pubblica⁶¹.

Come è stato notato, le condizioni previste dalle lettere d) ed e) citate rendono disomogeneo il sistema dei controlli, giacché «la posizione della persona controllata è presa in considerazione in base a criteri nazionali»⁶². Ciò si evince chiaramente dall'art. 96 della Convenzione di applicazione, il quale rimanda, ai fini

⁵⁹ L'unico elemento che, per ragioni di opportunità, era inserito nell'art. 5 della Convenzione, ma non nell'art. 96 è quello relativo alle relazioni internazionali di una Parte contraente.

⁶⁰ COM (2004) 291, cit.

⁶¹ Cfr. artt. 27 e 29 della direttiva 2004/38, cit.

⁶² CELLAMARE, *op. cit.*, p. 120. Adde O'KEEFFE, *op. cit.*, p. 190.

della segnalazione SIS, alle misure nazionali di allontanamento, fondate «sulla non osservanza delle regolamentazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno degli stranieri». Non solo: i criteri (disomogenei) che accedono alla segnalazione lasciano ampio spazio alle valutazioni discrezionali delle autorità statali. In effetti, in linea teorica è possibile che perfino lo straniero che sia stato trovato nel territorio di uno Stato membro con un visto scaduto possa veder finire il proprio nome nel SIS⁶³. Tuttavia, è bene rammentare che l'art. 111 della Convenzione fornisce uno strumento di controllo, prevedendo la possibilità per lo straniero di adire «la giurisdizione o l'autorità competente» al fine di rettificare, cancellare, ottenere informazioni e perfino un indennizzo relativamente ad una segnalazione che lo riguarda⁶⁴.

Una volta che le autorità abbiano proceduto a verificare l'identità delle persone che si presentano alle frontiere esterne, gli individui che rientrano nella definizione dell'art. 3 del regolamento 562/2006 sono soggetti ai controlli atti a verificare le condizioni di cui all'art. 5, appena esaminate⁶⁵. Com'è ovvio, siffatti controlli non riguardano i beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione, per i quali provvede la direttiva 2004/38, cui peraltro l'art. 7, par. 6 rinvia. I controlli devono essere sempre dettagliati, a meno che non si verificino le circostanze eccezionali e imprevedute cui allude l'art. 8 del regolamento in esame. L'art. 7, par. 3, lett. a) elenca le verifiche cui gli stranieri sono sottoposti: in breve, esse si ricollegano direttamente ai requisiti di cui all'art. 5, per cui investono i documenti di viaggio e, in particolare, ove richiesto, il visto uniforme, i documenti giustificativi, i

⁶³ Sul punto si vedano CREPEAU, CARLIER, «Intégration régionale et politique migratoire. Le "modele" européen entre coopération et communitarisation», *JDI*, 1999, p. 975.

⁶⁴ A tale proposito, secondo una sentenza del Consiglio di Stato francese, sulla quale vedi GORTAZAR, «Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders», in GUILD, HAROLW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, 2001, p. 138, anche le autorità degli altri Stati membri possono sindacare la segnalazione fatta dalle autorità di uno Stato membro diverso. Per osservazioni critiche sul sistema di controllo delle segnalazioni, si veda O'KEEFFE, *op. cit.*, p. 190 s.

⁶⁵ I controlli, peraltro, sono soggetti alle regole generali relative al rispetto della dignità umana, richiamate nel § 2.1.4

mezzi di sussistenza e, infine, l'eventuale minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri.

Una norma di particolare importanza è quella prevista dall'art. 10, secondo cui le autorità di frontiera debbono, al momento dell'ingresso, apporre un timbro sui documenti di viaggio. La rilevanza pratica di tale incombenza risulta, peraltro, anche dalla circostanza che l'art. 8, par. 3 non esonera le autorità da siffatto onere neppure in presenza delle circostanze eccezionali e imprevedute che giustificano lo snellimento delle verifiche. In effetti, l'apposizione del timbro è condizione essenziale affinché le autorità statali possano sempre controllare che lo straniero non soggiorni per un periodo superiore ai tre mesi⁶⁶.

2.1.7 L'INGRESSO IN VISTA DI UN SOGGIORNO DI LUNGA DURATA — L'ingresso per soggiorni di lunga durata non è preso in considerazione dal diritto comunitario, fatta eccezione, naturalmente, per gli individui che non ricadono nella definizione dell'art. 3 del regolamento 562/2006 e, per certi versi, per i cittadini degli Stati terzi con cui la Comunità ha concluso degli accordi di associazione (diversi da quelli con gli Stati dell'accordo SEE e dalla Svizzera). L'art. 18 della Convenzione di applicazione si limita a stabilire che i visti per un soggiorno di oltre tre mesi «sono visti nazionali rilasciati da una delle Parti contraenti conformemente alla propria legislazione», norma ripresa testualmente dal punto 2.2 della parte I dell'ICC⁶⁷. Quindi, come peraltro si evince chiaramente anche dagli articoli 5 e 7 del regolamento 1683/1995, il visto in parola non coincide con il visto uniforme. Le

⁶⁶ Una disciplina particolare, che risponde ad esigenze di lotta all'immigrazione illegale, è prevista per l'ipotesi in cui l'ingresso nell'area Schengen avvenga attraverso vettori aerei, marittimi e, con alcuni limiti, stradali. Intanto, l'art. 26, par. 1, lett. b) della Convenzione di applicazione stabilisce che «il vettore è tenuto ad adottare ogni misura necessaria per accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima sia in possesso dei documenti di viaggio richiesti». A siffatto tipo di vettori vanno aggiunti, ex art. 26, par. 3, i vettori di gruppi che effettuano collegamenti stradali internazionali con autopullman, ad eccezione del traffico frontaliero. Per i soli vettori aerei, tuttavia, si profila un obbligo più stringente sulla base della direttiva 2004/82: l'art. 2, infatti, prevede che gli Stati membri adottino le disposizioni necessarie per istituire l'obbligo per i vettori aerei di trasmettere, su richiesta dell'autorità di frontiera, le informazioni relative alle persone che saranno trasportate.

⁶⁷ Unica differenza è che l'ICC fa riferimento agli Stati membri, anziché alle Parti contraenti.

norme comunitarie si occupano, invece, delle condizioni relative alla libertà di circolazione negli altri Stati membri di cui gli individui in possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata possono godere. Esse, tuttavia, riguardando in senso lato il soggiorno, saranno esaminate nel paragrafo ad esso dedicato⁶⁸.

Un'ipotesi che si accosta all'ingresso è quella del transito, prevista dal citato art. 18 e riprodotta dal punto 2.2 della parte I dell'ICC. Secondo la norma in parola, un visto nazionale di lunga durata permette al titolare di transitare nel territorio di uno degli Stati membri per recarsi nel territorio dello Stato membro che ha rilasciato il visto, a condizione però che siano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 5, par. 1, lettere a), d) ed e) ovvero che non figurino nell'elenco delle persone segnalate dallo Stato membro sul cui territorio desidera transitare. Il riferimento va inteso, ovviamente, all'art. 5 del regolamento 562/2006: la mancata inclusione delle condizioni di cui alla lett. c) della disposizione citata si giustifica, com'è palese, con la circostanza che lo straniero in transito, essendo diretto altrove, non deve presentare alcun documento giustificativo rispetto allo scopo del viaggio o ai mezzi di sussistenza. Quanto alla segnalazione cui detto art. 18 allude, essa non coincide con quella già prevista dall'art. 5, par. 1, lett. d) del regolamento: diversamente, il contestuale richiamo dell'una e dell'altra finirebbe per costituire un inutile doppione. L'art. 18, infatti, fa riferimento all'elenco nazionale, nel quale vengono inserite segnalazioni diverse da quella dell'art. 96⁶⁹. In detto elenco, ad esempio, confluisce la segnalazione prevista dall'art. 95 della Convenzione di applicazione, la quale non ha riguardo alla finalità della non ammissione, bensì a quella dell'arresto ai fini di estradizione.

Un diverso tipo di transito era quello previsto dall'abrogato art. 5, par. 3 della Convenzione: il regolamento 562/2006, tuttavia, ha riprodotto, in linea di massima,

⁶⁸ § 2.2

⁶⁹ Il SIS è formato, infatti, da due archivi: uno, detto archivio dell'unità di supporto tecnico, contiene, secondo l'art. 92, par. 3 della Convenzione di applicazione, le segnalazioni «che interessino tutte le Parti contraenti», quale, principalmente, quella di cui all'art. 96. L'altro - l'archivio della sezione nazionale - contiene invece tutte le altre segnalazioni previste dagli articoli 95, 97, 98, 99 e 100.

la norma abrogata nell'art. 5, par. 4, lett. a). Secondo la nuova formulazione, lo straniero - s'intende, ove non soddisfatti tutti i requisiti richiesti dall'art. 5 del regolamento - titolare di un permesso di soggiorno o di un visto di ritorno (diversi, evidentemente, dal visto nazionale di cui sopra) può transitare nel territorio di un altro Stato membro per raggiungere il territorio dello Stato che ha rilasciato uno di detti documenti, a condizione che non sia segnalato nell'elenco nazionale e che siffatta segnalazione non si accompagni all'istruzione di respingerlo o rifiutarne il transito. In ciò, l'art. 5 del regolamento restringe le maglie della condizione suddetta, in senso favorevole allo straniero in transito, giacché, al contrario dell'art. 5 della Convenzione, esige che, affinché uno Stato possa impedire il transito dello straniero, alla segnalazione nell'elenco nazionale si accompagni l'istruzione relativa al respingimento o al rifiuto di transito. Come si noterà, manca alcun riferimento alle condizioni di ingresso, e perfino al possesso di un documento di identità: da ciò si desume che, ai fini di questo tipo di transito, sia sufficiente il possesso del permesso o del visto di ritorno, sempre che ricorrano le condizioni richieste⁷⁰.

2.2 LE CONDIZIONI DI SOGGIORNO

2.2.1 LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE: A) L'ABBATTIMENTO DELLE FRONTIERE INTERNE —

L'ingresso nel territorio di uno Stato membro fa sorgere in capo allo straniero una serie di diritti che variano a seconda del tipo di visto (uniforme o di lunga durata), della cittadinanza (a fronte della quale si applicherà un regime comune o uno speciale) e che possono investire differenti aspetti del soggiorno. Rinviano al cap. III l'esame dei regimi speciali, un primo e fondamentale diritto riconosciuto nell'ambito della disciplina comune è quello alla libera circolazione. Esso, per la verità, è oggetto, almeno indirettamente, della previsione dell'art. 14 TCE, la quale aveva posto l'obiettivo dell'instaurazione del mercato senza frontiere interne. Come

⁷⁰ Cfr. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 138.

si è messo in luce nel cap. I⁷¹, l'effettiva realizzazione dell'obiettivo posto dall'art. 14 non aveva avuto luogo, a causa dell'ostilità di alcuni Stati membri ad abbattere i controlli alle frontiere interne. Gli Accordi di Schengen costituivano un tentativo - riuscito - di realizzare l'obiettivo fissato dall'art. 14 fuori dell'ambito comunitario, mentre solo con il Trattato di Amsterdam l'esperienza di Schengen è stata riportata all'interno di quel sistema, peraltro nei più ampi termini di «spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Questa è la ragione che lega l'art. 14 all'art. 61, n. 1 e all'art. 62, n. 1 TCE, i quali, infatti, rinviano espressamente al primo. In altre parole, l'abbattimento delle frontiere interne si salda indissolubilmente con la libertà di circolazione, tanto che l'art. 62, n. 1 menziona espressamente, oltre ai cittadini dell'Unione, anche i cittadini di paesi terzi. Questo doppio canale attraverso cui lo spazio senza frontiere interne si realizza trova puntuale riscontro nelle norme che regolano la materia: da un lato, quelle del regolamento 562/2006 che eliminano i controlli alle frontiere interne, dall'altro, quelle della Convenzione di applicazione che disciplinano le condizioni relative alla libertà di circolazione degli stranieri.

Quanto alle prime, l'art. 20 del regolamento in parola stabilisce che «[1]e frontiere interne possono essere attraversate in qualunque punto senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone, indipendentemente dalla loro nazionalità». Come si noterà, non solo viene meno ogni controllo all'atto dell'ingresso, ma pure non viene ripetuta la norma contenuta nell'art. 4, par. 1 dello stesso regolamento che impone di valicare la frontiera soltanto in punti e orari prestabiliti. L'art. 20 citato, ricalcando l'art. 2 della Convenzione di applicazione cui la dottrina già riconosceva efficacia diretta⁷², è anch'esso dotato del medesimo effetto diretto.

⁷¹ Vedi § 1.1.1

⁷² CELLAMARE, *op. cit.*, p. 121.

D'altra parte, come pure detta Convenzione stabiliva⁷³, è riconosciuto agli Stati membri un potere di derogare, a certe condizioni, alla regola sancita dall'art. 20. L'art. 23 del regolamento 562/2006 prevede che i controlli alle frontiere interne possano essere ripristinati a fronte di una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro, condizioni che peraltro coincidono con quelle previste dall'art. 2, par. 2 della Convenzione. A tale proposito, si rammenta che lo stesso art. 64, par. 1 TCE fa salve le responsabilità statali relative al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna. Al contrario della citata Convenzione, il regolamento pone un limite temporale massimo di trenta giorni alla misura in esame⁷⁴: ciò parrebbe dettato dalla volontà, peraltro coerente con la nuova sede comunitaria delle norme in parola, di restringere la discrezionalità statale. Tuttavia, a ben vedere, l'indicazione non è perentoria, visto che il periodo limitato può ben superare i trenta giorni, giusta la circostanza che gli Stati membri possono mantenere i controlli «per la durata prevedibile della minaccia grave» e perfino prorogarli *sine die*, anche per più di una volta.

Particolarmente stringente è, invece, la procedura che gli Stati debbono seguire per attuare la misura in esame: il regolamento formula due ipotesi, una concernente gli avvenimenti prevedibili, l'altra relativa ai casi che richiedono un'azione urgente. Per i primi, lo Stato membro interessato ha l'obbligo di informare «quanto prima» gli altri Stati membri e la Commissione, fornendo, anche in un secondo momento, informazioni riguardanti, fra l'altro, i motivi della misura di ripristino, la data e la durata. Tali informazioni sono oggetto di consultazioni con la Commissione e con gli altri Stati membri, almeno quindici giorni prima della data prevista per il ripristino dei controlli. A tal proposito, la Commissione può emettere

⁷³ Il regime stabilito dall'art. 2 della Convenzione e da alcune decisioni operative del Comitato esecutivo era stato sfruttato dalla Francia all'indomani degli attentati dell'11 settembre, dstando, peraltro, come notano CREPEAU, CARLIER, *op. cit.*, p. 966, serie perplessità circa il rispetto delle condizioni fissate dalla Convenzione.

⁷⁴ I termini, benché il regolamento taccia sul punto, dovrebbero decorrere dalla data in cui vengono ripristinati i controlli, data che deve essere indicata dallo Stato membro nella comunicazione di cui all'art. 24, par. 1 del regolamento 562/2006.

un parere, il quale sarà oggetto di dette consultazioni. Per la verità, l'art. 24, par. 2 del regolamento in esame fa salvo l'art. 64, par. 1 TCE, per cui non si vede quali margini abbia la Commissione per esprimere un parere, visto che la misura di ripristino poggia esattamente su quelle ragioni di ordine pubblico e sicurezza interna cui allude l'art. 64. Le consultazioni hanno lo scopo di organizzare una cooperazione reciproca nonché di vagliare la proporzionalità della misura di ripristino. Non è escluso, benché la norma abbia un diverso scopo⁷⁵, che tale cooperazione possa assumere le forme previste dall'art. 17 del regolamento, secondo cui gli Stati che non applicano l'art. 20 possono effettuare un controllo congiunto alle frontiere comuni⁷⁶. Diversa è invece la procedura che lo Stato membro interessato può seguire in casi d'urgenza: per essi, è sufficiente che lo Stato in questione avverta «senza indugio» gli altri Stati membri e la Commissione, procedendo, in via eccezionale, immediatamente al ripristino dei controlli. Le misure in esame possono essere prorogate, come detto, anche più di una volta, previa comunicazioni di rito agli altri Stati membri e alla Commissione. Tuttavia, come vuole l'art. 27, a partire dalla terza proroga consecutiva lo Stato membro deve, se richiesto, riferire anche al Parlamento europeo⁷⁷. Naturalmente, una volta in vigore il ripristino dei controlli, si applicheranno alle frontiere interessate dalla misura di ripristino le norme relative all'attraversamento delle frontiere esterne: ciò è logica conseguenza della misura derogatoria e, peraltro, affermato *expressis verbis* dall'art. 28.

2.2.2 SEGUE: B) LA CIRCOLAZIONE DEI CITTADINI DI STATI TERZI — Posto che il regolamento 562/2006 pone in essere norme volte ad eliminare i controlli alle frontiere interne, ciò non comporta un diritto incondizionato, degli stranieri come dei cittadini UE, di circolare all'interno del territorio degli Stati membri. Detto

⁷⁵ Vedi nota 30.

⁷⁶ D'altra parte, come subito diremo, l'art. 28 del regolamento in esame afferma che in caso di ripristino dei controlli si applicheranno, *mutatis mutandis*, le norme del titolo II, di cui l'art. 17 fa parte.

⁷⁷ L'art. 27, peraltro, impone anche allo Stato membro che adotta le misure in parola o, se opportuno, al Consiglio, di tenere sempre informato il Parlamento europeo.

diritto è, in effetti, soggetto a talune condizioni. Esse vengono indicate dagli articoli da 19 a 24 della Convenzione, ragion per cui l'applicazione di detto regime risulta più uniforme - o, se si vuole, meno "differenziata" - di quella relativa all'ingresso⁷⁸. Per la verità, la Commissione aveva avanzato una proposta di direttiva relativa alla libera circolazione degli stranieri⁷⁹, ma, dopo che lo *screening* operato dalla Commissione stessa aveva dato esito negativo, era stata ritirata⁸⁰. Le citate norme della Convenzione di applicazione sono state ricondotte dalla decisione 1999/436⁸¹ all'art. 62, n. 3 TCE, il quale, alludendo alle misure che stabiliscono a quali condizioni i cittadini di paesi terzi hanno libertà di spostarsi all'interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi, ne costituisce la copertura giuridica più naturale. Tuttavia, come ora diremo, per alcune delle norme menzionate, e in particolare per l'art. 20, l'art. 62, n. 3 pare non essere la base giuridica più adeguata.

In via di premessa, occorre mettere innanzi una considerazione rispetto al campo di applicazione oggettivo della Convenzione: benché la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 - norma non abrogata dal regolamento 562/2006 - non includa tutti i beneficiari del diritto alla libera circolazione, così come individuati dall'art. 2 di detto regolamento, l'applicazione delle norme della Convenzione relative alla libera circolazione non osta all'applicazione di regimi più favorevoli⁸². In effetti, se si adottasse la nozione di straniero accolta nella Convenzione, dovrebbe

⁷⁸ Le norme citate, infatti, si applicano anche alla Danimarca, ma non ai dodici Stati di nuova adesione né, naturalmente, al Regno Unito e all'Irlanda.

⁷⁹ Proposta, presentata dalla Commissione il 10 luglio 2001, di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni alle quali i cittadini di paesi terzi possono circolare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri per un periodo non superiore a tre mesi, all'introduzione di un'autorizzazione specifica di viaggio e alla fissazione delle condizioni di ingresso in previsione di uno spostamento della durata non superiore a sei mesi, COM (2001) 388 (<http://www.eur-lex.europa.eu>)

⁸⁰ La comunicazione è in GUUE C 64 del 17 marzo 2006, p. 3 ss.

⁸¹ Decisione 1999/436/CE del Consiglio del 20 maggio 1999, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen, in GUCE L 176 del 10 luglio 1999, p. 17 ss.

⁸² Così HREBLAY, *Les accords de Schengen Origine, Fonctionnement, Avenir*, Bruxelles, 1998, p. 57.

pure concludersi che gli articoli 19 ss. si applichino anche ai familiari dei cittadini comunitari e ai cittadini di Stati terzi (e loro familiari) destinatari di norme più favorevoli, quali quelle contenute in alcuni accordi di associazione o nella direttiva 2003/109 sui soggiornanti di lungo periodo⁸³. Infatti, l'art. 39, par. 3 del regolamento 562/2006 stabilisce che «[i] riferimenti agli articoli e agli atti abrogati si intendono fatti al presente regolamento». Ciò significa che i rinvii contenuti negli articoli 19 ss. della Convenzione debbono intendersi comprensivi anche della nozione di cittadino di Stato terzo, contenuta nell'art. 2 del regolamento. D'altra parte, nella menzionata proposta della Commissione⁸⁴, il regime di circolazione non pregiudicava, giusta l'art. 3, i diritti dei familiari dei cittadini comunitari, le norme degli accordi di associazione e le disposizioni di diritto comunitario (e nazionale) relative al soggiorno di lunga durata.

Fatta questa precisazione, secondo l'art. 19 della Convenzione, «[g]li stranieri titolari di un visto uniforme entrati regolarmente nel territorio di una delle Parti contraenti, possono circolare liberamente nel territorio di tutte le Parti contraenti per il periodo di validità del visto, sempreché soddisfino le condizioni di ingresso di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c), d) ed e)». Una disciplina simile è prevista, dall'art. 20, per gli stranieri non soggetti all'obbligo di visto. Solo per essi, tuttavia, la norma in parola prevede la possibilità di una proroga oltre i tre mesi, che uno Stato membro può accordare in circostanze eccezionali o in virtù di un accordo bilaterale concluso prima dell'entrata in vigore della Convenzione. Siffatta deroga ha suscitato qualche perplessità in dottrina⁸⁵: si ritiene, infatti, che essa non sia compatibile con il limite di tre mesi posto dall'art. 62, n. 3 «e quindi con l'esigenza [...] di una disciplina comune della circolazione dei cittadini di Stati terzi nello spazio senza frontiere interne». Invero, si deve rammentare che la proroga menzionata non si

⁸³ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44 ss.

⁸⁴ COM (2001) 388, cit.

⁸⁵ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 136.

estende anche alla circolazione nel territorio degli altri Stati membri. In altre parole, lo straniero ammesso da uno Stato membro per un periodo superiore a tre mesi, vuoi in virtù di una proroga, vuoi *ab initio* attraverso un visto nazionale, non può comunque, come ora diremo, circolare negli altri Stati membri per più di tre mesi nell'arco di sei mesi, a decorrere dal primo ingresso⁸⁶. Quanto al fatto che il Consiglio abbia indicato, nella menzionata decisione 1999/436, l'art. 62, n. 3 come base giuridica dell'art. 20, le perplessità sembrano fondate. Tuttavia, ogni dubbio potrebbe cadere con l'allargamento della base giuridica all'art. 63, n. 3, come peraltro la Commissione stessa aveva prospettato nella proposta di direttiva più sopra citata⁸⁷. Ciò significa che, se, da una parte, l'indicazione della base giuridica dell'art. 20 non è congrua, non anche, dall'altra, l'art. 20 è *tout court* incompatibile con l'esigenza di una disciplina comune della circolazione degli stranieri nell'area Schengen. In altre parole, la collocazione della norma contenuta nell'art. 20 all'interno del titolo IV appare del tutto congrua, benché, fra le disposizioni di detto titolo, il legislatore comunitario avrebbe potuto indicare, per l'art. 20, una base giuridica più coerente.

Quanto ai cittadini di Stati terzi che abbiano fatto ingresso nel territorio di uno Stato membro in virtù di un visto nazionale, quindi non soggetto al limite di tre mesi previsto per il visto uniforme, l'art. 21 della Convenzione stabilisce che essi possono circolare nel territorio degli altri Stati membri, a patto che soddisfino i requisiti di cui all'art. 5, par. 1, lettere a), c) ed e) e non siano segnalati nell'elenco nazionale dello Stato nel quale sono diretti. Si noterà che la norma in esame elide le condizioni di cui alle lettere b) e d)⁸⁸, mentre ripristina quelle della lett. c)⁸⁹, cui

⁸⁶ In una rara sentenza resa dalla Corte di giustizia in questa materia (sentenza del 3 ottobre 2006, causa C-241/05, *Nicolae Bot c. Préfet du Val-de-Marne*, in *Racc.*, 2006, p. I-9627 ss, punto 43), l'organo di Lussemburgo ha precisato che il concetto di primo ingresso «riguarda, oltre il primissimo ingresso nello spazio Schengen, anche il primo ingresso in tale spazio che avviene dopo la scadenza di un periodo di sei mesi da tale primissimo ingresso nonché qualsiasi altro primo ingresso che avviene dopo la scadenza di ogni nuovo periodo di sei mesi a decorrere da una precedente data di primo ingresso».

⁸⁷ COM (2001) 388, cit., in particolare il punto 5 della relazione.

⁸⁸ L'essere in possesso di un visto e non essere segnalato ai fini della non ammissione.

invece non rinvia l'art. 18 della Convenzione ai fini del transito. Le ragioni, almeno per la lett. c), sono evidenti: gli stessi documenti giustificativi che hanno permesso allo straniero il primo ingresso potrebbero non essere sufficienti per garantire agli altri Stati membri che costui disponga dei mezzi di sussistenza necessari. È interessante, invece, comprendere la logica dell'esclusione della condizione di cui alla lett. d) e l'inclusione di quelle di cui alla lett. e). Mentre, infatti, l'accertamento della condizione di cui alla lett. d) non comporta valutazioni discrezionali da parte delle autorità dello Stato membro verso cui lo straniero esercita il diritto alla libera circolazione, l'essere costui una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali dello stesso Stato (le condizioni che la lett. e) prevede) presuppone una valutazione che non solo tollera ampi margini di discrezionalità da parte delle autorità statali, ma pure si basa su criteri diversi da quelli utilizzati in sede di primo ingresso. In altre parole, mentre la sottoposizione della circolazione alla condizione di cui alla lett. b) costituirebbe un doppione, non altrettanto accadrebbe per quella di cui alla lett. e): lo straniero potrebbe, infatti, non costituire una minaccia per lo Stato di primo ingresso e, invece, costituirlo per gli altri Stati membri nei cui confronti egli esercita il diritto in parola. In definitiva, ciò dimostra, una volta di più⁹⁰, la disomogeneità dei criteri cui sono condizionati l'ingresso e la libera circolazione.

In relazione alle condizioni esaminate, si pone il problema del loro accertamento, a fronte del fatto che, con la soppressione dei controlli alle frontiere interne, viene meno la sede naturale per il controllo di dette condizioni. In tal senso provvede l'art. 22 della Convenzione, secondo cui gli stranieri che, a qualunque titolo, entrino nel territorio di uno Stato membro (s'intende, provenendo da un altro Stato membro⁹¹) sono tenuti a dichiarare la loro presenza. Benché qualcuno abbia

⁸⁹ Vale a dire, fornire i documenti giustificativi dello scopo e delle condizioni del viaggio e disporre dei mezzi di sussistenza sufficienti.

⁹⁰ Vedi § 2.1.5 e nota 62.

⁹¹ Cfr. MISSORICI, ROMANO, «Libertà di circolazione e soggiorno: i cittadini degli Stati terzi tra cittadinanza europea e politica delle migrazioni», *RIDU*, 1998, p. 69.

sollevato dubbi⁹², la dottrina prevalente esclude che siffatto obbligo non sia compatibile con il diritto comunitario⁹³. Tuttavia, nella proposta ritirata, nella quale esso era stato soppresso, lasciando agli Stati membri la facoltà di decidere autonomamente se ripristinarlo, la Commissione aveva motivato la modifica, oltre che alludendo ai problemi pratici di attuazione dell'obbligo in esame, anche affermandone l'incompatibilità con la soppressione dei controlli alle frontiere interne⁹⁴.

2.2.3 LE ALTRE NORME COMUNITARIE CHE INCIDONO SULLE CONDIZIONI DI SOGGIORNO — Per tutti gli altri aspetti del soggiorno e salvo quanto diremo a proposito dei regimi privilegiati, il diritto comunitario non impone ulteriori limiti alla sovranità statale⁹⁵. Quelli relativi alla protezione dei diritti umani, infatti, investono, come noto, solo l'attività statale posta in attuazione di obblighi comunitari (benché, sotto altro profilo, essi valgano *tout court* per le condotte statali ai fini indicati dall'art. 7 TUE). Peraltro, le norme richiamate nel § 1.3.1 riguardano principalmente il momento dell'allontanamento, oggetto di analisi dei prossimi paragrafi.

2.3 IL RESPINGIMENTO E L'ALLONTANAMENTO: LIMITI E MODALITÀ

2.3.1 LE FONTI RELATIVE ALLE DUE FATTISPECIE E, IN PARTICOLARE, LE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE — Come si è mostrato in precedenza⁹⁶, in relazione al respingimento e all'allontanamento, il panorama delle fonti si allarga fino ad abbracciare alcune norme di diritto internazionale, consuetudinario e pattizio. Come si è detto in sede di premessa, l'allontanamento comprende tutti i provvedimenti con cui uno Stato

⁹² HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 156.

⁹³ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁴ COM (2001) 388, cit., nel commento all'art. 14.

⁹⁵ Esiste una significativa legislazione comunitaria su alcuni diritti sociali che investe (anche) i cittadini di Stati terzi. La sua applicazione, tuttavia, è subordinata alla circostanza che essi risiedano legalmente, pur anche in virtù della normativa nazionale, all'interno del territorio di uno degli Stati membri. Per questo motivo, pare più opportuno rimandarne l'analisi al § 3.3

⁹⁶ Vedi § 1.3.1

nega l'ingresso o pone fine al soggiorno di uno straniero⁹⁷. All'interno di tale ampia definizione si distinguono, tuttavia: il respingimento (o *refoulement*), con il quale lo Stato nega l'ingresso; il rimpatrio, con il quale lo Stato invita lo straniero ad abbandonare il proprio territorio volontariamente; l'espulsione, con cui lo Stato attua forzatamente il provvedimento di rimpatrio; infine, l'estradizione, atto col quale uno Stato consegna ad un altro Stato un individuo perché sia sottoposto ad un procedimento penale o scontare una pena definitiva. Nelle pagine che seguono ci occuperemo delle prime tre ipotesi: l'estradizione, rientrando nelle competenze di cui al titolo VI del TUE e collocandosi, peraltro, in un contesto di natura penale, non verrà presa in considerazione.

La disciplina comunitaria in tema di respingimento è regolata da una norma del regolamento 562/2006, e ha come base giuridica l'art. 62, n. 2, lett. a) TCE. Ciò significa, come pure l'art. 13 di detto regolamento chiaramente indica⁹⁸, che il respingimento sul quale il diritto comunitario incide riguarda unicamente l'ingresso di breve periodo. Per la verità, mentre è agevole distinguere l'ingresso sulla base della durata del soggiorno - breve, se inferiore a tre mesi, e lungo, se superiore - analoga considerazione non può farsi per il respingimento. Detto art. 13, in effetti, fa salve le disposizioni sul diritto d'asilo, sulla protezione internazionale e sul rilascio dei visti di lungo periodo, ma soltanto per indicare che l'assenza di uno dei requisiti indicati dall'art. 5 non preclude l'ingresso ad altro titolo. Questo vuol dire che il poco che l'art. 13 dispone in relazione al respingimento si applica non già in via residuale, qualora il provvedimento in questione neghi l'ingresso dello straniero in materie diverse da quelle fatte salve dalla stessa norma, bensì in via principale, in tutti i casi di respingimento. D'altra parte, anche sotto il profilo concreto, non è possibile distinguere tra diverse tipologie di respingimento in relazione alla natura del soggiorno, sia esso di breve o di lungo periodo, ovvero dovuto al riconoscimento del diritto d'asilo o dello *status* di rifugiato. Si tratta, infatti, di elementi di cui non si può

⁹⁷ Sul punto si veda CALAMIA, *Ammissione ed allontanamento dello straniero*, Milano, 1980, p. 9 ss.

⁹⁸ L'art. 13 fa salvo il «rilascio dei visti per soggiorno di lunga durata».

disporre se non *ex post facto*. Diverso è il caso delle altre ipotesi di allontanamento, rispetto alle quali è possibile fare una distinzione a seconda della natura del soggiorno: e in effetti, qui le norme comunitarie variano in relazione all'appartenenza dello straniero ad una delle categorie privilegiate. Per quanto riguarda la disciplina comune, essa è contenuta principalmente nell'art. 23 della Convenzione di applicazione, che la decisione 1999/436 del Consiglio ha ricondotto agli articoli 62, punto 2 e 63, punto 3 TCE.

Si accennava al fatto che, nelle materie in discorso, le fonti comunitarie vengono completate da un panorama di norme internazionali di carattere consuetudinario e pattizio, cui l'art. 6, par. 2 TUE rinvia. Nell'ambito del quale ragioniamo, rilevano prevalentemente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'art. 3 della CEDU e il divieto di *refoulement* disposto sia, come la dottrina riconosce⁹⁹, da una norma generale, che dall'art. 33 della Convenzione sullo *status* di rifugiato. Scarsa rilevanza ha, invece, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 8 della CEDU: essa, come si dirà¹⁰⁰, incide esclusivamente sulla disciplina relativa allo *status* dei familiari e in quella sede verrà, dunque, richiamata. Per quanto concerne l'art. 3 e il divieto di *refoulement*, si rinvia a quanto esposto nel § 1.3.1, ricordando che dette norme assumono un valore fondamentale in relazione alla legittimità degli atti comunitari e delle condotte statali, poste in attuazione di obblighi comunitari.

2.3.2 LA SCARNA DISCIPLINA DISPOSTA DALL'ART. 13 DEL REGOLAMENTO 562/2006 IN RELAZIONE AL RESPINGIMENTO— La Convenzione di applicazione non prevede alcuna norma in materia di respingimento, ma, come noto, si limita a stabilire quali siano le condizioni di ingresso, senza che ciò peraltro pregiudichi la possibilità che uno Stato membro ammetta ad altro titolo (per esempio con un visto di lungo periodo) lo straniero non in possesso dei requisiti necessari. Il regolamento 562/2006, invece, si

⁹⁹ Cfr. GOODWIN-GILL, MCADAM, *The Refugee in International Law*, third edition, Oxford, 2007, p. 218 ss.

¹⁰⁰ Si veda oltre, § 3.1

occupa del respingimento, benché in modo piuttosto sintetico. Secondo l'art. 13 di detto regolamento, chi non soddisfa tutte le condizioni di cui all'art. 5 viene respinto dal territorio dello Stato membro. La norma impone agli Stati membri di provvedere attraverso un atto motivato di applicazione immediata¹⁰¹, che ne indichi le ragioni precise. A fronte del respingimento, lo straniero ha diritto a presentare un ricorso, la cui disciplina detto art. 13 rimette alla legislazione statale, salvo che per un aspetto: la norma, infatti, stabilisce che la proposizione dell'impugnazione non ha effetti sospensivi sul provvedimento di respingimento. La norma in esame va coordinata con quanto detto a proposito della natura della situazione giuridica soggettiva che lo straniero può vantare nei confronti di ciascuno degli Stati membri¹⁰². In sintesi, se è vero che in presenza di tutte le condizioni fissate dall'art. 5 gli Stati debbano ammettere lo straniero, per converso essi non potranno disporre il respingimento. D'altra parte, la discrezionalità di cui gli Stati dispongono per incidere su alcune di dette condizioni è tale da rendere particolarmente fragile l'esistenza di un obbligo di ammissione¹⁰³.

Occorre domandarsi se la disciplina in esame sia congruente rispetto ai parametri cui rinvia l'art. 6, par. 2 TUE. A tal proposito, occorre tenere presente che, da una parte, lo stesso art. 13, come ricordato più sopra, fa salve le disposizioni relative all'asilo e alla protezione internazionale, mentre, dall'altra, l'art. 3 afferma che l'applicazione del regolamento 562/2006 avviene «senza pregiudizio [...] dei diritti dei rifugiati e di coloro che chiedono protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento»¹⁰⁴. Ciò significa che la conformità delle norme comunitarie rispetto alle norme internazionali più sopra richiamate va

¹⁰¹ Il provvedimento in questione è adottato secondo il modello uniforme contenuto nell'allegato V, parte B del regolamento 562/2006.

¹⁰² Si veda il § 2.1.5

¹⁰³ Com'è ovvio, il discorso vale unicamente per la disciplina comune: per le categorie privilegiate i termini del problema variano sensibilmente.

¹⁰⁴ Si rammenti, inoltre, che lo stesso art. 5, par. 4, lett. c) del regolamento 562/2006 consente agli Stati membri di ammettere lo straniero che non sia in possesso dei requisiti necessari «per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali».

valutata non già in relazione al regolamento in parola, bensì rispetto alle pertinenti norme derivate: in particolare, come diremo poi¹⁰⁵, quelle contenute nelle direttive 2004/83¹⁰⁶ e 2005/85¹⁰⁷. Ai fini della questione che ci siamo posti, è qui utile unicamente domandarsi se, alludendo alle disposizioni sull'asilo e sulla protezione internazionale, detto regolamento si affranchi dall'eventuale incompatibilità con l'art. 3 della CEDU. In effetti, mentre il campo di applicazione delle direttive citate investe certamente quello della Convenzione sullo *status* di rifugiato, altrettanta certezza non è dato riscontrare, almeno *prima facie*, rispetto al citato art. 3. Tuttavia, dall'esame della direttiva 2004/83, si evince una nozione di protezione internazionale che abbraccia altresì gli individui coperti dalla tutela di cui all'art. 3. Infatti, secondo l'art. 2 di detta direttiva, nella nozione di protezione internazionale ricade sia chi abbia ottenuto lo *status* di rifugiato, sia chi è ammesso alla protezione sussidiaria. In base al combinato disposto dall'art. 2, lett. e) e 15, la protezione sussidiaria è accordata a chi, pur non possedendo i requisiti per avere riconosciuto lo *status* di rifugiato, rischia di correre, nel paese di destinazione, un grave danno, laddove per grave danno va inteso, fra l'altro, «la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante». Rimandando al § 3.2 per un esame più approfondito, possiamo per ora anticipare che per le categorie di individui protetti dalle norme internazionali, le due direttive citate dispongono il divieto di *refoulement*.

La conclusione cui siamo giunti è, in qualche modo, avallata dallo stesso art. 13 del regolamento 562/2006. Esso, come detto, lascia agli Stati la predisposizione della disciplina relativa all'impugnazione del provvedimento di respingimento,

¹⁰⁵ Si rinvia al § 3.2

¹⁰⁶ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss.

¹⁰⁷ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GUUE L 326 del 23 dicembre 2005, p. 13 ss.

precisando, tuttavia, che l'avvio di un ricorso non ha, su di esso, alcun effetto sospensivo. A ben vedere, una norma del genere, se applicabile alle categorie protette dalle norme internazionali, cui l'art. 6, par. 2 TUE rinvia, non potrebbe in alcun modo essere a quelle conforme. Lo si deduce, *a contrario*, dalla circostanza che, per rifugiati e individui ammessi alla protezione sussidiaria, l'art. 7 della direttiva 2005/85 prevede il diritto di rimanere nel territorio dello Stato membro fintantoché le autorità non abbiano accertato l'esistenza dei requisiti previsti ai fini dell'ammissione alla protezione internazionale.

Un discorso in parte diverso va fatto nell'ipotesi di mero transito dello straniero nel territorio di uno Stato membro, ove costui sia diretto verso un altro Stato membro. Qui, in effetti, le condizioni sono diverse da quelle previste per l'ingresso: da una parte, l'art. 18 della Convenzione prevede che gli Stati membri consentano il transito verso un altro Stato membro ove lo straniero sia in possesso di un visto di lunga durata, soddisfi le condizioni di cui all'art. 5, par. 1, lettere a), d) ed e) del regolamento 562/2006 e non figuri nell'elenco delle persone segnalate dallo Stato membro sul cui territorio desidera transitare; dall'altra, l'art. 5, par. 4, lett. a) del regolamento menzionato stabilisce che lo straniero in possesso di un permesso di soggiorno o di un visto di ritorno possa transitare sul territorio di uno Stato membro a meno che non figuri in detto elenco con l'istruzione di respingerlo o di rifiutarne il transito¹⁰⁸. Naturalmente, nell'ipotesi in cui tali condizioni non siano soddisfatte, e quindi lo Stato possa disporre il respingimento, troverà applicazione l'art. 13 del regolamento in esame. Giova segnalare, tuttavia, che l'art. 2 della direttiva sulle norme applicabili al rimpatrio degli stranieri in soggiorno irregolare, proposta dalla Commissione e attualmente al vaglio degli organi della CE, prevede la possibilità che gli Stati membri applichino le norme ivi contenute anche alle ipotesi di transito¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Per un esame più dettagliato, si rinvia *supra*, al § 2.1.7

¹⁰⁹ Proposta, presentata dalla Commissione il 1° settembre 2005, di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente, COM (2005) 391 (<http://www.eur-lex.europa.eu>). La proposta ha attualmente superato la fase del parere del Comitato delle Regioni.

Ove non scelgano tale opzione, essi sono tenuti a riservare un trattamento e un livello di protezione minimi agli stranieri respinti in transito. È evidente che, nella misura indicata e sempre che la proposta si traduca in un atto obbligatorio, l'art. 13 del regolamento 562/2006 sarà inoperante.

2.3.3 IL RIMPATRIO E L'ESPULSIONE SECONDO L'ART. 23 DELLA CONVENZIONE DI APPLICAZIONE — Per quanto concerne il rimpatrio, l'art. 23, par. 1 della Convenzione di applicazione afferma che «[l]o straniero che non soddisfi o che non soddisfi più le condizioni di soggiorno di breve durata applicabili nel territorio di una delle Parti contraenti deve, in linea di principio, lasciare senza indugio i territori delle Parti contraenti». Come si vede, l'art. 23 ha riguardo unicamente al soggiorno di breve periodo, facendo quindi implicitamente salvo il regime applicabile ai soggiorni di lunga durata. Ciò, d'altra parte, lo si deduce anche dal combinato disposto dagli articoli 5 (ora art. 5 del regolamento 562/2006) e 18 della stessa Convenzione, secondo cui le regole in materia di ingresso non ostano all'applicazione delle disposizioni relative al rilascio di visti per soggiorni di lunga durata. È altrettanto evidente, tuttavia, che l'art. 23, par. 1 troverà applicazione allorché lo straniero ammesso in uno Stato membro in virtù di un titolo di soggiorno di lungo periodo abbia esercitato il diritto alla libera circolazione nel territorio di un altro Stato membro, alle condizioni previste dall'art. 21. In tal caso, è logica conseguenza che il rimpatrio debba avvenire verso lo Stato membro che abbia rilasciato detto titolo: in tal senso, in effetti, dispone l'art. 23, par. 2. Se lo straniero, tuttavia, non si reca volontariamente nello Stato membro che gli ha rilasciato il permesso di soggiorno, lo Stato in cui costui si trova illegalmente procede all'espulsione verso il paese di origine o qualunque Stato ne garantisca l'ammissione¹¹⁰.

Giova notare che l'art. 23 è destinato, come diremo, ad essere sostituito dalla direttiva proposta e poc'anzi menzionata. L'art. 6, par. 6 di detta direttiva disciplina in modo parzialmente difforme la fattispecie cui l'art. 23, par. 2 della Convenzione è

¹¹⁰ Naturalmente, sono esclusi dal campo di applicazione dell'art. 23, per le ragioni esposte più sopra (vedi § 2.2.2), i beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione e simili.

diretto, stabilendo che, per lo straniero che, pur in posizione irregolare nel territorio di uno Stato membro, sia in possesso di un permesso di soggiorno valido rilasciato da un altro Stato membro, «il primo Stato evita di prendere una decisione di rimpatrio qualora tale cittadino rientri volontariamente sul territorio dello Stato membro che ha rilasciato il permesso di soggiorno». Ove lo straniero non si decida in tal senso, lo Stato procederà all'espulsione verso il paese di origine, di transito o altro paese terzo. La norma si differenzia da quella posta dall'art. 23 della Convenzione per una minore rigidità nei confronti dello straniero che abbia un titolo di soggiorno nell'area Schengen: sembra, in effetti, che essa lasci agli Stati membri un margine di elasticità per consentire a detto straniero di tornare nello Stato membro in cui ha titolo a soggiornare.

Non del tutto chiaro è, nell'architettura della Convenzione, il rapporto fra essa e le norme internazionali relative ai limiti dell'espulsione. La disciplina concernente i rifugiati (che nella Convenzione, peraltro, vengono anche chiamati, indistintamente, «richiedenti asilo») veniva fatta salva dall'art. 5 e oggi dall'art. 3 del regolamento 562/2006, in relazione all'ingresso, mentre l'art. 23, par. 5 esclude dall'applicazione del par. 4 della stessa norma proprio i rifugiati o richiedenti asilo. Ebbene, detto par. 4 afferma che l'espulsione dello straniero possa avvenire verso il paese di origine o verso qualsiasi altro Stato nel quale possa venire ammesso. Ciò suscita una prima perplessità: non si vede, in effetti, la ragione per cui il par. 5 debba escludere dal campo di applicazione del par. 4 fattispecie che, giusta l'allusione del par. 1 ai soli soggiorni di breve durata, non rientrano comunque nell'orbita di detto par. 4. In altre parole, anche senza il par. 5, l'art. 23 non potrebbe operare rispetto all'espulsione del rifugiato, dal momento che il par. 1 allude unicamente ai soggiorni di breve durata, a titoli cioè diversi sia dallo *status* di rifugiato che dall'asilo, come pure dal soggiorno di lunga durata. È possibile tuttavia ipotizzare che la norma in parola risponda all'esigenza di consentire l'espulsione dei rifugiati nella misura in cui

essa avvenga verso un paese “sicuro”¹¹¹, nel quale cioè non vi sia il rischio che abbiano luogo le persecuzioni cui l’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 allude. Il quadro che ne emerge, per quanto la sua formulazione non sia del tutto felice, ha uno scopo ben preciso: quello di consentire agli Stati membri di allontanare lo straniero che abbia chiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiato verso lo Stato membro competente ad esaminare la domanda, secondo le norme allora previste nel capitolo settimo della Convenzione e oggi contenute nel regolamento 343/2003¹¹². Infatti, secondo l’art. 17, par. 1 di detto regolamento (norma pressoché simile era contenuta nell’art. 31, par. 2 della Convenzione), se lo Stato membro che ha ricevuto la domanda ritiene di non essere competente, sulla base dei criteri indicati dagli articoli 5 ss., interpella lo Stato membro cui l’esame compete «affinché prenda in carico il richiedente asilo»¹¹³. A noi pare, peraltro, che, nell’ipotesi in esame, neppure possa farsi ricorso al ragionamento che ci ha indotto ad escludere dal campo di applicazione di alcune norme della Convenzione (in particolare, quelle contenute negli articoli 19 ss.) i beneficiari del diritto comunitario alla libera circolazione. Infatti, detti beneficiari non sono inclusi, *ex art.* 2 del regolamento 562/2006, nella nozione di cittadini di Stati terzi, alla luce della quale può leggersi la nozione di straniero contenuta nella Convenzione. Al contrario, i rifugiati e coloro che chiedono la protezione internazionale, benché esclusi dall’ambito applicativo del regolamento, giusta l’art. 3, rientrano nella nozione di cittadini di Stati terzi. In altre parole, anche secondo detto regolamento i rifugiati e i beneficiari della protezione internazionale sono “stranieri”, sicché sarebbe arduo prospettare una rilettura della nozione di straniero fornita dalla Convenzione diversa da quella che lo stesso regolamento consegna.

¹¹¹ Su tale concetto vedi oltre, § 2.3.4

¹¹² Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame della domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE L 50 del 25 febbraio 2003, p. 11 ss.

¹¹³ Come diremo oltre, nel § 3.2, la norma in esame suscita ulteriori perplessità, giusta l’obbligo degli Stati parte della Convenzione di Ginevra del 1951 di esaminare le domande d’asilo.

Quanto all'art. 3 della CEDU, la Convenzione di applicazione non contiene espliciti riferimenti ad essa. Se ne potrebbe dedurre che l'art. 23, consentendo l'espulsione dello straniero che rischi di subire, nel paese di destinazione, trattamenti inumani o degradanti, contrasti con detta norma. È possibile, tuttavia, presumendo la conformità delle norme della Convenzione - in quanto parte del diritto comunitario - alla CEDU, escludere dal campo di applicazione dell'art. 23 gli individui tutelati dal citato art. 3. In effetti, fra coloro che godono del soggiorno di breve durata, cui l'art. 23 allude, non vi sono, secondo l'art. 5, par. 4, lett. c) del regolamento 562/2006 (come pure dell'abrogato art. 5, par. 2 della Convenzione), gli individui ammessi nel territorio di uno Stato membro «per motivi umanitari o di interesse nazionale ovvero in virtù di obblighi internazionali»: è agevole notare come, fra costoro, ben possano figurare gli individui che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 3 sottrae all'allontanamento e, in particolare, al respingimento.

La proposta di direttiva sopra citata introduce significative innovazioni al regime finora descritto. Essa, intanto, «sostituisce», in base all'art. 19, l'art. 23 della Convenzione, e copre un campo di applicazione diverso da quello. Essa si applica ai cittadini di Stati terzi che, nel territorio di uno Stato membro, soggiornano illegalmente sia per la mancanza dei requisiti indicati dall'art. 5 del regolamento 562/2006, sia per effetto delle norme nazionali. Ciò significa che, al contrario delle norme della Convenzione, la direttiva va a disciplinare anche le espulsioni dovute alla violazione delle norme interne. Quanto, poi, all'ampiezza della nozione di stranieri che la direttiva prende in considerazione, essa è molto più ristretta di quella che si rinviene nella Convenzione, pur con gli aggiustamenti che si potrebbero derivare dal regolamento 562/2006. Secondo l'art. 2, par. 3 della proposta direttiva, essa non si applica ai familiari dei cittadini dell'Unione e a quegli stranieri che, in base agli accordi di associazione, godono di un regime di libera circolazione equivalente a quello dei cittadini. Si rammenterà che, sebbene una conclusione del

genere possa dedursi anche in relazione alla Convenzione, facendo leva sull'art. 2 del regolamento 562/2006, essa non stabiliva in modo esplicito un'esclusione del genere. Non solo: l'art. 4 di detta proposta fa salvi i regimi più favorevoli stabiliti, fra l'altro, dalla citata direttiva sui soggiornanti di lungo periodo e dalla citata direttiva 2004/83 sui rifugiati. Esclusa dal campo di applicazione della proposta direttiva è invece l'ipotesi di respingimento: nonostante l'ambiguità del richiamo che l'art. 6, par. 4 opera nei confronti del divieto di *refoulement*, dalla relazione della Commissione è agevole comprendere come quella fattispecie rimanga fuori dall'orbita della direttiva¹¹⁴. Per le residue categorie di stranieri cui la direttiva in parola si applicherà, occorre chiedersi se le norme in essa contenute rispettino i limiti imposti dal diritto internazionale. L'art. 6, par. 4 poc'anzi citato, in effetti, stabilisce che «[l]a decisione di rimpatrio non è presa quando gli Stati membri sono soggetti agli obblighi derivati dai diritti fondamentali, in particolare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come il principio di *non refoulement*, il diritto all'istruzione e il diritto all'unità familiare». Dunque, almeno in linea teorica, la risposta deve essere positiva, ma sul rimpatrio degli stranieri incombe sempre la discrezionalità statale, che può escluderli in modo illegittimo dal novero delle categorie protette, senza che ciò, come si dirà, possa giungere fino al sindacato di un giudice interno o, perfino, della Corte di giustizia¹¹⁵.

2.3.4 LE MODALITÀ OPERATIVE E, IN PARTICOLARE, GLI ACCORDI DI RIAMMISSIONE — Chiarite le condizioni a fronte delle quali lo straniero può essere respinto o espulso, resta da chiedersi in che modo ciò debba avvenire, soprattutto in considerazione del fatto che, come pure è stato notato¹¹⁶, «l'effettività delle misure di rimpatrio dipende dalla cooperazione dei Paesi di origine o di transito delle persone allontanate». La

¹¹⁴ Si veda, in particolare, il punto 4 della relazione, in COM (2005) 391, cit. È bene, tuttavia, rammentare che, come detto più sopra, le norme della direttiva (tutte o alcune, a seconda delle scelte degli Stati membri) potranno trovare applicazione all'ipotesi del *refoulement* degli stranieri in transito.

¹¹⁵ Sul punto si rinvia al § 3.2

¹¹⁶ CELLAMARE, *op. cit.*, p. 194.

competenza comunitaria in materia è fissata dall'art. 63, primo comma, n. 3, lett. b) TCE, che fa riferimento a misure nei settori dell'immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare. Come è stato rilevato¹¹⁷, la natura irregolare dell'ingresso o del soggiorno va valutata non solo sulla base delle norme comunitarie, bensì anche di quelle nazionali. Ciò vuol dire che, benché secondo l'art. 63, secondo comma TCE gli Stati membri possano, in tale settore, mantenere o introdurre disposizioni nazionali compatibili col TCE e con gli accordi internazionali, il presupposto dell'applicazione degli atti comunitari - l'"irregolarità" di cui sopra - si rinviene (anche) in fattispecie lasciate all'imperio delle competenze statali.

A tal proposito, occorre però distinguere tra l'ipotesi del respingimento e quella dell'espulsione. Per quanto concerne il primo, l'art. 26, par. 1, lett. a) della Convenzione stabilisce che, se allo straniero viene rifiutato l'ingresso, «il vettore che lo ha condotto alla frontiera esterna per via aerea, marittima o terrestre è tenuto a prenderlo immediatamente a proprio carico». La norma va collegata all'art. 1 della stessa Convenzione, secondo cui il vettore è «ogni persona fisica o giuridica che trasporta persone a titolo professionale, per via aerea, marittima o terrestre». L'art. 26 specifica, inoltre, quale sia la destinazione cui lo straniero respinto debba essere condotto dal vettore: il paese terzo da cui proviene, quello che ha rilasciato il documento di viaggio o, infine, qualsiasi altro nel quale ne sia garantita l'ammissione. Ciò, com'è ovvio, fa sorgere il problema del consenso dello Stato terzo di destinazione: dal momento che si tratta di una questione comune all'ipotesi di espulsione, rimandiamo la sua analisi di qualche pagina.

Resta da chiedersi cosa accada allo straniero nell'ipotesi in cui esso non sia stato condotto da un vettore, nel senso indicato dall'art. 1: in assenza di una norma specifica, si potrebbe ipotizzare, *mutatis mutandis*, l'applicazione dell'art. 23, par. 3 della Convenzione, secondo cui l'espulsione deve avvenire verso il paese di origine o

¹¹⁷ CELLAMARE, *ibid.*, p. 189 s.

qualsiasi altro che garantisca l'ammissione dello straniero. È ben vero, tuttavia, che secondo l'art. 19 della citata proposta della Commissione, la direttiva «sostituisce gli articoli 23 e 24 della convenzione», sicché, quando e se essa diverrà obbligatoria, verrebbe nuovamente a mancare una norma di riferimento per il respingimento dello straniero che non sia stato trasportato da un vettore. In tal caso, tre sono le possibili soluzioni: continuare a fare leva su detto art. 23, in quanto se è vero che la direttiva lo sostituisce, pure vero è che essa non lo abroga¹¹⁸; ovvero fare riferimento alla nozione di rimpatrio contenuta nell'art. 3 della direttiva proposta, la quale allude al paese di origine o di transito o ad altro paese terzo; ovvero, infine, applicare estensivamente l'art. 26, par. 1 lett. a) della Convenzione di applicazione. La soluzione non è priva di conseguenze di rilievo: infatti, a seconda di quale si prediliga, lo Stato verso cui il respingimento verrà effettuato potrebbe essere quello di provenienza o quello d'origine o perfino quello di transito, incidendo in tal modo sull'individuazione del pertinente accordo di riammissione (ove ce ne sia uno).

Come detto in precedenza, il discorso è parzialmente diverso per quanto riguarda il respingimento dello straniero in transito. La direttiva 2001/51 prevede, infatti, l'estensione dell'applicazione dell'art. 26 della Convenzione all'ipotesi suddetta¹¹⁹. Come si diceva sopra, tuttavia, la menzionata proposta di direttiva lascia agli Stati membri la possibilità di applicare le norme ivi contenute anche all'ipotesi in esame, mentre, ove tale scelta non si concretizzi, impone comunque ad essi l'obbligo di garantire un trattamento e un livello di protezione «non meno favorevoli di quanto disposto agli articoli 8, 10, 13 e 15».

¹¹⁸ Diversamente da quanto accade per la direttiva 2001/40/CE del Consiglio del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni in materia di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, in GUCE L 149 del 2 giugno 2001, p. 34 ss., che, secondo l'art. 20 della direttiva proposta, «è abrogata».

¹¹⁹ Direttiva 2001/51/CE del Consiglio del 28 giugno 2001, che integra le disposizioni dell'art. 26 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, in GUCE L 187 del 10 luglio 2001, p. 45 ss. La direttiva, naturalmente, costituisce uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, cui il Regno Unito (ma non l'Irlanda) ha richiesto di partecipare e che la Danimarca, da un lato, e l'Islanda e la Norvegia, dall'altro, hanno rispettivamente la possibilità e l'obbligo di recepire.

Per ciò che concerne l'espulsione, le modalità sono lasciate all'ampia discrezionalità statale, salvo, naturalmente, che per i vincoli derivanti dagli accordi di riammissione, su cui ci soffermeremo fra breve. Ove lo straniero lasci volontariamente il territorio dello Stato membro, *nulla quaestio*¹²⁰. Secondo l'art. 23 della Convenzione, l'obbligo di espulsione sorge soltanto nel caso in cui ciò non accada o se può presumersi che non accadrà o, infine, «se motivi di sicurezza nazionale o di ordine pubblico impongono l'immediata partenza dello straniero». Tali motivi, evidentemente, finiscono per costituire un'ulteriore condizione che, da sola, può giustificare l'espulsione: infatti, l'art. 23 non ne subordina l'operatività al rifiuto dello straniero di lasciare il paese. In altre parole, ferme restando le condizioni che determinano l'irregolarità del soggiorno, a prescindere dal fatto che lo straniero lasci o non lasci volontariamente il paese, le autorità statali possono, a fronte dei motivi legati alla sicurezza nazionale o all'ordine pubblico, espellerlo dal proprio territorio.

Lo Stato terzo di destinazione è, come già detto in precedenza, quello di origine o qualsiasi altro che ne garantisca l'ammissione. La già citata direttiva 2003/110 stabilisce alcune norme che consentono di agevolare il rimpatrio per via aerea allorquando non sia possibile effettuarlo tramite un volo diretto. Ciò consente di elidere la comune disciplina sul transito, a favore di norme che, in linea di massima, tendono a non ostacolarlo, in vista del fine da raggiungere, e cioè il rimpatrio dello straniero. Infine, la direttiva 2001/40, anch'essa già menzionata, si prefigge lo scopo di consentire l'espulsione di uno straniero da parte dello Stato membro (detto di esecuzione) diverso da quello (autore) che ha disposto il provvedimento. In linea di principio, essa è volta ad uniformare la disciplina dell'espulsione anche nelle ipotesi in cui l'irregolarità del soggiorno dello straniero dipenda dalla violazione delle norme nazionali. Si rammenterà, infatti, che l'espulsione di cui all'art. 23 riguarda unicamente la mancanza delle condizioni per il

¹²⁰ È opportuno notare che l'art. 7, par. 3, lettere b) e c) del regolamento 562/2006 impone controlli approfonditi anche all'atto dell'uscita dello straniero.

soggiorno di breve durata: in tal caso, il provvedimento di espulsione deve essere preso a fronte di condizioni comuni, la qual cosa esclude la necessità di un riconoscimento. La decisione di espulsione dovuta al venir meno delle condizioni previste dal diritto interno (per esempio permesso di soggiorno scaduto), invece, è regolata dalle norme nazionali. La direttiva in parola estende l'applicabilità dei provvedimenti di espulsione, tramite la formula del riconoscimento, anche agli altri Stati membri. Ciò consente a ciascuno Stato membro di espellere uno straniero che si trovi sul proprio territorio in virtù di una decisione presa dalle autorità di un altro Stato membro. D'altra parte, la conferma che la direttiva si applica solamente alle espulsioni dovute alla violazione delle norme nazionali viene dall'art. 3, che allude a decisioni giustificate da una minaccia grave e attuale per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale e, in via residuale, alle decisioni giustificate «dal mancato rispetto delle normative nazionali relative all'ingresso o al soggiorno degli stranieri».

La proposta di direttiva sopra menzionata innova in modo rilevante la materia. Intanto, essa si applica indistintamente alle espulsioni dovute alla violazione delle norme sia comunitarie che nazionali. Infatti, l'art. 20 abroga la direttiva 2001/40. Essa, inoltre, impone agli Stati membri alcuni vincoli procedurali, sconosciuti alla Convenzione: la decisione di rimpatrio deve fissare un termine congruo, non inferiore a quattro settimane al massimo, entro cui lo straniero deve lasciare il paese; ove ciò non accada o se esiste il pericolo di fuga, le autorità assumono una decisione di accompagnamento, volta ad eseguire forzatamente la decisione di rimpatrio; se l'accompagnamento non può essere eseguito (per esempio per ragioni tecniche), lo Stato ne rinvia l'esecuzione, imponendo tuttavia allo straniero le garanzie necessarie ad evitare un pericolo di fuga. Tali misure vanno dalla presentazione periodica alle autorità, alla costituzione di una garanzia finanziaria alla consegna dei documenti, fino alla custodia temporanea che, quindi, per la prima volta, il diritto comunitario disciplina. È opportuno segnalare che, riguardo alla custodia, la direttiva proposta impone una serie rilevante di garanzie:

intanto, il provvedimento deve essere assunto dalle autorità giudiziarie o, quantomeno, da esse confermato nelle settantadue ore successive; la custodia può avere una durata massima di sei mesi ed è soggetta ad un controllo giurisdizionale almeno mensile; infine, e forse disposizione più significativa alla luce della prassi di alcuni Stati membri¹²¹, questi «garantiscono un trattamento umano e dignitoso ai cittadini di paesi terzi sotto custodia temporanea, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità al diritto nazionale e internazionale. Su richiesta, è data loro facoltà, senza indugio, di entrare in contatto con rappresentanti legali, familiari e autorità consolari competenti, e con le pertinenti organizzazioni internazionali e non governative».

Sia il provvedimento di respingimento che quello di espulsione verrebbero del tutto vanificati ove lo straniero non venga ammesso nello Stato terzo di destinazione. Benché, in effetti, l'obbligo di riammissione dei propri cittadini gravi sugli Stati in virtù di una norma di diritto internazionale generale¹²², è possibile che gli Stati terzi di destinazione non offrano una collaborazione adeguata per rendere effettive dette misure. D'altra parte, può risultare utile per gli Stati membri ampliare il raggio d'azione dell'obbligo di riammissione anche a categorie diverse dai cittadini, come, ad esempio, gli stranieri o gli apolidi in transito. Per queste ragioni, la CE (o gli Stati membri, *uti singuli*) provvede a concludere con gli Stati terzi alcuni accordi, detti appunto di riammissione, tramite i quali vengono fissati sia i termini dell'obbligo di riammissione che le modalità di rimpatrio¹²³. In alternativa, la CE

¹²¹ Per l'Italia, si veda VASSALLO PALEOLOGO, «I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi», *DIC*, 4/1999, p. 26 ss.

¹²² Sul punto si vedano HAILBRONNER, «Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals», *ZRV*, 1997, p. 1 ss., PASTORE, «L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti», *RDI*, 1998, p. 968 ss., e BOUTELLET-PAQUET, «Passing the Buck: a Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *EJML*, 2003, p. 361.

¹²³ La pratica degli accordi di riammissione era frequente anche nel periodo anteriore al trattato di Amsterdam. Sulle prime due generazioni di accordi di riammissione, si veda BOUTELLET-PAQUET, *op. cit.*, p. 362 ss. Gli accordi, che non costituiscono uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen, non si applicano alla Danimarca, al Regno Unito, all'Irlanda e, ovviamente, agli Stati associati al sistema Schengen. Si segnala, tuttavia, che sia il Regno Unito che l'Irlanda hanno manifestato la volontà di

fissa, all'interno di accordi più generali, alcune clausole, peraltro generiche, di riammissione. In materia, si rammenta che la competenza della CE è concorrente¹²⁴, ma solo fintanto che non siano state adottate norme comuni, per cui, benché nella prassi gli accordi comunitari siano più frequenti, è ben possibile che vengano conclusi accordi misti come pure bilaterali¹²⁵. È evidente che, in tale ultimo caso, gli Stati membri debbano attenersi, oltre che all'art. 10 TCE, anche all'art. 63, terzo comma TCE, secondo cui le misure in questione debbono essere compatibili col Trattato stesso e con gli accordi internazionali. Nella decisione assunta nella seduta del 2 dicembre 1999¹²⁶, il Consiglio ha indicato delle clausole standard da inserire in detti accordi: quella più comune impone un obbligo reciproco di riammettere i propri cittadini (in posizione illegale) a carico dello Stato terzo, da una parte, e degli Stati membri della Comunità, dall'altra; un'ulteriore clausola prevede di includere, su richiesta, un accordo relativo alla posizione dei cittadini di altri paesi o degli apolidi; infine, la decisione del Consiglio indica pure che, nelle more della formazione dell'accordo con la CE, lo Stato terzo concluda accordi bilaterali con singoli Stati membri, che includano, peraltro, anche la posizione dei cittadini di altri paesi e degli apolidi.

Sulla scorta di queste indicazioni, la CE ha concluso alcuni accordi di riammissione ed è in procinto di chiuderne altrettanti¹²⁷. Essi sovente rispecchiano gli standard voluti dalla decisione del Consiglio, dimostrando una certa uniformità

partecipare ad alcuni di essi, secondo quanto gli riconoscono gli articoli 3 e 4 del relativo protocollo. Sul punto si vedano SCHIEFFER, «Community Readmission Agreements with Third Countries - Objectives, Substance and Current State of Negotiation», *EJML*, 2003, p. 351 s., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁴ Vedi § 1.1.2

¹²⁵ A favore della tesi della competenza concorrente NASCIBENE, «Relazioni esterne e accordi di riammissione», in DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 307 ss. In tono dubitativo SCHIEFFER, *op. cit.*, p. 350 s.

¹²⁶ Decisione relativa all'inclusione di un modello di clausola di riammissione negli accordi comunitari e negli accordi tra la Comunità europea, i suoi Stati membri e i paesi terzi, in allegato a doc. 13409/99 (<http://register.consilium.eu.int>).

¹²⁷ Ad essi si devono aggiungere gli accordi che il Consiglio ha dato mandato alla Commissione di negoziare: si tratta di quelli con l'Algeria, la Cina, il Marocco, il Pakistan e la Turchia. Sul punto si veda SCHIEFFER, *op. cit.*, p. 344 ss.

cui la Commissione è rimasta fedele nella fase dei negoziati. Meno rigorosa risulta invece la disciplina disposta dalle clausole di riammissione contenute in accordi più generali. Attualmente, la CE ha concluso cinque accordi di riammissione: con i governi delle regioni ad amministrazione speciale di Honk Hong¹²⁸ e Macao¹²⁹, con l'Albania¹³⁰, con lo Sri Lanka¹³¹ e, infine, con la Russia¹³². Tutti e cinque gli accordi prevedono, oltre alla riammissione dei propri cittadini (o, nel caso dei governi autonomi di Hong Kong e Macao, dei propri residenti), anche quella dei cittadini di altri paesi o degli apolidi. Le condizioni affinché sorga l'obbligo relativo a questi ultimi sono, in linea di massima, le stesse: ad esempio, nell'ultimo accordo in ordine di tempo, si richiede che lo straniero (o l'apolide), provenendo dal territorio della Federazione russa, sia in possesso di un visto colà ottenuto o abbia fatto ingresso in modo illegale, ovvero che sia in possesso di un'autorizzazione di soggiorno rilasciata dalle autorità russe.

Dello stesso tenore sono gli accordi in via di definizione con l'Ucraina¹³³, la Bosnia¹³⁴, il Montenegro¹³⁵, la Macedonia¹³⁶ e la Serbia¹³⁷. L'unica significativa novità contenuta in questi accordi, ancora non definitivi, è la maggiore attenzione alla tutela dell'unità familiare: infatti, l'obbligo di riammissione dei propri cittadini fa nascere, automaticamente, l'obbligo di riammettere i figli minorenni non coniugati,

¹²⁸ Accordo tra la Comunità europea e il governo della regione ad amministrazione speciale di Honk Kong della Repubblica popolare cinese sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, in GUUE L 17 del 24 gennaio 2004, p. 25 ss.

¹²⁹ Accordo tra la Comunità europea e la Regione ad amministrazione speciale di Macao della Repubblica popolare cinese sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, in GUUE L 143 del 30 aprile 2004, p. 99 ss.

¹³⁰ Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Albania sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, in GUUE L 124 del 17 maggio 2005, p. 22 ss.

¹³¹ Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica democratica socialista dello Sri Lanka sulla riammissione delle persone in soggiorno irregolare, in GUUE L 124 del 17 maggio 2005, p. 43 ss.

¹³² Accordo di riammissione tra la Federazione russa e la Comunità europea, in GUUE L 129 del 17 maggio 2007, p. 40 ss.

¹³³ La bozza dell'accordo è in COM (2007) 197 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

¹³⁴ La bozza dell'accordo è in COM (2007) 425 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

¹³⁵ La bozza dell'accordo è in COM (2007) 431 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

¹³⁶ La bozza dell'accordo è in COM (2007) 432 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

¹³⁷ La bozza dell'accordo è in COM (2007) 438 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

quale ne sia la cittadinanza, e il coniuge di diversa cittadinanza, sempre che ottenga il visto. È interessante notare che per entrambe le categorie, l'obbligo viene meno ove i figli minorenni o il coniuge abbiano un autonomo titolo di residenza nello Stato membro richiedente. Il riferimento al solo Stato membro richiedente desta, invero, qualche perplessità: in effetti, è ben possibile che il familiare in questione abbia un autonomo titolo di residenza in uno Stato membro diverso da quello che dispone il rimpatrio. In questo caso, non si vede per quale ragione il familiare debba seguire la sorte dello straniero rimpatriato. Ad evitare ciò, potrebbe farsi ricorso, in via analogica, all'art. 23, par. 2 della Convenzione di applicazione, destinato ad essere sostituito dall'art. 6, par. 6 della direttiva proposta dalla Commissione, secondo cui, allo straniero che ha un titolo di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello in cui si trova in soggiorno illegale, si lascia la possibilità di rientrare nello Stato membro in cui gode di quel titolo.

Un'altra costante degli accordi in parola è che essi contengono una clausola che fa salve le norme della CEDU e della Convenzione di Ginevra del 1951, in modo tale da impedire che possa formarsi un obbligo per gli Stati parte che contrasti con le disposizioni di detti trattati. Ad esempio, l'accordo con l'Albania prevede che, nel caso di riammissione ai soli fini del transito, ciascuno Stato parte vi si possa opporre ove sussista il rischio che lo straniero o l'apolide subisca, nel paese di destinazione finale, trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) o persecuzioni in base alla razza, alla religione ecc. (art. 33 della Convenzione del 1951). Nonostante ciò, non si può escludere che gli obblighi derivanti dagli strumenti poc'anzi menzionati finiscano per entrare in rotta di collisione con la prassi che l'Unione sviluppa in tema di rimpatrio, soprattutto in considerazione del fatto che i tempi scanditi dagli accordi di rimpatrio non sembrano consentire, come la Corte di Strasburgo vorrebbe, un'analisi accurata della situazione di ogni singolo straniero¹³⁸.

¹³⁸ Così ALENI, «La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali», *DUE*, 2006, p. 597 ss.

Come si diceva poca fa, accanto agli accordi di riammissione veri e propri, la CE inserisce delle clausole di riammissione in accordi più generali. Siffatte clausole, per la verità, costituiscono un panorama più variegato rispetto agli accordi analizzati sopra: così, vi sono clausole che prevedono l'obbligo di riammissione, a volte esteso anche a cittadini di Stati terzi, e che impongono agli Stati parte di concludere accordi bilaterali che definiscano nel dettaglio siffatto obbligo; o, ancora, dichiarazioni di carattere programmatico con cui gli Stati parte si impegnano a disciplinare la riammissione; infine, accordi nei quali è previsto un generico obbligo di cooperazione nel campo dell'immigrazione¹³⁹.

Benché si tratti di un'ipotesi residuale, è tuttavia possibile, come abbiamo visto, che il rimpatrio o l'espulsione dello straniero avvenga da uno Stato membro verso un altro Stato membro. In passato, tali fattispecie erano disciplinate da alcune clausole contenute negli accordi di riammissione stipulati fra Stati membri, accordi che, in epoche di non pienamente libera circolazione delle persone, riguardavano essenzialmente i cittadini degli Stati membri. In passato, la Finlandia aveva avanzato una proposta di regolamento volta a disciplinare la riammissione, fra Stati membri, con riguardo, ovviamente, ai soli cittadini di Stati terzi¹⁴⁰. La proposta indicava i criteri a fronte dei quali doveva sorgere l'obbligo di riammissione: ciascuno Stato membro doveva riammettere lo straniero cui aveva rilasciato un titolo di soggiorno o un visto validi, che avesse fatto ingresso illegale nel suo territorio (s'intende, ove non vi si trovasse più) e, infine, lo straniero rispetto al quale avesse iniziato ad attuare una misura di rimpatrio. La proposta, benché volta a colmare una lacuna significativa

¹³⁹ Per un panorama degli accordi in parola si vedano NASCIBENE, *op. cit.*, p. 301 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 242 ss.

¹⁴⁰ Iniziativa della Repubblica di Finlandia ai fini dell'adozione di un regolamento del Consiglio concernente la determinazione degli obblighi fra gli Stati membri per la riammissione di cittadini di Stati terzi, in GUCE C 353 del 7 dicembre 1999, p. 6 ss.

nella disciplina della riammissione, è stata tuttavia respinta dal Parlamento europeo perché, fra l'altro, «non [...] ispirata da una vera visione strategica»¹⁴¹.

¹⁴¹ La risoluzione del PE è pubblicata in GUCE C 59 del 23 febbraio 2001, p. 306. Per le motivazioni che hanno indotto il PE al rifiuto, si vedano le relazioni della commissione per le libertà e i diritti dei cittadini, la giustizia e gli affari interni e della commissione giuridica per il mercato interno, in doc. A5-0110/2000 (<http://www.eur-lex.europa.eu>).

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA RELATIVA AI CITTADINI DI STATI TERZI “PRIVILEGIATI”

3.1 IL VINCOLO FAMILIARE

3.1.1 L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA TRA LIBERA CIRCOLAZIONE DEI LAVORATORI E RISPETTO DEI DIRITTI UMANI — La prima categoria di stranieri che beneficia di un regime “speciale” è quella dei familiari del cittadino comunitario: in effetti, non solo siffatta categoria è, fra quelle esaminate in questo capitolo, quella che gode del regime più favorevole, ma pure essa costituisce il principale bacino dell'immigrazione nell'Unione europea, fino al punto che gli organi della CE hanno dovuto tentare di arginare, assieme agli Stati membri, il fenomeno dei cd. matrimoni di convenienza¹. La materia in esame è stata, fino a tempi recenti, affidata alla disciplina di un frammentario sistema di norme, la cui caratteristica comune era quella di muovere da una logica mercantile delle libertà in parola². Il diritto comunitario derivato prevedeva, infatti, varie ipotesi di ricongiungimento familiare solo in quanto gli ostacoli che si fossero frapposti ad esso avrebbero potuto impedire la libera circolazione dei lavoratori. In altre parole, la circostanza che un lavoratore che usufruiva di una delle libertà previste dal Trattato non potesse portare con sé i membri della propria famiglia poteva dissuaderlo dallo spostarsi e, in definitiva, ostacolarne la libera circolazione³.

¹ Si veda la risoluzione del Consiglio del 4 dicembre 1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, in GUCE C 382 del 16 dicembre 1997, p. 1 s. Sul punto vedano pure i contributi nei volumi 3 e 4 del 2006 dello *EJML* dedicati al tema e, in particolare, DE HART, «Introduction: The Marriage of Convenience in European Immigration Law», *EJML*, 2006, p. 251 ss., DIGRUBER, MESSINGER, «Marriage of Residence in Austria», 2006, p. 281 ss., FOLETS, VANHEULE, «Marriages of Convenience in Belgium: the Punitive Approach gains Ground in Migration Law», *EJML*, 2006, p. 263 ss., e WRAY, «An Ideal Husband? Marriages of Convenience, Moral Gate-keeping and Immigration to the UK», 2006, p. 303 ss.

² Sulla disciplina dei ricongiungimenti precedente alla direttiva 2004/38, si rimanda all'ampia disamina di BARRETT, «Family Matters: European Community and Third-Country Family Members», *CMLR*, 2003, p. 369 ss.

³ Sull'accessorietà del ricongiungimento familiare rispetto alla libera circolazione dei lavoratori si veda, per tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985, causa 267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlino (Diatta)*, in *Racc.*, 1985, p. 567 ss., punto 21. In dottrina, MISSORICI, ROMANO, «Libertà di circolazione e soggiorno: i cittadini degli Stati terzi tra cittadinanza europea e politica delle migrazioni», *RIDU*, 1998, p. 44, ROSSI, «Gli stranieri», in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato*

Da ciò derivava una prima e fondamentale conseguenza: la posizione dei familiari veniva presa in considerazione dal diritto comunitario solo in quanto e nella misura in cui il lavoratore aveva usufruito delle libertà stabilite dal Trattato. Quindi, da una parte i diritti dei familiari erano del tutto accessori rispetto alla posizione del lavoratore⁴, mentre, dall'altra, la facoltà degli Stati membri di concedere il ricongiungimento ad individui che non avessero esercitato le libertà previste dal Trattato rimaneva immune dall'influenza del diritto comunitario⁵. Gli organi della CE, basandosi ora sull'art. 39 per i lavoratori dipendenti, ora sull'art. 43 per il diritto di stabilimento, ora sull'art. 49 per i servizi, avevano emanato un'articolata serie di atti derivati, distinguendo le posizioni dei familiari a seconda di quella, principale, del lavoratore. Il regolamento 1612/68⁶ e la direttiva 68/360⁷ fissavano le condizioni del ricongiungimento per i familiari del lavoratore dipendente, cui si aggiungevano, relativamente al lavoratore (dipendente) che avesse cessato la propria attività il regolamento 1251/70⁸ e la direttiva 90/365⁹. Per i familiari dei lavoratori autonomi provvedevano, invece, la direttiva 73/148¹⁰ e, nell'ipotesi di cessazione dell'attività,

dell'Unione europea, I, Torino, 2000, p. 129, e ADINOLFI, «La libertà di circolazione delle persone», in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, 2005, p. 69.

⁴ Cfr. BARRETT, *op. cit.*, p. 371.

⁵ Sull'esclusione delle situazioni puramente interne si vedano, per tutte, le sentenze della Corte di giustizia del 27 ottobre 1982, cause riunite 35 e 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson c. Stato dei Paesi Bassi e Capo della polizia locale ai sensi della Vreemdelingenwet; Sewradjie Jhanjan c. Stato dei Paesi Bassi (Morson)*, in *Racc.*, 1982, p. 3723 ss., punto 15 s., e dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department (Carpenter)*, in *Racc.*, 2002, p. I-6279 ss., punto 28.

⁶ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2 ss.

⁷ Direttiva 68/360/CEE del Consiglio del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità, in GUCE L 257 del 19 ottobre 1968, p. 13 ss.

⁸ Regolamento (CEE) n. 1251/70 della Commissione del 29 giugno 1970, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego, in GUCE L 142 del 30 giugno 1970, p. 24 ss.

⁹ Direttiva 90/365/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, p. 28 s.

¹⁰ Direttiva 73/148/CEE del Consiglio del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, in GUCE L 172 del 28 giugno 1973, p. 14 ss.

la direttiva 75/34¹¹ e la citata direttiva 90/365. Quanto ai familiari dei prestatori di servizi, la disciplina era contenuta nella citata direttiva 73/148¹².

I primi segnali di “emancipazione” dalla logica mercantile si sono avuti con il riconoscimento delle libertà in parola agli individui (e loro familiari) economicamente non attivi, attuato con la direttiva 90/364¹³. D'altra parte, peraltro, iniziava a farsi largo nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'idea che il ricongiungimento familiare rispondesse anche ad una logica di protezione dei diritti umani quale, in particolare, quello riconosciuto dall'art. 8 della CEDU¹⁴. Già con il Trattato di Maastricht si ha un deciso superamento della visione strettamente legata al mercato: con esso, infatti, viene introdotta nel diritto dell'UE la cittadinanza europea con la quale le libertà di circolazione e soggiorno, che in precedenza venivano vincolate allo svolgimento di un'attività economica, diventano un attributo di ogni cittadino (e suo familiare), a prescindere dalla sua appartenenza al mercato del lavoro¹⁵. Le norme in discorso, contenute nell'art. 17 ss. TUE, sono state attuate compiutamente solo di recente, con la direttiva 2004/38¹⁶. Essa ha sostituito (e

¹¹ Direttiva 75/34/CEE del Consiglio del 17 dicembre 1974, relativa al diritto di un cittadino di uno Stato membro di rimanere sul territorio di un altro Stato membro dopo avervi svolto un'attività non salariata.

¹² Per i servizi, come noto, non si era previsto un regime di soggiorno dopo la cessazione dell'attività in quanto già la libera circolazione di chi li presta non implica, come noto, un diritto di soggiorno. Cfr. MATTERA, «*Civis europaeus sum*». La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 (*ex* articolo 8A) del trattato CE», *DUE*, 1999, p. 438 s.

¹³ Direttiva 90/364/CEE del Consiglio del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in GUCE L 180 del 13 luglio 1990, p. 26 s.

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1989, causa 249/86, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1989, p. 1263 ss., punto 10.

¹⁵ Sul significato della cittadinanza dell'Unione rispetto alla libera circolazione delle persone si vedano ADAM, «Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione europea», *RDI*, 1992, p. 635 ss., NASCIBENE, «Profili della cittadinanza dell'Unione europea», *RIDU*, 1995, p. 255 ss., VILLANI, «La cittadinanza dell'Unione europea», in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, *Diritto internazionale*, Bari, 1995, p. 1012 ss., MATTERA, *op. cit.*, p. 450 ss., e ROSSI, «I cittadini», in TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 114 ss.

¹⁶ 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 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, in GUUE L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss.

abrogato) interamente la disciplina previgente, eliminando, da una parte, alcune incoerenze di fondo¹⁷, dovute al mancato coordinamento di atti spesso adottati a distanza di molti anni, e adeguando, dall'altra, la disciplina alle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia. Giova tuttavia notare che solo con il Trattato di Amsterdam il vincolo familiare assume una posizione autonoma, indipendente non solo dalle esigenze del mercato, ma pure dall'effettivo esercizio della libertà di circolazione. L'art. 63, primo comma, n. 3, lett. a) assegna alla Comunità la competenza ad adottare misure relative al «rilascio [...] di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare». Il Consiglio, basandosi su siffatta competenza, ha adottato la direttiva 2003/86¹⁸, che investe sia la categoria dei cittadini di Stati terzi residenti nel territorio di uno Stato membro che quella dei rifugiati. Rimandando l'analisi della disciplina del vincolo familiare relativamente alle altre categorie "privilegiate" di stranieri ai paragrafi successivi, ci occuperemo qui delle norme contenute nella direttiva 2004/38.

3.1.2 I FAMILIARI DEL CITTADINO COMUNITARIO: A) IL CAMPO DI APPLICAZIONE — Come detto in precedenza, la direttiva 2004/38 si applica solo nella misura in cui il cittadino comunitario usufruisca delle libertà di circolazione e soggiorno previste dall'art. 18. Ciò significa che il diritto CE non prende in considerazione tutte quelle ipotesi "puramente interne" nelle quali non venga in rilievo l'art. 18: rimangono quindi nell'ambito della disciplina statale le ipotesi di ricongiungimento invocate da un cittadino comunitario che non si sia spostato all'interno del territorio dell'Unione. In altre parole, un individuo che risieda nello Stato membro di cui è cittadino non potrà invocare le norme della direttiva 2004/38¹⁹. La Corte di giustizia ha chiarito più volte

¹⁷ Così CARACCILO DI TORELLA, MASSELOT, «Under construction: EU family law», *ELR*, 2004, p. 36.

¹⁸ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

¹⁹ Tale affermazione vale, naturalmente, solo nella misura in cui l'individuo residente nello Stato membro di cui è cittadino non rientri comunque in una delle categorie di lavoratori prese in considerazione dal Trattato. Siffatta possibilità diviene concreta soprattutto in relazione ai servizi che, come noto, assumono un rilievo "comunitario" anche in assenza di uno spostamento fisico del lavoratore. In effetti, così si è espressa la Corte nella sentenza *Carpenter*, cit., punto 29.

il concetto in relazione alla disciplina previgente, che tuttavia non differiva, in questo, dalla direttiva citata. Nella sentenza *Morson* essa ha affermato che «le disposizioni del Trattato e la normativa adottata per la loro attuazione in materia di libera circolazione dei lavoratori non si possono applicare a situazioni che non hanno alcun nesso con una qualsiasi delle situazioni considerate dal diritto comunitario»²⁰, aggiungendo come ciò corrisponda a «quanto avviene certamente per i lavoratori che non hanno mai esercitato il diritto di libera circolazione all'interno della Comunità»²¹. È opportuno notare come la preclusione in esame venga meno quando il lavoratore, che aveva già esercitato il diritto alla libera circolazione, torni nel proprio paese di origine. Ciò perché, secondo la Corte, nel momento in cui fa ritorno nel proprio paese di origine, tale individuo non esercita i propri diritti (nazionali) di cittadinanza, bensì le libertà previste dal Trattato, di tal che il suo ritorno nel paese di origine deve essere considerato al pari di uno spostamento verso un qualunque altro Stato membro²².

Quanto alla cerchia dei familiari cui sono rivolte le norme in parola, essa, secondo l'art. 2 della direttiva 2004/38, comprende: il coniuge, cui è equiparato il partner che abbia contratto col cittadino un'unione registrata in base alla legislazione di uno Stato membro; i discendenti diretti di entrambi, o di uno solo dei due²³, di età inferiore ai 21 anni; i discendenti e gli ascendenti diretti a carico. La

²⁰ Sentenza *Morson*, cit., punto 16. Sul punto si veda anche BARRETT, *op. cit.*, p. 377 s.

²¹ *Ibid.*, punto 17. Si vedano pure, limitatamente alla situazione dei familiari, le sentenze della Corte di giustizia del 17 dicembre 1987, causa 147/87, *Saada Zaoui c. Caisse Régionale d'Assurance Maladie de l'Île de France (C.R.A.M.I.F.)*, in *Racc.*, 1987, p. 5511 ss., punto 15 s., del 18 ottobre 1990, cause riunite 297/88 e C-197/89, *Massam Dzodzi c. Etat Belge*, in *Racc.*, 1990, p. I-3763 ss., punto 23 s., del 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Ettien Koua Poirrez c. Caisse d'allocation familiales de la Région parisienne, sostituita dalla Caisse d'allocation familiales de la Seine-Saint-Denis*, in *Racc.*, 1992, p. I-6685 ss., punto 10 ss., del 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c. Kari Uecker e Vera Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1997, p. I-3171 ss., punto 16 ss.,

²² Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department (Singh)*, in *Racc.*, 1992, p. I-4265 ss., punto 21 ss.

²³ Nella disciplina antecedente la direttiva non erano esplicitamente inclusi quali familiari i discendenti di uno solo dei coniugi e, in particolare, del coniuge cittadino di Stato terzo. La Corte di giustizia, tuttavia, aveva già esteso a costoro i diritti riconosciuti dagli articoli 10 e 12 del regolamento

direttiva in esame innova così la precedente disciplina in quanto inserisce fra i beneficiari anche coloro che siano legati da un'unione registrata²⁴. Va da sé che il diritto comunitario non impone in alcun modo agli Stati membri di inserire nelle proprie legislazioni le unioni registrate, ma solo le equipara, ove previste e ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/38, al rapporto coniugale²⁵. In verità va detto che la Corte di giustizia, benché da una parte abbia interpretato in senso stretto la nozione di rapporto coniugale relativamente al regolamento 1612/68²⁶, ha affermato, dall'altra, che la possibilità di farsi raggiungere dal partner è equiparabile ad un vantaggio sociale, per cui, ove la legislazione di uno Stato membro consenta ai propri cittadini di ricongiungersi col partner straniero (s'intende, anche in assenza di un'unione registrata, ipotesi che peraltro il regolamento 1612/68 non contemplava), tale diritto deve essere accordato anche ai cittadini degli altri Stati membri²⁷. In tal caso, l'estensione deriva dal principio di non discriminazione di cui all'art. 12 TCE, in combinato con l'art. 39 TCE. Dal momento che la direttiva 2004/38 non si spinge verso il riconoscimento di una nozione così larga di "famiglia", la giurisprudenza in parola mantiene la propria rilevanza. La Corte di giustizia si è pure soffermata su alcuni aspetti della nozione di famiglia, precisando che, per poter usufruire del ricongiungimento, non è necessaria la convivenza tra i coniugi e che «il vincolo non può considerarsi sciolto fintantoché non vi sia stato posto fine dalla competente autorità, ciò che non avviene nel caso dei coniugi che vivono semplicemente

1612/68 con la sentenza del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department (Baumbast)*, in *Racc.*, 2002, p. I-7091 ss., sulla quale si veda VAN DER MEI, «Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship», *EJML*, 2003, p. 419 ss.

²⁴ Vedi URBANO DE SOUSA, «Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE», in CARLIER, GUILD (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, 2006, p. 105.

²⁵ Sul punto e, in particolare, sulla questione delle unioni fra persone dello stesso sesso, si veda, ancora, URBANO DE SOUSA, *op. cit.*, p. 105 ss.

²⁶ Per tutte si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 1986, causa 59/85, *Stato dei Paesi Bassi c. Ann Florence Reed*, in *Racc.*, 1986, p. 1283 ss., punto 15

²⁷ *Ibid.*, punto 28 s. Per considerazioni critiche sulla giurisprudenza in parola, soprattutto alla luce dell'art. 8 della CEDU, si veda PALLARO, «Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita private e familiare», *RIDU*, 1998, p. 455 ss.

separati, nemmeno quando hanno intenzione di divorziare in seguito»²⁸. Oggi, peraltro, come diremo appresso, neppure la pronuncia della sentenza di divorzio comporta, di necessità, il venir meno dei diritti dei familiari, come vuole l'art. 13 della direttiva 2004/38. Nulla dice invece la direttiva in esame, né peraltro la normativa previgente, sulla possibilità che rientrino nella nozione di famiglia i matrimoni poligami, i quali - deve aggiungersi - sono parte di alcune culture da cui provengono i flussi di immigrati nell'Unione europea. Secondo autorevole opinione²⁹, è dubbio che la seconda moglie di un cittadino comunitario possa usufruire delle libertà previste dal Trattato. Può qui solo aggiungersi che una siffatta limitazione dovrebbe operare solo nella misura in cui il primo coniuge abbia fruito del ricongiungimento. Più in generale, tuttavia, si deve rilevare come una siffatta limitazione possa tradursi in una discriminazione su base religiosa la quale, benché non sia vietata dall'art. 12 TCE, mal si concilia con il richiamo che l'art. 6 TUE opera verso i diritti fondamentali e con la stessa Carta di Nizza che, oltre a ribadire la libertà di religione, impone, all'art. 21, il divieto di discriminazione su base religiosa

La Corte ha anche avuto modo di chiarire l'estensione del vincolo economico tra il cittadino e i propri familiari, in particolare affermando che la condizione di familiare a carico deve evincersi da una situazione di fatto, in virtù della quale un lavoratore fornisce il proprio sostegno al familiare, «senza che sia necessario determinarne i motivi, né chiedersi se l'interessato sia in grado di provvedere a se stesso esercitando un'attività retribuita»³⁰. Quanto alla portata della nozione di "familiari a carico", la Corte ha recentemente precisato che, per stabilire ciò, «lo Stato membro ospitante deve valutare se, alla luce delle loro condizioni economiche

²⁸ Sentenza *Diatta*, cit., punti 18 e 20. La Corte ha poi esteso il ragionamento anche agli altri familiari, e in particolare ai figli, nella sentenza *Baumbast*, cit., punto 62.

²⁹ HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 183, il quale peraltro riporta, in tal senso, una sentenza della Corte Federale Amministrativa tedesca.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles c. Marie-Christine Lebon*, in *Racc.*, 1987, p. 2811 ss., punto 22.

e sociali, essi non sono in grado di sopperire ai loro bisogni essenziali»³¹. Non solo: in una nota sentenza, la Corte ha anche invertito i termini del problema, posta di fronte al caso di una familiare, cittadina cinese, a carico della quale viveva la figlia, cittadina comunitaria³². Benché, come la Corte stessa ha riconosciuto, la madre non potesse invocare la qualità di ascendente a carico, negare alla figlia il sostegno economico e materiale della madre avrebbe privato «di qualsiasi effetto utile» il suo diritto di soggiorno³³.

L'art. 3 della direttiva 2004/38 prende in considerazione anche familiari diversi da quelli indicati nell'art. 2: in particolare, ogni altro familiare «se è carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione [...] o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente»; infine, «il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata». Rispetto a siffatte categorie, tuttavia, la direttiva non impone gli obblighi stringenti previsti relativamente agli altri familiari. Infatti, essa si limita a stabilire che gli Stati membri, dopo «un esame approfondito della situazione personale», ne agevolano l'ingresso e il soggiorno e, in caso di diniego, ne diano giustificazione.

Si è detto in precedenza come non sia raro che le norme sul ricongiungimento siano utilizzate in modo fraudolento quale canale di ingresso privilegiato nel territorio dell'Unione. Benché la normativa previgente non prendesse in considerazione tale ipotesi, la Corte di giustizia aveva già affermato che «l'art. 10 del regolamento n. 1612/68 non è applicabile quando il cittadino di uno Stato membro e il cittadino di un paese terzo hanno contratto un matrimonio di comodo, al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini di Stati

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2007, causa C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket (Jia)*, non ancora pubblicata in *Racc.*, reperibile online su (<http://www.eur-lex.europa.eu>), punto 37.

³² Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department (Chen)*, in *Racc.*, 2004, p. I-9925 ss., sulla quale si vedano BERGAMINI, «Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto», *DUE*, 2006, p. 347 ss., e KUNOY, «A Union of National Citizens: the Origins of the Court's Lack of *Avant-gardisme* in the *Chen* Case», *CMLR*, 2006, p. 179 ss.

³³ Sentenza *Chen*, cit., punto 44 ss.

terzi»³⁴. La direttiva 2004/38, sia recependo le indicazioni della Corte, sia rispondendo ad un problema manifestato dalla prassi, rimette agli Stati membri «le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio»³⁵.

3.1.3 SEGUE: B) L'INGRESSO DEL FAMILIARE — L'ingresso del familiare del cittadino comunitario è regolato dall'art. 5 della direttiva 2004/38, il quale ha peraltro innovato alla precedente disciplina. La norma in parola, facendo salvi i controlli dei documenti di viaggio alle frontiere nazionali³⁶, impone agli Stati di ammettere i familiari dei cittadini comunitari a condizione che: siano muniti di un passaporto valido; siano dotati del visto, se richiesto dal regolamento 539/2001³⁷, ovvero di una carta di soggiorno che attesti la qualità di familiari di cittadino dell'Unione, secondo l'art. 10 della direttiva stessa; non vi siano ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica che, nei limiti previsti dalla direttiva, lo Stato possa invocare per impedire l'ingresso. La disposizione in esame non menziona più il requisito, previsto dall'art. 10 del regolamento 1612/68, della disponibilità, da parte del lavoratore (ora del cittadino) di un «alloggio che sia considerato normale per i lavoratori nazionali nella regione in cui è occupato». Come la dottrina ha

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich (Akrich)*, in *Racc.*, 2003, p. I-9607 ss., punto 61. Per un precedente, si veda la sentenza *Singh*, cit., punto 24.

³⁵ Art. 35 della direttiva 2004/38. Una norma analoga è prevista dall'art. 16, par. 2, lett. b) della citata direttiva 2003/86.

³⁶ Controlli che, come detto nel cap. II, da una parte, sono soppressi, in linea di massima, alle frontiere intracomunitarie, mentre, dall'altra, sono regolati dal regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), in GUUE L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss., il quale, peraltro, ne prevede di minimi per i cittadini comunitari e per i loro familiari in quanto beneficiari della libera circolazione.

³⁷ Regolamento (CE) 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, in GUCE L 81 del 21 marzo 2001, p. 2 ss

evidenziato³⁸, la modifica è parsa opportuna in quanto il requisito dell'alloggio finiva per costituire un «ostacolo rilevante» per la libera circolazione.

L'art. 5, par. 2, secondo comma della direttiva impone agli Stati di concedere ai familiari «ogni agevolazione» ai fini dell'ottenimento del visto. Benché la formulazione della norma sembri lasciare spazio alla discrezionalità statale, è da ritenere, assieme alla dottrina³⁹, che il familiare goda di un vero e proprio diritto all'ottenimento del visto, che lo Stato può limitare solo per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. Il ricorso a tali motivi è in effetti disciplinato dalla direttiva 2004/38 attraverso norme specifiche, previste nel capo VI. Ciò, a ben vedere, costituisce testimonianza del fatto che lo Stato non può, nel rilasciare i visti ai familiari, fare esclusivamente leva sulle norme generali in materia di visti, norme che lasciano, come detto sopra, più ampi spazi di discrezionalità. D'altra parte, ciò è quanto si evince da una recente giurisprudenza della Corte, secondo cui la nozione di ordine pubblico contenuta nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen non coincide con quella prevista dalla normativa derivata⁴⁰. La direttiva tace sui tempi di rilascio del visto: a tale lacuna ha sopperito la Corte, secondo cui tale rilascio deve avvenire «immediatamente e, nella misura del possibile, nei luoghi di ingresso nel territorio nazionale»⁴¹.

La stessa Corte, in relazione al precedente regime, aveva affermato che uno Stato membro non può, in assenza del requisito del visto e finanche ove il coniuge (ma l'affermazione può essere estesa, *mutatis mutandis*, ai familiari in generale) sia privo di un documento di identità valido, procedere senz'altro al respingimento «quando il detto coniuge può provare la sua identità nonché il legame coniugale e se

³⁸ ADINOLFI, *op. cit.*, p. 145 s. Detto requisito, peraltro, come messo in luce da BARRETT, *op. cit.*, p. 383, non era formulato in termini del tutto chiari.

³⁹ ADINOLFI, *op. cit.*, p. 148 s. Una conclusione analoga, invece, non poteva trarsi dalla disciplina contenuta nel regolamento 1612/68. Cfr. MISSORICI, ROMANO, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna (Commissione c. Spagna)*, in *Racc.*, 2006, p. I-1097 ss., punto 48.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belga (MRAX)*, in *Racc.*, 2002, p. I-6591 ss., punto 60.

non esistono elementi in grado di stabilire che egli rappresenti un pericolo per l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o la sanità pubblica»⁴². Il legislatore comunitario pare aver recepito l'indirizzo giurisprudenziale, tanto che l'art. 5, par. 4 della direttiva 2004/38 stabilisce che, nel caso in cui il familiare sia sprovvisto dei documenti richiesti, lo Stato deve concedergli, prima di procedere al respingimento, «ogni possibile agevolazione affinché possa ottenere o far pervenire entro un periodo di tempo ragionevole i documenti necessari, oppure possa dimostrare o attestare con altri mezzi la qualifica di titolare del diritto di libera circolazione». Non si può peraltro escludere che, ove il familiare sia in possesso di un documento di identità sprovvisto del visto necessario, possano trovare applicazione le disposizioni del regolamento 415/03⁴³ e che, quindi, le autorità possano, in presenza degli altri requisiti richiesti dall'art. 5 della direttiva 2004/38, rilasciare detto visto direttamente alla frontiera. D'altra parte, nemmeno è escluso che tale eventualità possa configurarsi come un dovere dello Stato, giusta l'indicazione, contenuta nella sentenza *MRAX* sopra citata, secondo cui il rilascio del visto dovrebbe avvenire, di regola, nei luoghi di ingresso nel territorio nazionale.

Sempre in relazione alla previgente disciplina, la Corte ha affermato, in una criticata sentenza⁴⁴, la necessità che, per poter fruire della libera circolazione, il familiare cittadino di uno Stato terzo debba avere, in precedenza, soggiornato legalmente nel territorio di un qualunque Stato membro. In assenza di tale requisito, lo Stato membro verso cui il cittadino comunitario si spostasse potrebbe legittimamente negare l'ingresso ai familiari di costui. In verità, l'affermazione della Corte va presa *cum grano salis*: il giudice nazionale, infatti, intendeva conoscere la portata della sentenza *Singh* nella quale, come si è detto poco sopra, la Corte aveva affermato che il lavoratore il quale, dopo avere esercitato il diritto alla libera

⁴² *Ibid.*, punto 62.

⁴³ Regolamento (CE) n. 415/2003 del Consiglio del 27 febbraio 2003, relativo al rilascio di visti alla frontiera, compreso il rilascio di visti a marittimi in transito, in GUUE L 64 del 7 marzo 2003, p. 1 ss

⁴⁴ Si tratta della sentenza *Akrich*, cit., punto 50. In senso critico, ADINOLFI, *op. cit.*, p. 149 s.

circolazione, torni nel paese di cittadinanza gode delle stesse libertà che il Trattato gli accorderebbe ove egli fosse diretto verso un qualunque altro Stato membro. Si trattava, allora, di stabilire se l'estensione del principio fosse tale da consentire al familiare, precedentemente espulso dal paese di origine del lavoratore, di seguire costui verso quello stesso paese. La Corte ha negato che la giurisprudenza *Singh* potesse essere sospinta fino a tal punto, precisando, tuttavia, che siffatto indirizzo restrittivo andava circoscritto alla particolare situazione in causa. E in effetti, come essa ha avuto modo di chiarire di recente⁴⁵, quanto stabilito nella sentenza *Akrich* non può essere generalizzato a tal punto da aggiungere alle condizioni previste dalle norme derivate quella, ulteriore, del precedente soggiorno regolare.

Come si diceva poc'anzi, la direttiva in esame specifica le modalità attraverso cui gli Stati possono fare ricorso ai limiti costituiti dall'ordine pubblico, dalla pubblica sicurezza e dalla sanità pubblica. Intanto, l'art. 27 afferma che tali limitazioni possono essere invocate dagli Stati rispetto alla libertà di circolazione in generale. Da ciò si deduce che le norme contenute nel capo VI e che tracciano i confini della discrezionalità statale si applicano tanto ai provvedimenti relativi all'ingresso, quanto a quelli concernenti il soggiorno e l'allontanamento. Lo stesso art. 27 pone alcuni principi di carattere generale cui la condotta statale deve attenersi nel limitare i diritti dei cittadini e dei loro familiari: i motivi menzionati non possono essere invocati «per fini economici»; i provvedimenti che fanno leva sui motivi di ordine e sicurezza pubblici devono rispettare il principio di proporzionalità e debbono poggiare su ragioni specifiche relative al comportamento personale di colui cui sono diretti. In particolare, il comportamento personale «deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società». Ove necessario, lo Stato membro può chiedere informazioni allo Stato d'origine o anche ad altri Stati membri in ordine ai precedenti penali di chi si sospetta possa costituire una minaccia per l'ordine e la

⁴⁵ Sentenza *Jia*, cit., punto 25 ss.

sicurezza pubblici. Per quanto concerne i motivi di sanità pubblica, l'art. 29 rinvia alle definizioni fornite dall'Organizzazione mondiale della sanità relativamente alle malattie con potenziale epidemico, aggiungendo ad esse le altre malattie infettive o parassitarie contagiose.

La Corte di giustizia si è soffermata più volte sull'estensione dei limiti in esame. Essa ha affermato che essi vanno intesi restrittivamente anche in relazione ai familiari cittadini di Stati terzi⁴⁶. Da ciò la Corte ha ricavato come non sia possibile presumere la pericolosità di un individuo solo per essere questi segnalato nel SIS ai fini della non ammissione. Secondo la Corte, infatti, «tale indizio dev'essere corroborato da informazioni che consentano allo Stato membro [...] di constatare, prima di rifiutare l'ingresso nello spazio Schengen, che la presenza dell'interessato nel detto spazio costituisce una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività»⁴⁷. In altre parole, la Corte impone agli Stati membri una seria analisi della situazione dello straniero in presenza di un interesse che va tutelato, anche alla luce dell'art. 8 della CEDU, quale quello all'unità familiare.

La direttiva 2004/38 fissa anche alcuni vincoli procedurali cui gli Stati debbono attenersi nell'adottare provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione. L'art. 30 stabilisce, infatti, che tali provvedimenti devono essere notificati per iscritto all'interessato e che, salvo sia necessario salvaguardare la sicurezza dello Stato, essi devono contenere l'indicazione dei motivi circostanziati che ne costituiscono la base. Detti provvedimenti, infine, devono indicare quale sia l'organo competente cui l'interessato può proporre ricorso ed entro quale termine, che tuttavia non può essere inferiore ad un mese dalla data di notificazione.

3.1.4 SEGUE: C) IL DIRITTO DI SOGGIORNO DEL FAMILIARE — Una volta che il cittadino e i suoi familiari abbiano fatto ingresso nel territorio di uno Stato membro, ad essi il

⁴⁶ Sentenza *Commissione c. Spagna*, cit., punto 45 ss.

⁴⁷ *Ibid.*, punto 53.

diritto comunitario riconosce un diritto di soggiorno, distinguendo a seconda della durata. Secondo quanto può evincersi dalla giurisprudenza della Corte, il soggiorno, come l'ingresso, è oggetto di un vero e proprio diritto⁴⁸. Non potrebbe, in effetti, essere altrimenti dal momento che esso è accessorio a quello del titolare principale, diritto questo che viene per giunta disposto direttamente dal Trattato. Una prima tipologia è quella prevista dall'art. 6 della direttiva 2004/38, secondo cui, ove non superi i tre mesi, il diritto di soggiorno non è soggetto ad alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto valido. Ci si potrebbe chiedere in che modo le autorità siano messe in grado di accertare la durata del soggiorno inferiore a tre mesi, giusta l'assenza di qualsiasi formalità. Ebbene, per i familiari cittadini di Stati terzi provvede l'art. 10, par. 2, primo comma del regolamento 562/2006, secondo cui il timbro d'ingresso viene apposto dalle autorità di frontiera sui documenti di viaggio di detti familiari. In tal modo, gli Stati membri possono verificare la durata del soggiorno e, se esso supera i tre mesi, accertare se il familiare abbia titolo per un soggiorno superiore. Il regolamento in parola, tuttavia, tace per ciò che concerne i cittadini e i loro familiari, cittadini di un altro Stato membro. A tale mancanza potrebbe ovviare l'art. 5, par. 5 della direttiva 2004/38, secondo cui gli Stati membri possono imporre a costoro di «dichiarare la propria presenza nel territorio nazionale entro un termine ragionevole».

Per un soggiorno superiore a tre mesi, invece, la direttiva in esame prevede alcune condizioni, le quali peraltro ricalcano, in linea di massima, quelle previste dalla disciplina previgente. L'art. 7 stabilisce, infatti, che i familiari cittadini di Stati terzi godono di un siffatto diritto di soggiorno ove il cittadino comunitario, titolare della posizione principale, soddisfi una delle seguenti condizioni: sia un lavoratore subordinato o autonomo; disponga, per sé e per i suoi familiari, di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione malattia; segua un corso di formazione professionale e disponga per sé di un'assicurazione malattia e, anche per i suoi

⁴⁸ Secondo l'indicazione contenuta nella sentenza *MRAX*, cit., punto 74, infatti, il rilascio della carta di soggiorno non ha valore costitutivo del diritto di soggiorno, il quale discende dalle norme derivate.

familiari, di risorse economiche sufficienti. L'art. 7, par. 3 stabilisce, inoltre, che il lavoratore conserva tale qualità anche dopo avere cessato l'attività, ove ricorrano talune condizioni, quale, ad esempio, l'inabilità temporanea a seguito di malattia o infortunio⁴⁹. Nel caso del cittadino che esercita il diritto alla libera circolazione in quanto iscritto ad un corso di formazione professionale, la cerchia dei familiari che possono seguirlo è più ristretta rispetto alle altre ipotesi: infatti, in tal caso, la libertà di circolazione si estende solamente al coniuge, al partner con cui il cittadino abbia contratto un'unione registrata e ai figli a carico, mentre ne sono esclusi, in deroga a quanto previsto dall'art. 2, n. 2 della direttiva, gli ascendenti diretti. Ad essi, tuttavia, si applica l'art. 3, par. 2, secondo cui gli Stati membri agevolano l'ingresso e il soggiorno degli altri familiari.

Ai familiari, cittadini di Stati terzi, titolari di un diritto di soggiorno superiore a tre mesi gli Stati membri rilasciano una carta di soggiorno, la quale deve essere richiesta non prima di tre mesi dall'ingresso: ciò perché, prima dello spirare di tale termine, detti familiari godono di un diritto di soggiorno il cui esercizio non è subordinato ad alcuna formalità. L'art. 10 della direttiva 2004/38 stabilisce pure che gli Stati membri provvedano a rilasciare la carta di soggiorno entro un termine di sei mesi dalla presentazione della domanda. Naturalmente, ai fini del rilascio della carta, gli Stati membri possono richiedere al familiare i documenti necessari a provare l'esistenza del diritto di soggiorno: un passaporto valido, che ne certifichi l'identità; un documento che attesti la qualità di familiare; la prova che il cittadino titolare della posizione principale soggiorni nello Stato membro cui la domanda è rivolta; la prova, se necessario, di essere a carico del cittadino comunitario. Manca, invece, una indicazione della prova che il cittadino comunitario disponga, per i propri familiari (oltre che per sé), di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia. Tali requisiti,

⁴⁹ Le altre condizioni sono: il cittadino si trova nella condizione di disoccupazione involontaria dopo avere esercitato un'attività per oltre un anno ed è iscritto presso le liste dell'ufficio di collocamento (se l'attività è stata esercitata per meno di un anno il lavoratore conserva tale qualità solo per un periodo di minimo sei mesi); il cittadino segue un corso professionale collegato con l'attività svolta.

tuttavia, possono essere accertati dagli Stati membri attraverso la richiesta di iscrizione del cittadino comunitario stesso presso le autorità competenti: ai fini del rilascio del relativo attestato, infatti, lo Stato membro può chiedere al cittadino comunitario di fornire la prova che le suddette condizioni siano soddisfatte. La carta ha una validità pari alla durata prevista del soggiorno e per un massimo di cinque anni. Ciò costituisce la naturale conseguenza dell'acquisizione, trascorsi appunto cinque anni, di un diritto di soggiorno permanente, sul quale torneremo a breve.

La novità di maggior rilievo introdotta dalla direttiva 2004/38, alla quale la disciplina previgente dedicava poco spazio⁵⁰, è costituita dalla previsione di alcune ipotesi nelle quali i familiari del cittadino conservano il diritto di soggiorno, anche ove venga meno il diritto cui essi accedono, vale a dire quello di cui è titolare il cittadino comunitario. In primo luogo, l'art. 12 stabilisce le condizioni di detta conservazione in caso di decesso o di partenza del cittadino, distinguendo, in verità, tra familiari aventi e non aventi la cittadinanza di uno Stato membro: i secondi, infatti, al contrario dei primi, mantengono il diritto di soggiorno solo se hanno soggiornato nello Stato membro che li ospita almeno per un anno prima del decesso del cittadino comunitario. Non solo: essi, qui analogamente a quanto disposto per i familiari cittadini di uno Stato membro, devono esercitare un'attività lavorativa o disporre, per sé e per i propri familiari, di risorse sufficienti e, in ogni caso, di un'assicurazione malattia. Si profila, in tal modo, non solo la possibilità per il familiare cittadino di Stato terzo di acquisire un diritto di soggiorno autonomo, ma anche di garantire ai suoi familiari il ricongiungimento a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste per i residenti "comuni" dalla direttiva 2003/86. Meno rigorose sono le disposizioni della direttiva 2004/38 rispetto ai figli e al genitore che

⁵⁰ L'art. 3 del regolamento 1251/70 stabiliva le condizioni alle quali i familiari del lavoratore che aveva acquisito il diritto al soggiorno permanente conservavano un autonomo diritto a rimanere sul territorio dello Stato ospitante. La normativa previgente, invece, non prendeva in considerazione l'ipotesi del divorzio, se non per la circostanza che esso, come peraltro è ovvio, non incideva sui diritti dei figli del lavoratore. Tale lacuna è stata criticata da una parte della dottrina, e in particolare da BARRETT, *op. cit.*, p. 385, il quale aveva auspicato una riforma che stabilisse le condizioni della conservazione del diritto di soggiorno dell'ex coniuge di un lavoratore.

ne ha l'affidamento: costoro, infatti, mantengono il diritto di soggiorno, a prescindere dalla loro cittadinanza, sia in caso di partenza che di decesso del cittadino comunitario, benché solo fino al termine degli studi stessi e sempre che, nel frattempo, non acquisiscano un diritto di soggiorno permanente. Un regime analogo è previsto in caso di divorzio, annullamento del matrimonio o scioglimento dell'unione registrata. I familiari cittadini di uno Stato terzo, sempre che esercitino un'attività lavorativa o dispongano di risorse sufficienti e, in ogni caso, di un'assicurazione malattia, mantengono il diritto al soggiorno nei casi indicati dall'art. 13, par. 2⁵¹.

Un terza categoria di soggiorno è infine prevista dal capo IV della direttiva 2004/38: si tratta del soggiorno permanente, con il quale il regime relativo ai familiari viene allineato, a condizioni più favorevoli, a quello previsto per tutti i cittadini di Stati terzi dalla direttiva 2003/109⁵². Il cittadino e i suoi familiari acquisiscono un diritto di soggiorno permanente se hanno soggiornato in via continuativa nello Stato membro ospitante per un periodo di cinque anni. La notevole differenza rispetto al diritto di soggiorno analizzato più sopra e previsto dal capo III, è che quello permanente non è subordinato ad alcuna ulteriore condizione ed è, una volta consolidato, del tutto autonomo rispetto alla posizione del cittadino comunitario. La direttiva prevede pure delle deroghe a favore di talune categorie di lavoratori i quali acquisiscono il diritto al soggiorno permanente anche prima dei cinque anni previsti⁵³. Siffatte deroghe finiscono per incidere sulla posizione dei familiari, dal momento che il loro diritto di soggiorno permanente segue,

⁵¹ Il diritto soggiorno viene mantenuto dal familiare nel caso il matrimonio o l'unione siano durati almeno tre anni, di cui uno nello Stato membro ospitante; se il coniuge o il partner abbia ottenuto l'affidamento dei figli; in situazioni particolarmente difficili, come il fatto di avere subito violenza domestica durante il matrimonio o l'unione.

⁵² Direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in GUUE L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44 ss

⁵³ L'art. 17, par. 1 prevede che gli anni di soggiorno continuato scendano a tre nel caso di un lavoratore in pensionamento che abbia svolto l'ultimo anno di attività nello Stato membro ospitante, a due in caso di sopravvenuta incapacità lavorativa permanente e, infine, a tre nel caso del lavoratore che, pur avendo esercitato l'attività in un altro Stato membro, faceva ritorno in quello ospitante ogni giorno o almeno una volta alla settimana.

inizialmente, la sorte di quello principale. Peraltro, deroghe sono stabilite a favore dei familiari del cittadino che sia deceduto prima ancora di avere maturato il diritto al soggiorno permanente e, precisamente, nel caso in cui il lavoratore avesse, prima del decesso, soggiornato per almeno due anni nello Stato membro ospitante⁵⁴, il decesso sia dovuto ad un infortunio sul lavoro o una malattia professionale o, infine, il coniuge superstite abbia perso la cittadinanza dello Stato membro ospitante a seguito del matrimonio. Ai familiari titolari del diritto in esame viene rilasciata dallo Stato membro ospitante una carta di soggiorno permanente che sostituisce la carta di soggiorno. Essa viene rinnovata ogni dieci anni, di diritto: l'unica ragione che consente allo Stato ospitante di negare il rinnovo, oltre ai motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, è l'interruzione del soggiorno per almeno due anni consecutivi.

Il diritto di soggiorno, ad esclusione di quello inferiore ai tre mesi, porta con sé una serie di diritti di cui, vuoi per espressa disposizione della direttiva 2004/38, vuoi in virtù di alcune norme del Trattato la cui portata, peraltro, è oggetto di alcune pronunce della Corte di giustizia, finiscono per beneficiare i familiari. In verità, siffatti diritti non costituiscono una novità per coloro che abbiano la cittadinanza di uno Stato membro, mentre senza dubbio estendono notevolmente la gamma di situazioni giuridiche che connota lo *status* dei familiari cittadini di Stati terzi. Per la verità, detti diritti investono la posizione di qualunque cittadino di Stato terzo che abbia acquisito, grazie al diritto comunitario come pure al diritto nazionale, la posizione di residente. A fronte di ciò, qui ci limiteremo a menzionare i diritti che spettano ai cittadini di Stati terzi in quanto familiari del cittadino comunitario, rimandando l'analisi degli altri al paragrafo relativo agli stranieri soggiornanti di lungo periodo.

⁵⁴ In relazione alla previgente normativa - l'art. 3, par. 2 del citato regolamento 1251/70 - che prevedeva una fattispecie analoga, la Corte di giustizia, nella sentenza del 9 gennaio 2003, causa C-257/00, *Nani Givane e altri c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2003, p. I-345 ss., punto 39 ss., ha precisato che il periodo di due anni deve essere immediatamente precedente al decesso del lavoratore.

In primo luogo, i familiari hanno il diritto di esercitare, giusta l'art. 23 della direttiva, un'attività economica come lavoratori subordinati o autonomi. La direttiva non specifica con chiarezza quale sia l'estensione di tale diritto: in particolare, ci si deve chiedere se esso possa essere esercitato solo sul territorio dello Stato membro o se, al contrario, consenta ai familiari di spostarsi negli altri Stati membri⁵⁵. Se è vero che l'art. 22 della direttiva limita il diritto di soggiorno al solo territorio dello Stato membro ospitante, il dubbio permane dacché l'accessorietà del diritto ad esercitare un'attività economica rispetto a quello di soggiorno non consente con certezza di concludere per la prima soluzione. La Corte si è pronunciata chiaramente in senso negativo: in una recente sentenza, che ovviamente investiva la disciplina del regolamento 1612/68, analoga a quella prevista nella direttiva 2004/38, essa ha affermato come il diritto di esercitare un'attività economica conferito ai familiari non consente loro di esercitare un pieno diritto alla libera circolazione⁵⁶. La Corte, richiamando le conclusioni dell'Avvocato generale, ha sottolineato, più in generale, che l'estensione prevista dall'art. 11 del regolamento 1612/68 (ora dall'art. 23 della direttiva 2004/38) «non garantisce ai familiari dei lavoratori emigranti un diritto originario alla libera circolazione»⁵⁷. Tale affermazione ha valore soprattutto, se non esclusivamente, per quei familiari che siano cittadini di Stati terzi, giacché ove essi abbiano cittadinanza comunitaria non v'è dubbio che beneficerebbero direttamente dell'art. 39 ss. TCE. Al di là di tale limitazione, l'attività cui i familiari hanno diritto di accedere può essere di qualsiasi genere, ivi comprese, come la Corte ha avuto modo di chiarire, quelle sottoposte a regimi di autorizzazione amministrativa⁵⁸.

⁵⁵ Altro punto controverso che la Corte potrebbe chiarire in futuro è se il familiare possa avvalersi delle norme comunitarie sul reciproco riconoscimento dei diplomi. In effetti, proprio in questi termini è formulata la domanda pregiudiziale che il Tribunal Administratif de Paris ha presentato alla Corte il 9 maggio 2007, pubblicata in GUUE C 155 del 7 luglio 2007, p. 15.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 2006, causa C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail de l'Emploi*, in *Racc.*, 2006, p. I-3145 ss., punto 24.

⁵⁷ *Ibid.*, punto 25.

⁵⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1986, causa 131/85, *Emir Gül c. Regierungspräsident Düsseldorf*, in *Racc.*, 1986, p. 1573 ss., punto 14 ss.

L'altro diritto di cui cittadini e familiari godono nel territorio dello Stato membro ospitante è quello della parità di trattamento. Le implicazioni di questo beneficio sono, come noto, innumerevoli. È sufficiente pensare alle prestazioni di assistenza sociale, o al diritto all'istruzione. La direttiva, in modo coerente con le diverse tipologie di soggiorno che essa dispone, esclude la parità di trattamento relativamente alle prestazioni di assistenza sociale per i primi tre mesi di soggiorno, mentre, per quanto riguarda le agevolazioni per il mantenimento agli studi, la limita a chi gode del diritto di soggiorno permanente o di soggiorno semplice, sempre che, in tale ultimo caso, si tratti di un lavoratore subordinato o autonomo o suo familiare. Se ne deduce che, per fare un esempio, il figlio straniero di un cittadino comunitario che non abbia ancora acquisito un diritto di soggiorno permanente non potrà usufruire, alle stesse condizioni di un cittadino comunitario, delle agevolazioni previste dalla normativa nazionale quali borse di studio, prestiti per studenti ecc. Ebbene, per quanto il timore che le disposizioni sulla libera circolazione possano trasformarsi in un canale preferenziale dell'immigrazione sia fondato, tali esclusioni costituiscono una seria amputazione delle libertà previste dal Trattato. In altre parole, esse rappresentano un ostacolo notevole alla libera circolazione del cittadino comunitario, senza che ciò trovi una fondata giustificazione nelle norme del Trattato.

3.1.5 SEGUE: D) L'ALLONTANAMENTO — La direttiva 2004/38 dispone alcune cautele rispetto all'espulsione e al rimpatrio: esse, naturalmente, impongono agli Stati limiti più stringenti di quelli previsti in linea generale per gli stranieri. Nella materia in esame, infatti, non rilevano solamente le norme di natura internazionale che costituiscono lo sfondo della disciplina generale sui cittadini di Stati terzi, ma anche, evidentemente, la necessità di garantire la libera circolazione delle persone e, in particolare, i diritti dei cittadini comunitari. La direttiva non precisa quale sia l'esatta estensione del termine "allontanamento": esso certamente ricomprende l'espulsione e il rimpatrio, ma è dubbio che vi rientri il respingimento. In effetti, detta direttiva

associa chiaramente il provvedimento di allontanamento al venir meno del diritto al soggiorno, il quale a sua volta sorge solamente in un momento successivo a quello dell'ingresso. Le cautele previste dalla direttiva dovrebbero invece valere per l'estradizione, in quanto essa rientra nella nozione di allontanamento. Tuttavia, come ora diremo, non tutte le norme previste dalla direttiva sono configurate in modo tale da poter essere applicate anche alla ipotesi di estradizione.

In linea di massima, il rimpatrio del familiare può essere disposto dallo Stato membro solo ove vengano meno le condizioni del soggiorno. Per ciò che concerne quello di breve durata, il familiare deve lasciare il territorio dello Stato membro ospitante se, trascorsi i tre mesi previsti dall'art. 6, non abbia maturato un titolo, non necessariamente derivante dal diritto comunitario, ad un soggiorno di durata superiore. A ciò deve aggiungersi che, in ogni caso, e quindi anche prima della scadenza dei tre mesi, lo Stato ospitante ha, in base a quanto disposto dall'art. 14, par. 1, la facoltà di disporre il rimpatrio quando il familiare sia divenuto un onere eccessivo per il suo sistema di assistenza sociale. La norma va ricollegata alla circostanza che, come detto sopra, per soggiorni inferiori a tre mesi non è necessario che i cittadini e i loro familiari dispongano di risorse sufficienti o di un'assicurazione sanitaria, potendo così finire col gravare sulle risorse dello Stato. Anche il soggiorno vero e proprio, ad esclusione di quello permanente, viene meno, aprendo la strada al rimpatrio del familiare, allorché non sussistono più le condizioni che l'hanno determinato. Per esso, tuttavia, valgono alcune regole particolari che tendono a salvaguardare la posizione di taluni cittadini e, per conseguenza, dei loro familiari. Per la verità, tali eccezioni valgono anche per coloro che soggiornano per un periodo inferiore a tre mesi: è verosimile, tuttavia, che il loro impatto su questa categoria di persone sia di minor rilevanza rispetto a quello che esse hanno sui soggiornanti di lungo termine. L'art. 14, par. 4 stabilisce che, anche ove vengano meno le condizioni previste dalla direttiva, non può essere disposto il rimpatrio dei cittadini che siano lavoratori subordinati o autonomi (e dei loro familiari) e dei cittadini in cerca di

lavoro (e dei loro familiari), fin quando riescano a dimostrare di avere buone possibilità di trovarlo. La norma, per la verità, desta più di qualche perplessità sia sul piano della coerenza sistematica rispetto ad altre norme della direttiva che su quello della conformità al Trattato. Sotto il primo profilo, si deve notare come la norma in questione risulti del tutto ripetitiva rispetto a quanto disposto dall'art. 7 per i lavoratori. In effetti, tale qualifica di per sé conferisce al titolare e ai suoi familiari un diritto di soggiorno, senza che siano necessarie a tal fine ulteriori condizioni. Pare dunque del tutto superflua la disposizione dell'art. 14, secondo cui il lavoratore e i suoi familiari non possono essere oggetto di un provvedimento di rimpatrio, salvo che ricorrano motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. Diverso è il caso del rinvio dell'art. 14, par. 2 agli articoli 12 e 13, i quali fissano le condizioni alle quali i familiari mantengono il diritto a soggiornare rispettivamente in caso di decesso o partenza del lavoratore e in caso di divorzio, annullamento del matrimonio e scioglimento dell'unione registrata. La lettera dell'art. 14, par. 4 indica chiaramente che, nel caso di un lavoratore o di un cittadino in cerca di lavoro, «in deroga ai paragrafi 1 e 2», il quale ultimo appunto rinvia agli articoli 12 e 13, non può comunque essere adottata una misura di rimpatrio. Da ciò deve dedursi che, stando alla direttiva in esame, i familiari del lavoratore (o del cittadino in cerca di lavoro) che sia deceduto, o partito, o il cui vincolo col coniuge o col partner sia venuto meno hanno diritto al soggiorno, o, quantomeno, a non essere allontanati, a prescindere dalla sussistenza delle condizioni fissate dagli articoli 12 e 13. Ad esempio, non sarebbe necessario, ai fini del soggiorno, che dopo la sentenza di divorzio l'ex coniuge di un lavoratore disponga di risorse sufficienti o eserciti un'attività lavorativa. Siffatta interpretazione dell'art. 14 finisce per aprire ulteriormente le possibilità che il familiare si radichi stabilmente nel territorio dell'Unione. C'è tuttavia da chiedersi per quale ragione il legislatore comunitario abbia concesso maggiori benefici ai familiari dei lavoratori, escludendo così i cittadini economicamente non attivi. La ragione va ricercata nella circostanza che

l'attività lavorativa, anche ove sopraggiungano eventi come il decesso o il divorzio, mette i familiari nella condizione di non gravare sullo Stato e disporre di risorse economiche sufficienti. Negli altri casi, invece, la mancanza di un'attività lavorativa deve essere sopperita da proventi facenti capo direttamente al familiare, non essendo scontato che le risorse sufficienti di cui disponeva il cittadino prima del decesso o del divorzio si trasmettano al familiare stesso. La differenza di trattamento che ne scaturisce tra cittadini economicamente attivi e non attivi è, dunque, pienamente in linea con le norme del Trattato.

Per quanto concerne, invece, la categoria dei cittadini in cerca di lavoro, l'art. 14 allinea la disciplina della direttiva a quanto già previsto nel vecchio regime. Si noti che costoro e i loro familiari non hanno un diritto di soggiorno, ma semplicemente godono di una sorta di dilazione sul soggiorno di breve periodo fissato a tre mesi. Di più difficile comprensione è il riferimento dell'art. 14, par. 2 agli articoli 12 e 13 anche per l'ipotesi del cittadino in cerca di lavoro. Se infatti si può ipotizzare che i familiari del lavoratore mantengano il diritto di soggiorno dopo eventi quali decesso o divorzio, anche in assenza delle condizioni previste dagli articoli 12 e 13, la stessa conclusione per coloro che sono in cerca di lavoro (e i loro familiari), pur consentita dalla lettera della norma, parrebbe affatto incongrua nella logica generale della direttiva. Si potrebbe ipotizzare che il divieto di rimpatrio possa valere solo fintanto che il lavoratore dimostri di avere buone possibilità di trovare un lavoro. Ciò, tuttavia, sarebbe possibile solo nella misura in cui il cittadino rimanga sul territorio dello Stato membro ospitante: in altre parole, siffatta interpretazione può funzionare nel caso venga meno il legame coniugale o quello col partner, non anche nei casi di decesso o partenza del cittadino comunitario. In tali ultime ipotesi, nonostante la lettera dell'art. 14, è da escludersi che i familiari possano rimanere sul territorio dello Stato ospitante anche in assenza delle condizioni previste dall'art. 12.

Infine, il diritto di soggiorno permanente si estingue solo allorché il familiare si assenti dal territorio dello Stato ospitante per almeno due anni consecutivi. Essendo

la posizione del familiare, nel caso del soggiorno permanente, del tutto autonoma da quella del cittadino, l'assenza di quest'ultimo per il periodo indicato non comporterà il venir meno del diritto al soggiorno del familiare. Non è chiaro, invece, in che modo possa essere garantito il diritto al ricongiungimento del familiare a beneficio del cittadino che abbia perso il proprio diritto di soggiorno permanente. Ove quest'ultimo possa valersi delle norme comunitarie sulla libera circolazione, *nulla quaestio*. Laddove, invece, ciò non sia possibile, il familiare, che ormai gode di un autonomo diritto di soggiorno, potrebbe valersi della direttiva 2003/86, la quale non distingue i familiari del soggiornante di lungo periodo in base alla cittadinanza. In altre parole, non è escluso che un cittadino comunitario, sempre che non abbia un titolo autonomo conferitogli dal diritto comunitario, possa ricongiungersi al familiare cittadino di Stato terzo e soggiornante di lungo periodo in base a detta direttiva. È evidente che, come poi diremo, in tal caso le norme prevedono condizioni più stringenti di quelle previste dalla direttiva 2004/38.

L'impianto normativo descritto incontra le eccezioni di carattere generale relative ai motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Esse si atteggiavano in modo differente a seconda del tipo di soggiorno. Solo per il diritto di soggiorno permanente, infatti, il provvedimento di allontanamento deve basarsi su gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. C'è da chiedersi se le eccezioni di carattere generale possano applicarsi anche all'extradizione, non essendo esse necessariamente legate alle condizioni del soggiorno. La risposta positiva è imposta dalla necessità di garantire il diritto al ricongiungimento, soprattutto in ipotesi, come quella del soggiorno permanente, nelle quali più saldo è sia il legame familiare che l'attacco al territorio dello Stato, con la precisazione, tuttavia, che nella ipotesi, analoga all'extradizione, di consegna tramite il mandato di arresto europeo, la reciproca fiducia degli Stati membri non consente, in linea di massima, che lo Stato richiesto possa opporre un diniego.

3.2 I RICHIEDENTI ASILO E LA PROTEZIONE TEMPORANEA DEGLI SFOLLATI

3.2.1 LE FONTI COMUNITARIE DERIVATE IN TEMA DI ASILO — Nell'ambito della politica di asilo, la Comunità ha elaborato una normativa che dà piena attuazione alle competenze previste dall'art. 63, primo comma, numeri 1 e 2: il diritto derivato, infatti, disciplina oggi sia la materia dell'attribuzione della qualifica di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra del 1951, sia quella della protezione temporanea in caso di afflusso di sfollati. Per la verità, la determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo formava già oggetto della disciplina prevista dagli Accordi di Schengen, cui si sostituì la Convenzione di Dublino⁵⁹, a sua volta superata dal regolamento 343/2003⁶⁰. Come ribadito nel considerando n. 19 di detto regolamento, la Convenzione di Dublino conservava una residua applicabilità nei rapporti fra la Danimarca e gli altri Stati firmatari, fino al momento in cui non venisse concluso un accordo che estendesse l'applicazione del regolamento in parola alla Danimarca stessa. Ebbene, l'accordo è stato concluso il 21 febbraio 2006 ed è entrato in vigore il 1° aprile 2006. Tuttavia, anche relativamente a questa materia, non vi è una applicazione del tutto uniforme del diritto comunitario, giacché solo il Regno Unito, e non anche l'Irlanda⁶¹, ha deciso di partecipare all'adozione e all'applicazione del regolamento 343/2003.

L'indicazione dei criteri sulla base dei quali riconoscere la qualifica di rifugiato e del contenuto della tutela che a questa categoria di individui viene accordata è fissata dalla direttiva 2004/83⁶², cui peraltro partecipano sia il Regno Unito che

⁵⁹ Una scarsa normativa sulla determinazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di asilo era contenuta negli articoli 28-38 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, sostituita, in virtù del Protocollo di Bonn del 26 aprile 1994, dalla Convenzione di Dublino del 15 giugno 1990, quest'ultima riportata in GUCE C 254 del 19 agosto 1997, p. 1 ss.

⁶⁰ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, in GUUE L 50 del 25 febbraio 2003, p. 11 ss.

⁶¹ Ai rapporti fra l'Irlanda e gli altri Stati membri, ivi compresa la Danimarca, continueranno ad applicarsi le disposizioni della Convenzione di Dublino.

⁶² Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di

l'Irlanda. Tale direttiva va coordinata con la direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, la quale, come noto, prevede una specifica disciplina per i familiari dei rifugiati. Tale circostanza non deve lasciar concludere per una sovrapposizione delle normative dettate dalle due direttive: in effetti, all'applicazione della direttiva 2003/86 non partecipano il Regno Unito e l'Irlanda in quanto essa stabilisce obblighi più stringenti per gli Stati membri, mentre l'altra direttiva si limita ad indicare alcuni principi di massima in materia. Tali principi, peraltro, sono quelli cui si ispira la direttiva sul ricongiungimento familiare, per cui è improbabile che gli obblighi cui gli Stati membri soggiacciono sulla base dell'una possano confliggere con quelli fissati dall'altra. Il quadro verrà completato, a partire dalla fine del 2007, dalla direttiva 2005/85 la quale contiene norme più dettagliate per il riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato⁶³.

Come noto, le competenze comunitarie non si esauriscono con l'asilo, ma si estendono anche ad altre due fattispecie: quella della protezione internazionale di individui che non possono essere qualificati come rifugiati, ma che egualmente beneficiano del divieto di *refoulement* e quelle situazioni di emergenza in cui, a causa di eventi quali estesi conflitti interni e simili, si verifichi un afflusso massiccio di sfollati. In entrambi i casi la protezione accordata discende non già dalla Convenzione di Ginevra del 1951, bensì da altri strumenti, quali la CEDU: in altre parole, gli individui cui tale norme sono dirette non sono necessariamente rifugiati, benché nulla esclude che possano averne i requisiti. Quanto alla prima delle due particolari situazioni descritte, la stessa direttiva 2004/83 provvede ad estendere, a talune condizioni, la tutela accordata ai rifugiati anche agli individui ammessi alla

protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in GUUE L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss.

⁶³ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, in GUUE L 326 del 13 dicembre 2005, p. 13 ss. La direttiva, che dovrà essere recepita entro il 1° dicembre 2007, si applica anche al Regno Unito e all'Irlanda.

cd. protezione sussidiaria; per quanto riguarda, invece, gli sfollati, provvede la direttiva 2001/55⁶⁴.

3.2.2 L'INGRESSO DEL RICHIEDENTE ASILO E, IN PARTICOLARE, IL PROBLEMA DELLA COMPETENZA A PRONUNCIARSI SULLA SUA RICHIESTA DI RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS*— L'ingresso di coloro che intendono chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato o l'accesso alla protezione sussidiaria non è regolato da norme specifiche. La sua disciplina deve ricavarsi *a contrario* dalle norme del regolamento 562/2006 e, in parte, dalle scarse disposizioni sul respingimento dettate dalla direttiva 2004/83. Intanto, ci si deve intendere sulla nozione delle due categorie di individui che il diritto comunitario, soprattutto sulla scorta delle norme internazionali, protegge. La nozione di rifugiato viene ripresa letteralmente dalla Convenzione di Ginevra del 1951 dall'art. 2 della direttiva in esame, secondo cui è tale chi è dovuto fuggire dal paese di cui ha la cittadinanza «per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza ad un determinato gruppo sociale». La norma estende la tutela, parallelamente all'art. 1 della Convenzione di Ginevra, anche agli apolidi che siano fuggiti dallo Stato di ultima dimora e, così come nuovamente disposto da detta Convenzione, esclude tutti coloro che godano nel paese di residenza, evidentemente diverso da quello di cittadinanza o di dimora abituale, degli stessi diritti e obblighi riconosciuti ai cittadini, nonché coloro che abbiano commesso crimini particolarmente gravi, quali, ad esempio, crimini di guerra o crimini contro l'umanità. Fin qui, per la verità, non vi è nulla di nuovo rispetto alla Convenzione sui rifugiati. Occorre, tuttavia, ricordare che sugli Stati membri gravano anche gli obblighi derivanti dalla CEDU ed è a tale proposito che la direttiva in esame prevede una tutela quasi del tutto identica a quella offerta ai richiedenti asilo nei confronti di talune categorie di individui. L'art. 2, lett. e)

⁶⁴ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio 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, in GUUE L 251 del 3 ottobre 2003, p. 23 ss. Per essa, solo il Regno Unito a notificato la volontà di parteciparvi.

definisce, infatti, quale persona ammissibile alla protezione sussidiaria il cittadino di uno Stato terzo che, benché non possedendo i requisiti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, verrebbe esposto, se respinto, ad un rischio effettivo di subire un grave danno⁶⁵. Ebbene, l'art. 15 specifica che per grave danno debba intendersi: la condanna a morte; la tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante; la minaccia grave e individuale alla vita che derivi da una situazione di conflitto armato, sia esso interno o internazionale. Benché, come diremo, le due categorie non godono esattamente degli stessi diritti, soprattutto relativamente al soggiorno, la direttiva ha inteso così dare una copertura giuridica agli obblighi che sugli Stati membri gravano in virtù della loro partecipazione alla CEDU: è agevole, in effetti, scorgere nelle ipotesi previste dall'art. 15 il percorso della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e in particolare quello che ha riguardato l'art. 3 della CEDU.

Relativamente a dette categorie è intanto escluso che si applichi il regolamento 562/2006, come esso peraltro afferma all'art. 3, laddove - giova notare - si fa proprio riferimento, in particolare, al non respingimento. La direttiva 2004/83 non stabilisce in modo esplicito le condizioni di ingresso, ma si limita ad imporre agli Stati membri il rispetto del principio di *non refoulement* e, parallelamente, li obbliga a riconoscere lo *status* di rifugiato o quello di protezione sussidiaria. Da ciò si deduce che, per il solo fatto di avere presentato alla frontiera una domanda per il riconoscimento dell'uno o dell'altro *status*, lo straniero deve essere ammesso, almeno temporaneamente e fintanto che le autorità non decidano sulla sua domanda, sul territorio dello Stato. D'altra parte, lo Stato, che al momento dell'ingresso dello straniero non ha ancora alcun elemento di valutazione, non ha modo di sapere se, rispetto a quel singolo individuo, esso soggiace all'obbligo di non respingimento.

⁶⁵ Ne sono esclusi, anche qui, gli individui che abbiano commesso crimini particolarmente gravi, cui si aggiungono, diversamente dall'ipotesi dei richiedenti asilo, coloro che rappresentano un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato.

Il principio, per la verità, conosce alcune eccezioni di portata notevole. Intanto, secondo l'art. 21 della direttiva 2004/83, lo Stato può respingere, se ciò è consentito dagli obblighi internazionali, chi possa rappresentare un pericolo per la sicurezza nazionale e chi, condannato per un reato particolarmente grave, possa costituire un pericolo per la comunità. Va detto che, mentre la Convenzione di Ginevra del 1951 ammette siffatte eccezioni, esse non sono parimenti contemplate dalla CEDU, il che finisce per creare la situazione, paradossale sì ma pienamente legittima, per cui il richiedente asilo può, se ricorrono quelle condizioni, essere respinto, mentre non può in nessun caso esserlo colui che chieda la protezione sussidiaria, in particolare perché, se respinto, sarebbe esposto al rischio di subire, fra gli altri, i trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU, richiamati d'altra parte dall'art. 15 della direttiva. Per entrambe le categorie si pone, peraltro, un vuoto normativo che evidentemente non può che essere colmato, caso per caso, dai singoli Stati membri. Sia per lo *status* di rifugiato che per quello della protezione sussidiaria, infatti, vi sono alcune categorie di individui che, esclusi dagli articoli 12 e 17, non possono comunque essere respinti in virtù dell'art. 21. La sorte di questi individui è dunque ignota, ma è agevole ipotizzare che gli Stati membri possano cadere nella tentazione di escluderli finanche dal campo di applicazione dell'obbligo di *non refoulement* - ad esempio ritenendo sommariamente che essi, una volta rimpatriati, non rischieranno persecuzioni o i trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU. A tal proposito, occorre rammentare che l'art. 13 del regolamento 562/2006 prevede sì un diritto di ricorso contro il provvedimento di respingimento, ma non attribuisce ad esso effetti sospensivi. In altre parole, gli individui non ammissibili ad uno degli *status* potranno far valere contro il provvedimento di respingimento l'esistenza di un obbligo di *non refoulement* solo quando si troveranno, presumibilmente, nel territorio dello Stato nel quale rischiano di subire una violazione grave dei propri diritti. Il che, evidentemente, vanifica quasi del tutto la tutela che le norme internazionali offrono.

Le altre vistose e discusse eccezioni all'obbligo di non respingimento sono quelle relative ai cosiddetti "paese di primo asilo" e "paese terzo sicuro". La prassi degli Stati membri, cristallizzata nella direttiva 2005/85 - ma per la verità essa è diffusa anche oltre i confini europei - è quella di respingere il richiedente asilo verso un paese nel quale egli goda dello *status* di rifugiato o di un regime equivalente ovvero non rischi di subire violazioni gravi dei propri diritti ovvero non possa essere allontanato verso un altro paese nel quale sussista detto rischio ovvero, infine, possa accedere alla procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato. Tale pratica si ispira al timore degli Stati, soprattutto europei, di veder giungere masse di richiedenti asilo dai paesi dell'Est, dopo la caduta dell'Unione Sovietica. In altre parole, gli Stati membri hanno utilizzato questa prassi al fine di evitare che, attraverso l'asilo, trovassero un canale privilegiato i flussi migratori che si sarebbero sviluppati a seguito dei rivolgimenti avvenuti nell'Europa dell'Est. È evidente che tale prassi, oggi prevista dall'art. 25 ss. della direttiva 2005/85, non è in linea, come la dottrina non ha mancato di sottolineare⁶⁶, con gli obblighi internazionali degli Stati: a prescindere dal fatto che, in virtù della Convenzione sui rifugiati, gli Stati sono tenuti ad esaminare la domanda di riconoscimento del relativo *status*, è ben possibile che le garanzie previste per chi viene respinto - come ad esempio la natura "sicura" dello Stato di destinazione - si rivelino del tutto effimere⁶⁷. A ciò deve aggiungersi che, sulla base dell'art. 30 di detta direttiva, gli Stati membri godono di una certa autonomia nell'individuare il "paese sicuro", sicché a cagione di ciò ne risulta compromessa l'uniformità delle norme comunitarie⁶⁸.

⁶⁶ Si vedano DUBOLINO, «L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento», *DUE*, 2004, p. 839 ss., ALENI, «La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali», *DUE*, 2006, p. 599

⁶⁷ Vedi CORTESE, «L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali», *DUE*, 2006, p. 68.

⁶⁸ Così BORCHELT, «The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum and Violation of International Human Rights Standards», *CHRLR*, 2002, p. 506. In senso critico anche CORTESE, *op. cit.*, p. 78.

Inoltre, vi è un ulteriore e non trascurabile problema che si intreccia con quello appena descritto. Ove uno Stato membro, infatti, non abbia individuato un paese di primo asilo o “sicuro”, non è escluso che lo straniero venga trasferito presso un altro Stato membro in base alle norme disposte dal regolamento 343/2001⁶⁹. Orbene, questo secondo Stato membro, potendo far leva su autonomi criteri per individuare a sua volta un paese “sicuro”, potrebbe, una volta negato il riconoscimento di uno degli *status*, respingere lo straniero verso un paese terzo, riproponendosi così gli stessi rischi descritti sopra. A ciò si aggiunga che la possibilità che uno Stato membro rinvii il richiedente asilo ad altro Stato membro, sulla base del regolamento citato, non appare del tutto in linea con gli obblighi previsti dalla Convenzione di Ginevra, e ciò anche ove lo straniero trovi asilo nel secondo Stato. Il quadro generale che emerge è, come la dottrina ha segnalato⁷⁰, non convincente sul piano della conformità agli obblighi internazionali degli Stati membri. Vi è, come qualcuno ha ipotizzato⁷¹, una evidente tendenza di detti Stati a sovrapporre le logiche che presiedono alle politiche migratorie a quella che invece ispira (o almeno dovrebbe ispirare) la politica di asilo. Se infatti è vero che i migranti, e in particolare quelli che si spostano per ragioni economiche, tendono a confondersi con i richiedenti asilo, vero è che la preoccupazione degli Stati membri, la quale trova piena cittadinanza anche nella normativa comunitaria, finisce per sacrificare notevolmente la tutela che gli strumenti internazionali prevedono a favore di talune categorie “deboli”. Non può, infine, tralasciarsi la circostanza che, come si è avuto modo di chiarire nel cap. I, nella materia dell’asilo la Corte di giustizia ha una competenza fortemente amputata, sicché, anche in considerazione del fatto che il ricorso non ha, normalmente, effetti sospensivi sul provvedimento di respingimento, pare molto difficile che un potenziale rifugiato possa giungere a sottoporre detti profili di illegittimità della normativa comunitaria alla Corte stessa.

⁶⁹ Cfr. BORCHELT, *op. cit.*, p. 498.

⁷⁰ DUBOLINO, *op. cit.*, p. 839 ss.

⁷¹ BORCHELT, *op. cit.*, p. 475.

Non è un caso che sul controverso metodo del paese sicuro in combinato con le norme dettate dalla Convenzione di Dublino (e ora dal regolamento 343/2001) si sia pronunciata unicamente la Corte di Strasburgo⁷². Si trattava di un richiedente asilo che, sulla base di detta Convenzione, il Regno Unito intendeva trasferire in Germania: il ricorrente lamentava la circostanza che, se respinto verso la Germania, le norme ivi applicabili, diversamente da quelle previste nella legislazione britannica, lo avrebbero escluso dalla protezione offerta dalla Convenzione di Ginevra. In tal modo, le autorità tedesche avrebbero presumibilmente disposto il suo rimpatrio verso lo Sri Lanka, dove egli avrebbe rischiato di subire, fra gli altri, i trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU. Ebbene, il ricorrente sosteneva che il Regno Unito avrebbe, in tal modo, violato l'art. 3 attraverso una sorta di respingimento indiretto. Benché la Corte abbia ritenuto la questione inammissibile, essa non ha negato che, in linea di principio, uno Stato possa rendersi responsabile della violazione delle norme della CEDU, e in particolare di quella contenuta nell'art. 3, in applicazione della Convenzione di Dublino. Ciò lascia aperto uno spiraglio alla possibilità che, nelle sedi opportune, venga sindacata la normativa comunitaria. Tuttavia, a giudicare dalla sorte toccata al ricorrente nella vicenda esposta⁷³, è facile ipotizzare che l'intervento della Corte di Strasburgo o, meno probabilmente, quello della Corte di giustizia, possano giungere troppo tardi.

3.2.3 IL DIRITTO DI SOGGIORNO E, IN PARTICOLARE, IL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE — Una volta che lo Stato membro abbia riconosciuto lo *status* di rifugiato o di protezione sussidiaria, l'individuo che lo abbia ottenuto ha diritto al soggiorno, per almeno tre anni, e fintanto che permangano le condizioni che hanno determinato il riconoscimento dello *status* e non ne intervengano altre idonee a farlo cessare. La direttiva, assieme al diritto di soggiorno, concede ai beneficiari dello *status* alcuni

⁷² Si tratta della decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 marzo 2000, ricorso n. 43844/98, *T.I. c. Regno Unito* (<http://www.echr.coe.int>), sulla quale si veda CANNIZZARO, «L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951», *RDI*, 2001, p. 440 ss.

⁷³ Sulla quale si veda BORCHELT, *op. cit.*, p. 518 ss.

diritti che riprendono, benché in modo limitato, quelli che il diritto comunitario riconosce ai familiari dei cittadini. Ad essi vengono garantiti l'accesso all'istruzione e l'assistenza sociale e sanitaria a parità di condizioni rispetto ai cittadini dello Stato ospitante, mentre l'accesso all'alloggio e la libera circolazione sono riconosciuti solamente nei limiti in cui ne usufruiscono gli altri cittadini di Stati terzi in soggiorno regolare. Più limitate sono le condizioni di accesso al lavoro, rispetto alle quali si deve registrare una delle divergenze più evidenti rispetto alla disciplina relativa ai familiari dei cittadini. I rifugiati, infatti, possono esercitare un'attività dipendente o autonoma e hanno diritto di accedere alle attività di formazione occupazionale e professionale, ma l'art. 26 non menziona, diversamente dalle altre norme quale, ad esempio, l'art. 27 sull'accesso all'istruzione, che tali diritti debbano essere riconosciuti secondo le stesse modalità previste per i cittadini dello Stato ospitante. Ciò apre la strada a discriminazioni basate sulla cittadinanza che, in qualche modo, possono finire per limitare notevolmente l'accesso al lavoro da parte dei rifugiati. D'altra parte, l'art. 26 prevede che, relativamente a chi abbia ottenuto la protezione sussidiaria, gli Stati membri possano tenere in considerazione «la situazione esistente sul mercato del lavoro [...] per stabilire un ordine di precedenza per l'accesso all'occupazione». Il che, evidentemente, pone i beneficiari della protezione sussidiaria in una situazione se possibile peggiore, sul piano dell'accesso al lavoro, rispetto ai rifugiati stessi.

Una menzione a parte meritano le norme sul ricongiungimento familiare, previste sia dalla direttiva 2004/83 che, in modo più specifico, dalla direttiva 2003/86. La prima - che, come ricordato, ha un campo di applicazione più ampio - si limita a stabilire, all'art. 23, che gli Stati membri provvedono «a che possa essere preservata l'unità del nucleo familiare». La cerchia dei familiari è peraltro più ristretta di quella prevista dalla direttiva 2004/38, rientrandovi, secondo l'art. 2, solamente il coniuge e i figli minori, ad esclusione di quelli del solo coniuge del rifugiato, e sempre che non siano sposati e siano a carico. Al coniuge la direttiva

equipara il partner legato al rifugiato da una relazione stabile e sempre che la legge dello Stato membro lo preveda già per gli altri stranieri. Deve pure aggiungersi che la direttiva in esame prevede alcune eccezioni a fronte delle quali viene meno l'obbligo degli Stati membri di garantire l'unità del nucleo familiare: oltre ai motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico, l'art. 23 esclude i familiari per le stesse ragioni di esclusione previste per i richiedenti asilo, vale a dire per avere commesso un crimine particolarmente grave.

Più specifiche sono le norme previste dalla direttiva 2003/86, la quale però ha un campo di applicazione più ristretto. Essa ricalca le disposizioni della direttiva 2004/83 per quanto riguarda la nozione di familiari⁷⁴, ma si spinge (poco) oltre nel definire le condizioni di ingresso e di soggiorno. Se è vero, da un lato, che gli Stati membri sono obbligati a garantire l'ingresso e il soggiorno di detti familiari, dall'altro, la direttiva lascia un certo margine discrezionale per determinare le condizioni per la concessione del ricongiungimento. Vale tuttavia la pena di segnalare che siffatte condizioni sono per la verità meno stringenti di quelle previste per il ricongiungimento dei familiari dei residenti "comuni", fattispecie di cui la direttiva principalmente si occupa. Ciò consente di concludere che, benché gli Stati membri possano finire per impedire l'ingresso dei familiari ricorrendo alle deroghe menzionate, costoro godono di un vero e proprio diritto di ingresso. Tuttavia, come è stato notato⁷⁵, l'incidenza della normativa comunitaria rimane comunque molto scarsa: infatti, a fronte della possibilità lasciata aperta dall'art. 3, par. 5, che gli Stati membri mantengano disposizioni più favorevoli e della misura del tutto minima di tutela che la direttiva stessa impone, la normativa sul ricongiungimento è, allo stato attuale, stabilita dalle legislazioni nazionali. In altre parole, l'obiettivo di

⁷⁴ Per la verità, la nozione di familiare fissata dalle due direttive non è omogenea: la direttiva sul ricongiungimento, infatti, include, a differenza dell'altra, i figli del solo coniuge, mentre esclude, e anche qui in dissonanza rispetto all'altra direttiva, il partner legato al rifugiato da una relazione stabile.

⁷⁵ CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 160. *Contra* si veda GROENENDIJK, «Family Reunification as a Right under Community Law», *EJML*, 2006, p. 220 ss.

armonizzare la disciplina è ancora molto lontano. Senza che ciò, d'altra parte, getti dubbi sulla legittimità della direttiva in esame sul piano del diritto internazionale e, in particolare, dell'art. 8 CEDU.

I diritti riconosciuti ai familiari riprendono quelli che la direttiva 2004/83 conferisce ai rifugiati, quali l'accesso all'istruzione, ad un'attività lavorativa ecc. Benché la direttiva 2003/86 non lo specifichi, è da ritenere che detti diritti siano soggetti alle stesse limitazioni che la direttiva 2004/83 impone ai rifugiati. Se ne deve concludere che anche il diritto dei familiari di accedere ad un'attività lavorativa non sia riconosciuto a parità di condizioni con i cittadini dello Stato ospitante.

L'aspetto forse più interessante della disciplina relativa ai familiari dei rifugiati, come peraltro lo è, come detto, per la direttiva 2004/38, è che ad essi viene concesso, soddisfatte talune condizioni, un autonomo diritto di soggiorno. L'art. 15 prevede infatti che i familiari hanno diritto ad un titolo autonomo di soggiorno trascorsi cinque anni, al massimo, di permanenza nel territorio dello Stato ospitante. La direttiva, per la verità, aggiunge che i requisiti e la durata del documento di soggiorno autonomo sono stabiliti dagli Stati membri, con ciò, apparentemente, contraddicendo la natura di "diritto" che i familiari possono vantare. La contraddizione viene ulteriormente messa in luce dalla circostanza che sia la direttiva 2003/109, che la direttiva 2004/38 si uniformano nello stabilire che, trascorsi cinque anni di soggiorno regolare, lo straniero acquisisce una posizione di stabilità rispetto alla quale lo Stato membro ospitante non gode di ampi spazi di discrezionalità, contrariamente a quanto parrebbe accadere nel caso dei familiari del rifugiato. L'unica possibile lettura di questa notevole restrizione può rinvenirsi nella circostanza che il soggiorno del rifugiato è a termine, per cui sarebbe paradossale che il titolo autonomo che i familiari possano acquisire non debba seguire la stessa sorte. Tuttavia, la *ratio* della norma è proprio quella di rendere la posizione dei familiari autonoma rispetto a quella del titolare principale, così da rendere stabile la loro

posizione, a fronte di una lunga permanenza, nel territorio dello Stato membro ospitante.

La direttiva 2004/83 prevede una serie di circostanze nelle quali il rifugiato perde tale *status*: esse ricalcano, in linea di massima, quelle in virtù delle quali costui non può acquisire detto *status*, l'unica differenza consistendo che relativamente alla cessazione e alla revoca dette circostanze sopraggiungano in un momento successivo. Va peraltro rammentato che, sebbene la direttiva in parola difetti di norme che espressamente si riferiscono all'allontanamento, a tutte le fattispecie in esso compreso deve applicarsi il divieto di *refoulement* così come previsto dall'art. 21. Questo pone, come ricordato sopra, un serio problema rispetto a quegli stranieri che, pur non avendo titolo per vedersi riconosciuto uno degli *status* contemplati dalla direttiva, non possono essere oggetto di un provvedimento di allontanamento. Si registra, quanto a tali situazioni, un vuoto nella normativa comunitaria che non può che essere colmato dalle normative nazionali. È bene però segnalare il forte rischio che, giusta l'indifferenza del legislatore comunitario verso tali fattispecie, gli Stati membri, anche a fronte delle già segnalate difficoltà nel ricorrere contro provvedimenti di allontanamento, sfruttino le clausole che le norme internazionali pure gli concedono per aggirare la tutela da esse offerta.

Solo un cenno alla direttiva sulla protezione temporanea degli sfollati: essa mira a fornire un'immediata risposta a situazioni di particolare emergenza, onde evitare che esse possano pregiudicare il riconoscimento di uno degli *status* previsti dalla direttiva 2004/83⁷⁶. Giova notare che, a differenza della tutela disposta da quest'ultima direttiva, che è individuale, quella offerta dalla direttiva 2001/55 è collettiva e segue una decisione che il Consiglio adotta a maggioranza qualificata. I diritti di cui i beneficiari della protezione temporanea godono una volta ammessi ad

⁷⁶ Sulla direttiva in questione si vedano KERBER, «The Temporary Protection Directive», *EJML*, 2002, p. 193 ss., e ARENAS, «Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE», *RIDPC*, 2005, p. 1275 ss.

essa sono molto simili a quelli accordati ai rifugiati e, in particolare, per quanto riguarda il diritto al ricongiungimento familiare.

3.3 I CITTADINI DI STATI TERZI NEGLI ACCORDI DI ASSOCIAZIONE

3.3.1 L'ACCORDO CON LA TURCHIA — L'accordo di associazione con la Turchia⁷⁷ e il relativo Protocollo⁷⁸ concernente la libera circolazione delle persone prevedono una disciplina, anch'essa "speciale", ma che investe solo alcuni aspetti dello *status* dei cittadini turchi⁷⁹. Essa non riguarda l'ingresso e il soggiorno, ma solamente alcuni diritti correlati alla posizione del lavoratore turco in uno Stato membro. Per la verità, gli accordi citati forniscono soltanto il quadro generale della disciplina, mentre il dettaglio si rinviene nella decisione 1/80 del Consiglio di associazione CEE-Turchia, creato proprio dall'Accordo del 1963 e al quale quest'ultimo aveva affidato il compito di provvedere in tal senso. Alcune delle disposizioni della decisione in parola, cui peraltro la Corte di giustizia ha riconosciuto l'effetto diretto⁸⁰, stabiliscono che il cittadino turco che - s'intende, sulla base delle norme nazionali - sia entrato a far parte del mercato del lavoro di uno Stato membro gode di un diritto "comunitario" al soggiorno. Ad esso la decisione affianca alcuni benefici, che, in linea di massima e pur in termini più restrittivi, riprendono quelli che

⁷⁷ Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, in GUCE 217 del 29 dicembre 1964, p. 3687 s.

⁷⁸ Protocollo addizionale e Protocollo finanziario, in GUCE L 293 del 29 dicembre 1972, p. 4 ss.

⁷⁹ Per una più ampia analisi della normativa relativa ai lavoratori turchi si rimanda a O'LEARY, «Employment and Residence for Turkish Workers and Their Families: Analogies with the Case-Law of the Court of Justice on Article 48 EC», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 731 ss., HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 222 ss., HEDEMANN-ROBINSON, «An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice», *CMLR*, 2001, p. 541 ss., OLESTI RAYO, «El Acuerdo de asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión europea», *RDCE*, 2006, p. 49 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 107 ss.

⁸⁰ Per tutte si veda la sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 2003, cause riunite C317/01 e C-369/01, *Eran Abatay e altri e Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit (Abatay)*, in *Racc.*, 2003, p. I-12301 ss., punto 117. La Corte, peraltro, ha riconosciuto l'effetto diretto anche in capo all'art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale: oltre alla sentenza poc'anzi menzionata, si veda pure la precedente sentenza dell'11 maggio 2000, causa C-37/98, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, in *Racc.*, 2000, p. I-2927 ss., punto 54.

normalmente vengono associati allo *status* di straniero “privilegiato”: il divieto di discriminazione in base alla nazionalità nell’accesso al lavoro e il diritto a ricongiungersi con i propri familiari ai quali, a loro volta, viene riconosciuto, fra gli altri, il diritto ad accedere ad un’attività lavorativa⁸¹.

Nella costruzione dei diritti così descritti ha avuto un ruolo decisivo la Corte di giustizia, la quale per prima ha affermato che le norme della decisione 1/80 conferiscono al lavoratore turco un vero e proprio diritto al soggiorno⁸². Essa si è peraltro spinta anche oltre, pronunciandosi ora, come si ricordava poc’anzi, sulla natura direttamente applicabile di alcune norme della decisione 1/80⁸³, ora sulla nozione di familiare⁸⁴, ora, infine, sulle deroghe previste dall’art. 14, relative all’ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla salute pubblica⁸⁵, nonché al divieto

⁸¹ Sul ricongiungimento dei familiari di lavoratori turchi si veda BARRETT, *op. cit.*, p. 416 ss.

⁸² Si vedano le sentenze del 6 giugno 1995, causa C-434/93, *Ahmet Bozkurt c. Staatssecretaris van Justitie*, in *Racc.*, 1995, p. I-1475 ss., punto 38, del 23 gennaio 1997, causa 171/95, *Recep Tetik c. Land Berlin*, in *Racc.*, 1997, p. I-329 ss., punto 27 ss., e del 30 settembre 1997, causa C-98/96, *Kasim Ertanir c. Land Hessen*, in *Racc.*, 1997, p. I-5179 ss., punto 26.

⁸³ Vedi nota 80.

⁸⁴ Fra le più recenti, la sentenza del 30 settembre 2004, causa C.275/02, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, 2004, p. I-8765, punto 45 ss., nella quale la Corte ha esteso la nozione di familiare, peraltro facendo leva sulla sua giurisprudenza relativa alla libera circolazione dei lavoratori comunitari, anche al figliastro, minore di anni ventuno o a carico, del lavoratore turco. Interessante è anche la sentenza del 22 giugno 2000, causa C-65/98, *Safet Eyüp c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg*, in *Racc.*, 2000, p. I-4747 ss., nella quale la Corte, benché in circostanze del tutto eccezionali, ha equiparato la convivenza di fatto dei coniugi divorziati al matrimonio. Su quest’ultima pronuncia si veda il commento di PALLARO, «Coppie di fatto e ricongiungimento familiare nell’ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di giustizia?», *DCSI*, 2001, p. 261 ss.

⁸⁵ Per tutte, la sentenza dell’11 novembre 2004, causa C-467/02, *Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, 2004, p. I-10895 ss., punto 41 ss., con la quale la Corte ha affermato che il giudice nazionale è obbligato a prendere in considerazione, nell’esaminare la legittimità di un provvedimento di espulsione emesso nei confronti di un cittadino turco, determinati dati di fatto successivi all’ultimo provvedimento delle autorità competenti, che non consentano più una limitazione dei diritti dell’interessato, la sentenza del 2 giugno 2005, causa C-136/03, *Georg Dörr c. Sicherheitsdirektion für das Bundesland Kärnten e Ibrahim Ünal c. Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg*, in *Racc.*, 2005, p. I-4759 ss., punto 58 ss., con la quale la Corte ha affermato che le garanzie procedurali previste dagli articoli 8 e 9 della direttiva 64/221 (il riferimento alla quale è da intendersi oggi verso la direttiva 2004/38) si estendono anche al cittadino turco e ai suoi familiari che godono del diritto di soggiorno, la sentenza del 4 ottobre 2007, causa C-349/06, *Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 28 ss., con la quale la Corte ha sottolineato che la deroga relativa all’ordine pubblico non osta ad un provvedimento di espulsione nei confronti di

imposto agli Stati membri di non introdurre nuove restrizioni all'accesso al mercato del lavoro nei confronti di cittadini turchi⁸⁶.

3.3.2 L'ACCORDO SEE — L'Accordo sullo Spazio Economico Europeo prevede un regime di libera circolazione analogo a quello previsto dal Trattato CE⁸⁷: i cittadini degli Stati che ne fanno parte hanno un diritto di ingresso, di accesso al lavoro a parità di condizioni con i cittadini dello Stato ospitante e un correlativo diritto di soggiorno, il quale, peraltro, permane anche una volta che sia cessata l'attività lavorativa. Benché l'Accordo suddetto non menzioni il diritto al ricongiungimento familiare, è da ritenere che esso sussista: resta da stabilire se esso segua le norme previste dalla direttiva 2004/38, come la *ratio* giuridica vorrebbe, benché contro il dato testuale, o se, al contrario, detto ricongiungimento rimanga disciplinato dalla direttiva 2003/86, che, come ora diremo, si applica a tutti gli stranieri legalmente residenti. D'altra parte, non riconoscere un diritto al ricongiungimento - in altre parole, optare per la seconda alternativa - comporterebbe l'impossibilità, per i cittadini SEE, di farsi seguire dai membri della propria famiglia e quindi, in definitiva, finirebbe per ostacolare gravemente quella stessa libera circolazione che l'Accordo vuole realizzare.

Benché, secondo l'art. 6 di detto Accordo, le norme ivi contenute debbono essere interpretate allo stesso modo delle norme del TCE, nella misura in cui ad esse siano identiche, vi è il rischio, data la diversa e meno penetrante funzione che la Corte di giustizia svolge, assieme alla Corte EFTA, rispetto alle norme dell'Accordo stesso, che venga meno l'uniformità di applicazione delle norme sulla libera circolazione del TCE, da un lato, e nel sistema SEE, dall'altro. Tuttavia, e per quanto il fenomeno non riguardi la libera circolazione delle persone, è in atto una tendenza

un cittadino turco già oggetto di varie condanne penali, a patto che costituisca una minaccia effettiva e sufficientemente grave che pregiudichi un interesse fondamentale della collettività.

⁸⁶ Vedi sentenza *Abatay*, cit., punto 101 ss.

⁸⁷ Sul punto si vedano HAILBFONNER, *op. cit.*, p. 221, e HEDEMANN-ROBINSON, *op. cit.*, p. 537 ss.

delle due Corti a convergere verso posizioni comuni⁸⁸. Ciò che, all'evidenza, dovrebbe scongiurare l'ipotesi di una libera circolazione in tono minore nell'ambito, pur ristretto, degli Stati SEE.

3.3.3 GLI ACCORDI EUROMEDITERRANEI — La Comunità ha concluso, come si ricordava nel primo capitolo, alcuni accordi con paesi che si affacciano nel bacino mediterraneo e che sono volti ad una maggiore liberalizzazione degli scambi commerciali⁸⁹. In essi, vengono fissate, tra le altre, alcune regole relative alla libera circolazione, nessuna delle quali tuttavia incide in modo significativo sulle competenze statali, in particolare relativamente all'ingresso. Siffatte regole si limitano a conferire alcuni diritti, peraltro meno estesi rispetto a quelli riconosciuti ai cittadini turchi, ai lavoratori impiegati in uno Stato membro e, nel contempo, ad eliminare alcuni ostacoli relativi alla libera circolazione dei servizi e, solo in alcuni accordi, allo stabilimento delle società. Anche rispetto a questo quadro, la Corte di giustizia ha, soprattutto in relazione agli accordi più complessi, affermato la natura direttamente applicabile di alcune delle norme in essi contenute⁹⁰.

3.3.4 L'ACCORDO CON LA SVIZZERA — Quello con la Svizzera è un accordo simile a quello concluso con gli Stati membri dello Spazio Economico Europeo, con alcune significative differenze. Mentre l'accordo SEE estende direttamente le disposizioni del TCE e del diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone, quello

⁸⁸ Sul punto si veda DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione*, Milano, 2003, p. 60 ss.

⁸⁹ Su di essi si vedano HAILBRONNER, *op. cit.*, p. 235 ss., HEDEMANN-ROBINSON, *op. cit.*, p. 558 ss., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 112 ss.

⁹⁰ In particolare, la Corte di giustizia ha affermato la diretta applicabilità dell'art. 40 dell'accordo con il Marocco, il quale sancisce il divieto di discriminazione, a motivo della cittadinanza, per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di retribuzione, nella sentenza del 20 aprile 1994, causa C-58/93, *Zoubir Yousfi c. Stato belga*, in *Racc.*, 1994, p. I-1353 ss., punto 16 ss., e, più recentemente, nella sentenza del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for Home Department*, in *Racc.*, 1999, p. I-1209 ss., punto 25 ss. Un'analogia sorte la Corte ha riservato all'art. 64 dell'accordo con la Tunisia, il quale pure prevede il divieto di discriminazione, nella sentenza del 14 dicembre 2006, causa C-97/05, *Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, in *Racc.*, 2006, p. I-11917 ss., punto 24 ss., e all'art. 39 dell'accordo con l'Algeria nella sentenza del 5 aprile 1995, causa C-103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, in *Racc.*, 1995, p. I-719 ss., punto 21 ss.

con la Svizzera riformula dette norme, creando, in tal modo, un quadro spesso poco chiaro e nel quale numerose sono le deroghe previste⁹¹. In linea di principio, ai cittadini svizzeri vengono riconosciuti gli stessi diritti di cui, sulla base del TCE, beneficiano i lavoratori europei: il diritto di ingresso e di accesso al lavoro a parità di condizioni, il diritto di soggiorno, che permane anche nel caso di cessata attività, solo per citare i più significativi. Una prima differenza che smorza in modo rilevante la spinta integratrice dell'accordo in parola è che esso non è destinato ad entrare a pieno regime fin da subito: sono, infatti, previste alcune deroghe all'accesso al lavoro cui, a seconda dei casi, gli Stati possono ricorrere ancora per alcuni anni. In secondo luogo, l'accordo difetta di un pur essenziale quadro istituzionale che garantisca l'uniformità applicativa rispetto alle norme del TCE: mentre, come detto, l'accordo SEE fornisce una serie di strumenti, tra cui la stessa Corte EFTA, per far sì che le norme ivi contenute abbiano la stessa ampiezza di quelle, analoghe, contenute nel TCE, l'accordo con la Svizzera rimette l'uniformità interpretativa delle proprie norme a scarse disposizioni sulle quali, però, non vi è un sufficiente controllo istituzionale⁹². Come la dottrina ha evidenziato⁹³, e benché la posizione dei cittadini svizzeri rimanga "privilegiata" sotto molti profili rispetto a quella degli altri cittadini di Stati terzi, l'accordo non garantisce pienamente un autentico allargamento delle libertà previste dal TCE.

3.4 I CITTADINI DI STATI TERZI SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO

3.4.1 LA DIRETTIVA 2003/109 — L'art. 63 TCE, come abbiamo avuto modo di esporre nel capitolo primo, conferisce al Consiglio il potere di adottare norme sul rilascio di permessi a lungo termine. Basandosi su detta competenza, l'organo comunitario ha

⁹¹ Così anche HEDEMANN-ROBINSON, *op. cit.*, . 538.

⁹² Tuttavia, la dottrina, e in particolare MOCK, FILLIEZ, «Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral», *RSDIE*, 2006, p. 237 ss., ha evidenziato una tendenza della Corte federale a richiamare, nell'interpretare l'accordo, la giurisprudenza della Corte comunitaria.

⁹³ Si tratta di PEERS, «The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis», *EJML*, 2000, p. 142.

adottato la direttiva 2003/109 volta a stabilire alcune condizioni minime per il riconoscimento, da parte degli Stati membri, di uno *status* di soggiornante di lungo periodo in capo agli stranieri. La direttiva, che peraltro fa salvi i regimi più favorevoli⁹⁴, siano essi nazionali o comunitari, fissa le condizioni in presenza delle quali gli Stati membri hanno l'obbligo di conferire ai cittadini di Stati terzi detto *status*: costoro debbono avere soggiornato legalmente e ininterrottamente nel territorio dello Stato membro ospitante per cinque anni e disporre di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento, e di un'assicurazione malattia. In verità, come la dottrina non ha mancato di notare, il possesso dei requisiti descritti non impone agli Stati membri un obbligo di riconoscere lo *status* in parola in modo del tutto automatico: infatti, ad essi sono lasciati ampi spazi discrezionali, i quali possono finire per incidere sulla posizione dello straniero e, in definitiva, sulle possibilità che costui ha di ottenere il diritto di soggiorno permanente⁹⁵. Intanto, secondo l'art. 5, par. 2 della direttiva 2003/109 gli Stati membri «possono esigere che i cittadini di paesi terzi soddisfino le condizioni di integrazione, conformemente alla legislazione nazionale», ciò che, in considerazione del fatto che la direttiva tace sul contenuto di dette condizioni, pone lo straniero in una posizione poco sicura in vista dell'ottenimento dello *status*⁹⁶. In secondo luogo, la direttiva ripropone, come peraltro molti degli strumenti analizzati in queste pagine, le classiche deroghe relative all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica. Inoltre, come vuole l'art. 7, par. 1 della direttiva in esame, oltre ai documenti che provino la sussistenza delle condizioni previste, gli Stati membri possono richiedere quelli

⁹⁴ La direttiva esclude dal proprio campo di applicazione alcune categorie, tra cui spicca quella dei rifugiati, i quali, dunque, non possono aspirare ad ottenere uno *status* permanente. Cfr. BOELAERT-SUOMINES, «Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals Who are Long-Term Residents: Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back», *CMLR*, 2005, p. 1021 s.

⁹⁵ Si consideri, inoltre, che l'ingresso degli stranieri rimane soggetto alla disciplina comune, giacché non è configurabile un diritto di primo ingresso in capo allo straniero che, in quella situazione, per definizione, non può possedere i requisiti per ottenere lo *status* in esame. Sul punto vedi ancora BOELAERT-SUOMINES, *ibid.*, p. 1021.

⁹⁶ BOELAERT-SUOMINES, *ibid.*, p. 1023, esprime forte perplessità su questa disposizione, auspicando che la Commissione e la Corte vigilino affinché essa non si presti a snaturare la *ratio* della direttiva.

relativi alla disponibilità di un alloggio adeguato, il che finisce per lasciare agli Stati stessi la possibilità di imporre una condizione aggiuntiva a quelle indicate nella direttiva. Infine, la autorità statali possono influire sui tempi di maturazione dello *status*, giusta la possibilità, che la direttiva gli concede, di non tener conto, ai fini del computo dei cinque anni di soggiorno regolare, dei periodi di assenza per distacco lavorativo.

In definitiva, la concessione dello *status* di soggiornante di lungo periodo rimane in buona parte soggetta alla volontà degli Stati membri, benché il diritto comunitario incida in modo significativo sulla potestà statale. In questi termini, così come si è detto per il diritto di ingresso degli stranieri nella disciplina “comune”, si può parlare di un diritto di soggiorno “comunitario”, tenendo presente che le possibilità, lasciate aperte dalla direttiva, che gli Stati incidano sull’ampiezza delle condizioni e delle deroghe relative all’ottenimento dello *status* sono significative⁹⁷.

Un discorso analogo può essere fatto rispetto ai diritti di cui lo straniero in possesso dello *status* in questione gode. Per citare solo le limitazioni più salienti: la parità di trattamento è riconosciuta in relazione all’esercizio dell’attività lavorativa, ma con la possibilità, concessa agli Stati membri, di limitare l’accesso ad alcune attività lavorative riservate ai cittadini UE o di uno Stato SEE⁹⁸; anche relativamente all’assistenza sociale e alla protezione sociale, gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento alle prestazioni essenziali; la libertà di spostarsi nel territorio di un altro Stato membro per un periodo superiore a tre mesi è soggetta ad alcune limitazioni, la principale delle quali è quella prevista dall’art. 14, par. 4 della direttiva, secondo cui gli Stati membri «possono limitare il numero totale di persone che possono rivendicare il diritto di soggiorno [s’intende, ove lo straniero già goda dello *status* in un altro Stato membro], a condizione che tali limitazioni siano già previste per l’ammissione dei cittadini di paesi terzi dalla legislazione vigente». In

⁹⁷ In tal senso si esprime CELLAMARE, *op. cit.*, p. 179 ss.

⁹⁸ Secondo BOELAERT-SUOMINES, *op. cit.*, p. 1026, la norma non consentirebbe l’introduzione di nuove restrizioni, giusta l’uso del termine «in vigore» che viene fatto dall’art. 11, par. 3, lett. a).

altre parole, la libertà di muoversi sul territorio dell'Unione può tornare ad essere soggetta alle stesse condizioni previste per lo straniero "comune", elidendo, in tal modo, ogni distanza tra la detta posizione e quella, "privilegiata", del soggiornante di lungo periodo⁹⁹; infine, non è prevista una disciplina speciale per il ricongiungimento familiare, che segue le regole "comuni" stabilite nella direttiva 2003/86. Su quest'ultimo punto, peraltro, è il caso di spendere qualche parola in più.

La direttiva 2003/86 stabilisce, come si accennava in precedenza, due diversi regimi per il ricongiungimento familiare: l'uno, meno restrittivo, per i rifugiati; l'altro, che, alla luce di quanto poc'anzi detto finisce per applicarsi anche ai soggiornanti di lungo periodo, relativo agli stranieri in generale. Questo secondo regime prevede alcune condizioni ulteriori rispetto a quello relativo ai rifugiati, le quali affievoliscono in modo incisivo l'estensione del diritto al ricongiungimento: ad esempio, solo ai familiari dello straniero comune (o in possesso dello *status* di cui alla direttiva 2003/109) è richiesto di provare la disponibilità di un alloggio; e, ancora, solo ai rifugiati non è richiesto di avere soggiornato per un certo periodo di tempo sul territorio dello Stato membro cui si richiede il ricongiungimento per potersi valere di questo diritto. Il quadro generale che ne emerge è quello di un diritto al ricongiungimento familiare non particolarmente esteso¹⁰⁰. Va notato, tuttavia, che, per quanto ristretto, la sua formulazione contenuta in alcune disposizioni della direttiva 2003/86 è stata riconosciuta legittima dalla Corte di giustizia, alla luce delle norme internazionali e, in particolare, dell'art. 8 CEDU¹⁰¹. Il che, tuttavia, non impedisce di affermare come vi sia una evidente proporzionalità nell'estensione di questo rilevante diritto a seconda della categoria che ne beneficia, siano essi cittadini comunitari, rifugiati, cittadini di Stati associati o stranieri comuni.

⁹⁹ Così BOELAERT-SUOMINES, *ibid.*, p. 1029 s., e CELLAMARE, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁰ In tal senso CELLAMARE, *ibid.*, p. 154 ss.

¹⁰¹ Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2006, p. I-5769 ss., sulla quale si veda MACRÌ, «La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza *Parlamento c. Consiglio*», *DUE*, 2006, p. 793 ss.

Una ennesima prova di ciò è costituita dalle norme della direttiva 2003/109 sull'allontanamento del soggiornante di lungo periodo: secondo l'art. 12, costui può essere oggetto di un provvedimento del genere solo se «costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza». Si noterà, per fare uno dei possibili esempi che dimostrano la proporzionalità cui si faceva cenno, che il familiare del cittadino comunitario, che abbia acquisito un diritto di soggiorno permanente, può essere allontanato solo «per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza». Peraltro, benché detto art. 12 non faccia menzione di ciò, si deve ritenere che anche l'allontanamento del soggiornante di lungo periodo è soggetto alle limitazioni derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, dalle pertinenti norme della CEDU.

3.4.2 I DIRITTI DEI CITTADINI DELL'UNIONE ESTENSIBILI AI RESIDENTI — Accanto ai diritti di circolazione e soggiorno che i diversi strumenti comunitari riconoscono ai cittadini di Stati terzi, a seconda dei casi, vi sono alcuni diritti che le norme del TCE conferiscono ai cittadini e, in linea di massima, ai residenti, anche stranieri. Per quanto, in primo luogo, riguarda il diritto di elettorato attivo e passivo, benché esso venga riconosciuto soltanto ai cittadini dell'Unione - s'intende, ove risiedano in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza - la Corte di giustizia, in una recente sentenza¹⁰², ha affermato che il diritto comunitario non impedisce ad uno Stato membro di estendere il diritto di elettorato attivo anche a cittadini di Stati terzi, a condizione che vi sia un legame effettivo con detto Stato membro quale, ad esempio, la residenza. Benché dunque il diritto comunitario non conferisca direttamente ai cittadini di Stati terzi residenti nell'Unione un diritto di elettorato attivo e passivo, esso nel contempo ammette che una siffatta estensione possa essere prevista dal diritto nazionale.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW contro Leden van de Ministerraad*, non ancora pubblicata in *Racc.*

Quanto al diritto alla protezione diplomatica, esso non viene esteso, almeno guardando al diritto internazionale, anche ai residenti non cittadini. D'altra parte, le norme del TCE sembrano andare esattamente in questa direzione. Giova tuttavia notare che, anche a tale proposito, vi sia stata un'apertura nei confronti dei residenti, giustificata, in qualche modo, proprio dal diritto internazionale. In una recente sentenza¹⁰³, il Tribunale di primo grado, in un *obiter dictum* a margine di un ricorso individuale proposto contro il regolamento 881/2002, ha affermato come, da un lato, quello alla protezione diplomatica sia un vero e proprio diritto che sorge in capo all'individuo e, dall'altro, ribadendo quanto contenuto al punto 8 delle *Guidelines* del Comitato per le sanzioni istituito con la risoluzione 1267 (1999) del Consiglio di Sicurezza¹⁰⁴, che il diritto di pretendere da uno Stato di agire presso detto Comitato per la cancellazione del proprio nome dalla lista spetta non solo ai cittadini del medesimo ma anche ai residenti, pure cittadini di Stati terzi. D'altra parte, e benché non sembra che l'ipotesi possa verificarsi di frequente, molti degli stranieri che risiedono regolarmente nel territorio dell'Unione possono trovarsi nella situazione di non poter usufruire della protezione diplomatica dello Stato di cui sono cittadini: vuoi perché detto Stato si è estinto o non è comunque in grado di agire, vuoi perché, come è il caso dei rifugiati o di coloro cui si applica il divieto di *refoulement*, lo Stato di cittadinanza è esattamente quello da cui fuggono, il che renderebbe quantomeno paradossale ipotizzare l'esercizio della protezione diplomatica da parte di quello.

Quanto agli altri diritti riconosciuti ai cittadini, qui è lo stesso TCE che li estende ai residenti: il diritto di petizione al Parlamento europeo spetta, secondo l'art. 194 TCE, ad «ogni persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro», e una norma analoga stabilisce l'art. 195 in relazione al diritto di ricorrere al Mediatore europeo; inoltre, benché le norme del TCE in proposito

¹⁰³ Sentenza del Tribunale di primo grado del 12 luglio 2006, causa T-49/04, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2006, p. II-52 ss., punto 111 ss. Si veda a tale proposito RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, seconda edizione, Torino, 2007, p. 350 s.

¹⁰⁴ Le *Guidelines* sono reperibili online al sito (<http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml>).

tacciano, si ritiene che anche il diritto di comunicare con le istituzioni - s'intende, in una delle lingue ufficiali dell'Unione - debba estendersi ai residenti. Si deve, infine, rammentare che agli stranieri legalmente residenti sono state estese, con il regolamento 859/2003¹⁰⁵, le disposizioni relative alla sicurezza sociale.

¹⁰⁵ Regolamento (CE) n. 859/2003 del Consiglio del 14 maggio 2003, che estende le disposizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità, in GUUE L 124 del 20 maggio 2003, p. 1 ss. In dottrina sul punto si veda BRINKMANN, «Family Reunification of Third-Country Nationals: Access of Family Members to Social Protection Benefits», *EJML*, 2002, p. 291 ss.

CONCLUSIONI

L'analisi fin qui svolta consente di mettere in luce alcune tendenze e di formulare un'ipotesi finale. Anzitutto, è evidente la riluttanza degli Stati membri a cedere porzioni di sovranità in una materia particolarmente delicata quale quella della politica di immigrazione. Ne sono chiari i segni in tutta una serie di circostanze: lo stesso titolo IV è il risultato di una comunitarizzazione non completamente riuscita, a fronte del regime di applicazione differenziata, delle minori prerogative concesse al Parlamento europeo insieme ad uno spiccato favore verso la regola dell'unanimità e alla erosione dell'esclusività del potere di iniziativa della Commissione. La maggiore distanza rispetto al metodo comunitario è segnata dalla sterilizzazione parziale delle funzioni della Corte di giustizia, la cui potenziale incidenza sull'evoluzione della disciplina che il titolo IV contiene è evidente se si pone mente, da una parte, al dato statistico che ci consegna una sola sentenza nelle materie ricadenti in detto titolo¹ - se si esclude, naturalmente, la cooperazione giudiziaria in materia civile - e, dall'altro, alla prova *a contrario* costituita dall'impatto che la giurisprudenza della Corte ha avuto e ha su tutte quelle norme del TCE rispetto alle quali i giudici di Lussemburgo possono pienamente svolgere il proprio ruolo. Deve essere - quest'ultima circostanza - un elemento che ha avuto non poco peso nel negoziato che si è concluso con il Trattato di Amsterdam, visto che gli Stati membri hanno, in modo quasi "chirurgico", privato la Corte proprio di quei rinvii pregiudiziali dei giudici inferiori che, come abbiamo avuto modo di dire, sono i soli la cui proposizione può realisticamente prospettarsi.

Questo atteggiamento estremamente guardingo degli Stati membri emerge anche rispetto ad un'altra circostanza: essi tendono a livellare - naturalmente, ove, come nel titolo IV, la prudenza conservata in sede di negoziato ha consentito loro di mantenere ampie competenze a fronte di quelle comunitarie - le posizioni di tutti i

¹ Che si deve, peraltro, all'iniziativa del Parlamento europeo.

cittadini di Stati terzi, a prescindere dalle differenti logiche che presiedono (o dovrebbero presiedere) le norme che ad essi si riferiscono. Così, gli Stati membri vedono nell'istituto del rifugio o dell'asilo o, più in generale, nella protezione internazionale degli individui, anche a fronte degli obblighi discendenti dalla CEDU, canali privilegiati che si prestano a celare le migrazioni di natura economica². Se il rischio non può essere certamente negato, è dubbio che la soluzione più congrua possa essere quella di portare, in ossequio ad esigenze di politica migratoria, posizioni affatto diverse sullo stesso piano giuridico. Il risultato, che l'analisi svolta nelle pagine precedenti evidenzia, è il rischio (ma forse può esplicitamente parlarsi di certezza) che, proprio in tema di rifugio, le norme comunitarie, risentendo del timore degli Stati membri, finiscano per porsi in contrasto con le norme internazionali e, particolarmente, con quelle contenute nella CEDU, il che, per gli atti di diritto derivato, può comportare la loro illegittimità.

Accanto a questa tendenza, nella quale potremmo quasi scorgere, anche alla luce di eventi recenti quale la parziale bocciatura del Trattato-Costituzione, un *revirement* nel processo di integrazione europea, vi è invece un fenomeno di segno opposto. Nei settori, quale ad esempio quello del ricongiungimento dei familiari dei cittadini UE, che ricadono pienamente nel metodo comunitario, la forza d'impulso delle istituzioni europee è in grado di superare le resistenze statali e di giungere, così, a risultati del tutto diversi. L'espansione della portata delle norme in settori quale la cittadinanza europea, o anche gli accordi di associazione, viene dapprima sancita dalla Corte di giustizia - non a caso, l'istituzione più marginalizzata nel titolo IV - e, poi, cristallizzata negli atti di diritto derivato. L'esempio più lampante è costituito dalla direttiva 2004/38, ma il discorso può allargarsi agli stessi accordi di associazione.

² In tal senso GOODWIN-GILL, «The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam», in GUILD, HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, 2001, p. 159.

La parziale conclusione che può trarsi da quanto precede è che l'ampiezza dei diritti riconosciuti agli stranieri - l'insieme dei quali diritti può definirsi, in una parola, *status* - dipende dall'incidenza del diritto comunitario o, se si vuole, è direttamente proporzionale all'abdicazione che gli Stati membri hanno accettato della propria sovranità. Ci si può, a questo punto, chiedere la ragione di ciò.

L'ipotesi più plausibile è che, nel diritto comunitario, il rapporto tra cittadino e straniero si presti meno (o non si presti) alle considerazioni di natura identitaria che, invece, connotano quello stesso rapporto nei sistemi nazionali. Nel diritto CE, il cittadino era originariamente (e tuttora è) al tempo stesso straniero e nasce, in verità, come lavoratore nel mercato comune e, dunque, come "elemento" che si caratterizza prima di tutto per il suo contributo "economico" all'Europa unita. Queste caratteristiche sono la chiave di una normativa comunitaria verso gli stranieri ispirata, dove essa può, ad una maggiore liberalità e integrazione. E tuttavia, al di là della differente penetrazione del diritto comunitario nella disciplina relativa ai cittadini di Stati terzi da cui, in definitiva, dipende la maggiore o minore liberalità di quella, allo stato attuale nessuno straniero è totalmente estraneo alla normativa comunitaria. Dunque, in misura maggiore o minore, il diritto comunitario è oggi parte integrante del diritto degli stranieri. Ciò ha conseguenze notevoli e, in primo luogo, quella di incidere sul potere che gli Stati membri hanno di consentire l'ingresso degli stranieri e di conferire loro un diritto di soggiorno. Conformemente alla conclusione parziale cui poc'anzi siamo giunti, anche relativamente all'ingresso e al soggiorno si assiste ad una sorta di *climax* discendente, nel quale maggiore è il campo lasciato al diritto comunitario e più ampia e solida risulta la posizione dei cittadini di Stati terzi. In altre parole, dove lo spazio che gli Stati membri lasciano al diritto comunitario è più ampio e dove, dunque, esso gode di maggiore autonomia nella formulazione della politica relativa ai cittadini di Stati terzi, giusta la natura non "nazionale" di questo ordinamento e delle conseguenze che ciò ha sul rapporto cittadino-straniero, queste due categorie tendono ad avvicinarsi e ad avere, in

definitiva, *status* molto simili. Viceversa, nei settori di predominio statale, la differenza tra questi *status* torna a risentire della natura identitaria della nozione di cittadinanza e, quindi, a farsi maggiore.

L'elemento che il diritto comunitario, forte della sua diversa concezione di cittadinanza, più utilizza per accomunare cittadini e stranieri è quello della residenza³. Tale criterio diventa, nel sistema CE, la base di una serie di diritti quali la libera circolazione e il diritto di soggiorno, il diritto di accesso all'istruzione, all'assistenza sociale ecc. E tuttavia, nel contempo, esso diventa titolo per diritti di natura diversa e più legati al rapporto di cittadinanza, quali il diritto di elettorato attivo e passivo, quello alla protezione diplomatica (benché, questi primi due, con le limitazioni del caso)⁴, quello di proporre petizioni al Parlamento europeo ecc.

La residenza diventa così, secondo l'attuale tendenza del diritto comunitario, una possibile base per i diritti "comunitari" di cittadinanza, cui hanno accesso, certamente a condizioni più ristrette, i cittadini di Stati terzi⁵. Quest'ultima osservazione ci consente di formulare l'ipotesi finale cui si alludeva al principio di queste conclusioni. È infatti evidente che, sia pure in modo embrionale, il diritto comunitario stia spingendo verso un nuovo e autonomo concetto di cittadinanza, incentrato sul criterio della residenza⁶: nuovo perché esso non risente, come detto, del rapporto cittadino-straniero, che è tipico degli Stati nazionali; autonomo perché basato esclusivamente sul diritto comunitario che, da un lato, impone agli Stati membri di riconoscere ai cittadini di Stati terzi l'ingresso e il soggiorno e, dall'altro, ricollega alla residenza - che se si vuole è il risultato più naturale del riconoscimento

³ In tal senso NASCIBENE, «Finding a Solution through Citizenship», *EJML*, 1999, p. 334.

⁴ In effetti, l'affermazione del Tribunale di primo grado riguardo al diritto alla protezione diplomatica è limitata al contesto relativo all'inserimento nella *black list* del Comitato per le sanzioni.

⁵ Cfr. GROENENDIJK, «Citizens and Third Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?», in CARLIER, GUILD (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, 2006, p. 100.

⁶ Nei diritti di cittadinanza, peraltro, già nel 2001, PEERS, «Aliens, Workers, Citizens or Humans? Models for Community Immigration Law», in GUILD, HARLOW (eds.), *op. cit.*, p. 308, aveva individuato il migliore modello cui la normativa che forma lo *status* dei cittadini di Stati terzi avrebbe dovuto ispirarsi.

di quei diritti - i diritti di cittadinanza europea. Tale ipotesi finale è, peraltro, avvalorata dalle esperienze nazionali che, secondo parte della dottrina⁷, stanno abbandonando il (vecchio) concetto di cittadinanza a favore di un criterio di appartenenza allo Stato che si basa sul radicamento territoriale - la residenza - anziché sullo *ius sanguinis*. È molto significativo che la dottrina poc'anzi menzionata individui un fattore decisivo in questo processo che investe vari ordinamenti nazionali nell'esperienza dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dal diritto internazionale⁸: pur con i limiti che esso conosce, tale ordinamento coltiva una vocazione universalistica nella quale le nozioni di straniero e cittadino si confondono a vantaggio di criteri che si distinguono gli *status*, ma su basi - come appunto la residenza, quale indizio del radicamento di un individuo nello Stato nel quale si trova - lontane dal retaggio ottocentesco, culminato nelle due guerre mondiali, che vede nello straniero un nemico e nelle sue attività un pericolo per l'ordine e la sicurezza dello Stato. In ciò, va ascritto alla logica "mercantilista" che caratterizza(va) il diritto comunitario un grande merito: quello di vedere nello straniero, tanto cittadino di uno Stato membro quanto cittadino di uno Stato terzo, null'altro di più che un fattore di produzione nell'instaurazione del mercato comune. Allo stato attuale, questo merito si è disfatto anche del suo grande limite, che era esattamente quello di vedere nello straniero *null'altro di più* che un fattore di produzione. Ciò grazie all'influenza del diritto internazionale, che ha una vocazione più "universale" del diritto comunitario, come quest'ultimo ne ha una più "universale" degli ordinamenti nazionali, ciò che gli consente di superarne alcune logiche ormai inadatte al moderno tessuto dei rapporti giuridici.

⁷ CIANCIO, «I diritti politici tra cittadinanza e residenza», *Quad. cost.*, 2002, p. 60 ss.

⁸ CIANCIO, *ibid.*, p. 55. *Adde* GROENENDIJK, *op. cit.*, p. 81.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R., «Libera circolazione dei lavoratori e Accordo di associazione C.e.e.-Turchia», *Giust. civ.*, 1989, pp. 505-507;
- ID.*, «Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione europea», *RDI*, 1992, pp. 622-656;
- ADDO M. K., GRIEF N., «Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?», *EJIL*, 1998, pp. 510-524;
- ADINOLFI A., «La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale», in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 123-146;
- ID.*, «Commento agli artt. 66-69», in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, pp. 315-322;
- ID.*, «Free Movement and Access to Work of Citizens of the New Member States: The Transitional Measures», *CMLR*, 2005, pp. 469-498;
- ID.*, «La libertà di circolazione delle persone», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2005, pp. 69-170;
- ADOBATI E., «L'*acquis* di Schengen viene "incorporato" nel quadro dell'Unione europea: una nuova ipotesi di "cooperazione rafforzata"», *DCI*, 1999, pp. 195-200;
- AKANDJI-KOMBÉ J.-F., «Les droits des étrangers et leur sauvegarde dans l'ordre communautaire», *CDE*, 1995, pp. 351-381;
- ALBORS-LLORENS A., «Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 1998, pp. 1273-1294;
- ALENI L., «La politica dell'Unione Europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali», *DUE*, 2006, pp. 585-606;
- ALESSANDRINI S., «Gli accordi di associazione della CEE con i paesi dell'Europa centro orientale», in SACERDOTI, ALESSANDRINI, *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 143-174;
- ALEXANDER W., «Free Movement of Non-EC Nationals: A Review of the case-law of the Court of Justice», *EJIL*, 1992, pp. 53-64;
- AMALFITANO C., «Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello "spazio Schengen". Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale», *DUE*, 2006, pp. 489-508;

ANDERSON M., APAP J. (eds.), *Police and Justice Cooperation and the New Borders*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002;

APAP J., «Questioni pratiche e probabili conseguenze derivanti dall'ingresso nell'area Schengen: allargamento e area di libertà sicurezza e giustizia, alla ricerca di un migliore equilibrio», *DIC*, 2003, p. 11 ss.;

ARENAS N., «Il sistema di protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati. La direttiva 2001/55/CE», *RIDPC*, 2005, pp. 1275-1306;

BALBO P., *Extracomunitari Profili penali e giurisprudenza interna ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2004;

BALBONI, «Compatibilità con diritto comunitario dell'espulsione e dell'accompagnamento coattivo alla frontiera immediatamente esecutivi: alcuni spunti di riflessione», *DIC*, 2003, p. 53 ss.;

BARATTA R., «Circolazione dei capitali e pagamenti», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2005, pp. 273-293;

BARONTINI G., «Sulla competenza per l'esame delle domande di asilo secondo le Convenzioni di Schengen e di Dublino», *RDI*, 1992, pp. 335-347;

BARRETT G., «Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members», *CMLR*, 2003, pp. 369-421;

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001;

BERGAMINI E., «Il difficile equilibrio fra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto», *DUE*, 2006, pp. 347-368;

BERGER N., *La politique européenne d'asile et d'immigration - enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2000;

BERNARDI E., «Asilo politico», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, I, IV ed., Torino, UTET, 1987, pp. 421-430;

BERTINI S., «La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone. I rapporti con i Paesi terzi», in G. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 183-231;

BEVILACQUA M., «Richiedenti asilo e rifugiati politici nel sistema di Schengen», *NRLDG*, 1999, pp. 1214-1220;

BLAVATI P., «Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam», *RTDPC*, 1998, pp. 805-829;

BISCOTTINI G., «Gli accordi di associazione della CEE», in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, I, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 181-205;

BLAKE N., «The Dublin Convention and Rights of Asylum Seekers in the European Union», GUILD E., HARLOW C. (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 95-120;

BOELAERT-SUOMINEN S., «Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals Who are Long-Term Residents: Five Paces Forward and Possibly Three Paces Back», *CMLR*, 2005, pp. 1011-1052;

BOELES P., «Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved?», *EJML*, 2001, pp. 61-71;

BONETTI P., «Ingresso, soggiorno e allontanamento - Profili generali e costituzionali», in B. NASCIMEBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004, pp. 201-633;

BONVICINI G., CECCHINI P., PADOAN P.C., RONZITTI N. (a cura di), *Italia senza Europa?*, Milano, Franco Angeli, 1997;

BONVICINI G., TOSATO G.L. (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, Giappichelli, 2003;

BORCHELT G., «The Safe Third Country Practice in the European Union: A Misguided Approach to Asylum and Violation of International Human Rights Standards», *CHRLR*, 2002, pp. 473-525;

BOUTELLET-PAQUET D., «Passing the Buck: a Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *EJML*, 2003, pp. 359-377;

BRIBOSIA H., «Liberté, sécurité et justice: l'imbroglione d'un nouvel espace», *RMUE*, 1998, pp. 27-54;

BRINKMANN G., «Family Reunion, Third Country Nationals and the Community's New Powers», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 241-266;

ID., «Family Reunification of Third-Country Nationals: Access of Family Members to Social Protection Benefits», *EJML*, 2002, pp. 291-308;

CALAMIA A.M., *Ammissione ed allontanamento dello straniero*, Milano, Giuffrè, 1980;

CALIGIURI A., «Commento agli artt. 182-188», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 901-907;

CAMERA DEI DEPUTATI, SENATO DELLA REPUBBLICA, Indagini conoscitive e documentazioni legislative n. 20, *Integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea*, Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione ed il funzionamento della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e di vigilanza sull'unità nazionale EUROPOL, Atti Parlamentari, XIII Legislatura, Camera dei deputati, 1999;

CANNIZZARO E., «L'armonizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951», *RDI*, 2001, pp. 440-443;

CARACCILO DI TORELLA E., MASSELOT A., «Under construction: EU family law», *ELR*, 2004, pp. 32-51;

CARLIER J.-Y., GUILD E. (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2006;

CASTELLAZZI S., «Nuove regole comunitarie in tema di attraversamento delle frontiere», *Il diritto dell'economia*, 2006, pp. 551-565;

CELLAMARE G., *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006;

CHOLEWINSKI R., «Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right», *EJML*, 2002, pp. 271-290;

CHOLEWINSKI R., SLAVENAS E., «Foreign Policy Implications of the EU Justice and Home Affairs Acquis: The Case of the Baltic States», in ANDERSON M., APAP J. (eds.), *Police and Justice Cooperation and the New Borders*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International 2002, pp. 103-120;

CIANCIO A., «I diritti politici tra cittadinanza e residenza», *Quad. cost.*, 2002, pp. 51-68;

CICIRIELLO M.C., «Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante», *CI*, 2006, pp. 109-119;

COLEMAN N., «*Non-Refoulement* Revisited Renewed Review of the Status of the Principle of *Non-Refoulement* as Customary International Law», *EJML*, 2003, pp. 23-68;

CONDINANZI M., «La libertà di stabilimento», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2005, pp. 171-220;

CONDINANZI M., LANG A., NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2006;

CONDINANZI M., NASCIBENE B., «Lavoro (libera circolazione delle persone : profili generali)», in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte speciale*, II, Milano, Giuffrè, pp. 807-844;

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, ristampa sulla sesta edizione, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003 ;

CORRADO L., «L'intégration de Schengen dans l'Union européenne: problèmes et perspectives», *RMCUE*, 1999, pp. 342-349 ;

CORTESE B., «L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato tra competenze comunitarie e nazionali», *DUE*, 2006, pp. 63-95;

CREPEAU F., CARLIER J.Y., «Intégration régionale et politique migratoire. Le "modele" européen entre coopération et communitarisation», *JDI*, 1999, pp. 953-1019;

CRUZ A., «Visa Policy under the First Pillar: A Meaningless Compromise», M. DEN BOER (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1997, pp. 213-239;

CURTI GIALDINO C., «Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam», in *L'Italia e Schengen. Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra problemi applicativi e prospettive*, Roma, 1998, pp. 41-101;

DANIELE L., *Il diritto materiale della Comunità europea*, terza ed., Milano, Giuffrè, 2000;

ID. (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001;

ID., «Commento all'art. 14», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 242-244;

ID., «Commento all'art. 68», in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 260-464;

ID., *Diritto del mercato unico europeo Cittadinanza - Libertà di circolazione - Concorrenza - Aiuti di Stato*, Milano, Giuffrè, 2006;

DE HART B., «Introduction: The Marriage of Convenience in European Immigration Law», *EJML*, 2006, pp. 251-262;

DE ZWAAN J.W., «Schengen and Its Incorporation into the New Treaty: The Negotiating Process», in M. DEN BOER (ed.), *Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into the New TUE, External Borders and Information System*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1998, pp. 13-24;

DEL VECCHIO A., *Giurisdizione internazionale e globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2003;

DEL VALLE GÁLVEZ A., «Las fronteras de la Unión - El *modelo europeo* de fronteras», *RDCE*, 2002, pp. 299-341;

DEN BOER M. (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1997;

ID. (ed.), *Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into the New TUE, External Borders and Information System*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1998;

ID., «To What Extent Can There Be Flexibility in the Application of Schengen in the New Member States», in M. ANDERSON, J. APAP (eds.), *Police and Justice Cooperation and the New Borders*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002, pp. 139-149;

DEN BOER M., CORRADO L., «For the Record or Off the Record: Comments About the Incorporation of Schengen into the EU», *EJML*, 1999, pp. 397-418;

DIGRUBER D., MESSINGER, I., «Marriage of Residence in Austria», 2006, pp. 281-302;

DRAETTA U., PARISI N. (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2003;

DUBOLINO D., «L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento», *DUE*, 2004, pp. 811-845;

EECKOUT P., «The European Court of Justice and the "Area of Freedom, Security and Justice": Challenges and Problems», in D. O'KEEFFE (ed.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 153-166;

ESPOSITO A., «Art. 3», in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 49-76;

EVANS A., «Third Country Nationals and the Treaty of on European Union», *EJIL*, 1994, pp. 199-219;

FENNELLY N., «Preserving the Legal Coherence within the New Treaty: The European Court of Justice after the Treaty of Amsterdam», *Maastricht JECL*, 1998, pp. 185-199;

Id., «The European Union and Protection of Aliens from Expulsion», *EJML*, 1999, pp. 313-328;

FOBLETS M.-C., VANHEULE D., «Marriages of Convenience in Belgium: the Punitive Approach gains Ground in Migration Law», *EJML*, 2006, pp. 263-280;

FOGLIA R., «La libertà di circolazione dei lavoratori», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 833-858;

GARBAGNATI M.G., «Immigrazione, diritto di asilo e libertà di circolazione delle persone nella prospettiva dell'Unione europea», *DCSI*, 1995, pp. 7-45;

Id., «Rispetto dei diritti umani ed esercizio delle competenze esterne dell'Unione europea», in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 245-296;

GAROFALO L., «Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE», *DUE*, 2000, pp. 805-819.

GEDDES A., «Immigrant and Ethnic Minorities and the EU's "Democratic Deficit"», *JCMS*, 1995, pp. 197-217;

GIANELLI A., *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, Giappichelli, 2004;

GIRERD P., «L'article 68: un renvoi prejudicial d'interprétation et d'application incertaines», *RTDE*, 1999, pp. 239-260;

GOODWIN-GILL G.S., «The Individual Refugee, the 1951 Convention and the Treaty of Amsterdam», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 141-163;

GOODWIN-GILL G.S., MCADAM J., *The Refugee in International Law*, third edition, Oxford, Oxford University Press, 2007;

GORTAZAR C., «Abolishing Border Controls: Individual Rights and Common Control of EU External Borders», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 121-140;

GROENENDIJK K., «Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community Law», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 225-240;

ID., «Citizens and Third Country Nationals: Differential Treatment or Discrimination?», in CARLIER J.-Y., GUILD E. (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 79-101;

ID., «Family Reunification as a Right under Community Law», *EJML*, 2006, pp. 215-230;

GUILD E., «Discretion, Competence and Migration in the European Union», *EJML*, 1999, pp. 61-87;

ID., *Immigration Law in the European Community*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2001;

GUILD E., «Primary Immigration: The Great Myths», in GUILD E., HARLOW C. (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 65-94;

GUILD E., HARLOW C. (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001;

GUILD E., PEERS S., «Deference or Defiance? The Court of Justice's Jurisdiction over Immigration and Asylum», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 267-289;

HAILBRONNER K., «Visa Regulation and Third-country Nationals in EC Law», *CMLR*, 1994, pp. 969-995;

ID., «Readmission Agreements and the Obligation on States under Public International Law to Readmit their Own and Foreign Nationals», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997, pp. 1-49;

ID., «The New Title on Free Movement of Persons, Asylum and Immigration in the TEC», in M. DEN BOER (ed.), *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1997, pp. 201-212;

ID., «European Immigration and Asylum Law Under the Amsterdam Treaty», *CMLR*, 1998, pp. 1047-1067;

ID., «The Treaty of Amsterdam and Migration Law», *EJML*, 1999, pp. 9-27;

ID., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000;

HALL S., *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995;

HARPAZ G., «When East Meets West: Approximation of Laws in the EU-Mediterranean Context», *CMLR*, 2006, pp. 993-1022;

HEDEMANN-ROBINSON M., «Third-Country Nationals, European Union Citizenship, and Free Movement of Persons: a Time for Bridges rather than Divisions», *YEL*, 1996, pp. 321-362;

ID., «An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European Union, with Particular Reference to the Case Law of the European Court of Justice», *CMLR*, 2001, pp. 525-586;

HEUKELS T., BLOKKER N., BRUS M. (eds.), *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998;

HILLION C., «Institutional Aspects of the Partnership between the European Union and the Newly Independent States of the Former Soviet Union: Case Studies of Russia and Ukraine», *CMLR*, 2000, pp. 1211-1235;

HOFMANN M., «The Right to Establishment for Nationals of the European Union Associated Countries in the Recent Jurisprudence of the European Court of Justice», *GYIL*, 2001, pp. 469-484;

HREBLAY V., *Les accords de Schengen. Origine, Fonctionnement, Avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1998;

IVALDI P., «Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive», *CS*, 2002, pp. 233-275;

KADDOUS C., «La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral CH-UE», *RSDIE*, 2006, pp. 213-216;

KERBER K., «The Temporary Protection Directive», *EJML*, 2002, pp. 193-214;

KORTENBERG H., «Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 1998, pp. 833-854;

KUIJPER P.J., «Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis», *CMLR*, 2000, pp. 345-366;

KUNOY B., «A Union of National Citizens: the Origins of the Court's Lack of *Avant-gardisme* in the *Chen* Case», *CMLR*, 2006, pp. 179-190;

LABAYLE H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *RTDE*, 1997, pp. 813-881;

ID., «Le libre circulation de personnes en Europe, de Schengen à Maastricht», in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3-35;

ID., «Architecte ou spectatrice? La Cour de justice de l'Union dans l'espace de liberté, sécurité et justice», *RTDE*, 2006, pp. 1-46;

LAMBERT P., «Extradition et expulsion d'étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 63-78;

LANG A., «La politica comunitaria in materia di immigrazione», *DPCE*, 2003, pp. 698-725;

ID., «Quali conseguenze sulla libera circolazione delle persone dopo l'allargamento dell'Unione europea?», in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno, IX Convegno SIOI, Roma, 17-18 giugno 2004*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, pp. 463-476;

LEANZA U. (a cura di), *Le migrazioni Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno, IX Convegno SIOI, Roma, 17-18 giugno 2004*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005;

LICASTRO G., «Il "Codice frontiere Schengen"», *DCSI*, 2006, pp. 587-591;

LIGUORI A., «L'immigrazione e l'Unione europea», *DCSI*, 2000, pp. 427-452;

LOGROSCINO P., «La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali», *DUE*, 2006, pp. 407-421;

LUCCHINI A., «Commento agli artt. 177-188», F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, pp. 672-689;

MACRÌ F., «La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza *Parlamento c. Consiglio*», *DUE*, 2006, pp. 793-817;

MALINVERNI G., «I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, Cedam, 2003, pp. 165-182;

MANCA L., *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2003;

MARINI L., «I rapporti tra la Comunità europea e i paesi dell'Europa centro-orientale nella prospettiva dell'adesione», *CI*, 1998, pp. 327-342;

MARTÍN ARRIBAS J.J., DEMBOUR VAN OVERBERGH P., «La cuestión prejudicial a la luz del artículo 68 del Tratado de la Comunidad Europea», *RDCE*, 2001, pp. 231-346;

MASTROIANNI R., «La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza *Racke*», *RDI*, 1999, pp. 86-105;

ID., «La libera prestazione dei servizi», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2005, pp. 221-272;

MATTERA A., «“*Civis europaeus sum*”. La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 (*ex* articolo 8A) del trattato CE», *DUE*, 1999, pp. 431-464;

MELONI A., «The Development of a Common Visa Policy Under the Treaty of Amsterdam», *CMLR*, 2005, pp. 1357-1381;

MISSORICI M., ROMANO C., «Libertà di circolazione e soggiorno: i cittadini degli Stati terzi tra cittadinanza europea e politica delle migrazioni», *RIDU*, 1998, pp. 44-81;

MOCK H., FILLIEZ F., «Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral», *RSDIE*, 2006, pp. 237-256;

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale Parte generale e contratti*, terza ed., Torino, Utet, 2004;

NASCIMBENE B., «Politique méditerranéenne, migrations et droit communautaire», *RIDPC*, 1993, pp. 821-832;

ID., (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, Giuffrè, 1995;

ID., «Il diritto di asilo e lo *status* di rifugiato: profili di diritto interno e comunitario», in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, *Diritto Internazionale*, Bari, Cacucci, 1995, pp. 519-536;

ID., «Profili della cittadinanza dell'Unione europea», *RIDU*, 1995, pp. 246-261;

ID., «La politica in materia di immigrazione e di asilo», in G. BONVICINI, P. CECCHINI, P.C. PADOAN, N. RONZITTI (a cura di), *Italia senza Europa?*, Milano, Franco Angeli, 1997, pp. 135-162;

ID. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1998;

ID., «Tutela dei diritti fondamentali e competenze della Corte di giustizia nel Trattato di Amsterdam», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 683-694;

ID., «Finding a Solution through Citizenship», *EJML*, 1999, pp. 329-346;

ID., «L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo», *RIDPC*, 1999, pp. 731-742;

ID., «L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei Paesi terzi», in *Il trattato di Amsterdam*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 257-271;

ID., «Lo "spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne», in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, *Diritto dell'Unione europea Diiritto internazionale privato Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 307-318;

ID., «Artt. 3 e 4 del Protocollo n. 4», in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 891-908;

ID., «Relazioni esterne e accordi di riammissione», in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 297-310;

ID. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, Cedam, 2004;

ID., «Il progetto di Costituzione europea e l'immigrazione», *DIC*, 2004, p. 13 ss.;

ID., «Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea», in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 273-293;

NOLL G., VEDSTED-HANSEN J., «Temporary Protection and Burden-Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 195-224;

O'KEEFFE D., «The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration», *YEL*, 1991, pp. 185-219;

ID. (ed.), *Judicial Review in European Union Law*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 2000;

O'LEARY S., «Nationality Law and Community Citizenship: A Tale of Two Uneasy Bedfellows», *YEL*, 1992, pp. 353-384;

ID., «Employment and Residence for Turkish Workers and Their Families: Analogies with the Case-Law of the Court of Justice on Article 48 EC», in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 731-767;

OLESTI RAYO A., «La ampliación de la Unión europea y la libre circulación de trabajadores», *RDCE*, 2004, pp. 709-749;

ID., «El Acuerdo de asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión europea», *RDCE*, 2006, pp. 49-89;

PALLARO P., «Sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui rapporti tra espulsioni e rispetto della vita privata e familiare», *RIDU*, 1998, pp. 453-462;

ID., «Coppie di fatto e ricongiungimento familiare nell'ordinamento comunitario: un nuovo indirizzo della Corte di giustizia?», *DCSI*, 2001, pp. 261-280;

PANSA A., «I profili di sicurezza in materia di immigrazione e la gestione integrate delle frontiere europee», *CE*, 2005, pp. 49-59;

PAPAGIANNI G., «Free Movement of Persons in the Light of the New Title IV TEC: From Intergovernmentalism towards a Community Policy», *YEL*, 2001-2002, pp. 107-162;

PASTORE F., «L'obbligo di riammissione in diritto internazionale: sviluppi recenti», *RDI*, 1998, pp. 968-1021;

PEERS S., «Towards equality: Actual and potential rights of third country nationals in the European Union», *CMLR*, 1996, pp. 7-50;

ID., «Building Fortress Europe: the Development of EU Migration Law», *CMLR*, 1998, pp. 1235-1272;

ID., «Who's Judging the Watchmen? The Judicial System of the "Area of Freedom Security and Justice"», *YEL*, 1998, pp. 337-413;

ID., «The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis», *EJML*, 2000, pp. 127-142;

ID., «Aliens, Workers, Citizens or Humans? Models for Community Immigration Law», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 291-308;

ID., «Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights», *EJML*, 2001, pp. 141-169;

ID., «Key Legislative Developments on Migration in the European Union», *EJML*, 2001, pp. 231-255;

ID., «The Future of the EU Judicial System and EC Immigration and Asylum Law», *EJML*, 2005, p. 263 ss.;

PHUONG, «Asylum and Immigration in the Context of Enlargement», in TRIDIMAS, NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century. Rethinking the New Legal Order*, I, *Constitutional and Public Law External Relations*, Oxford, 2004, p. 377 ss.;

PIÇARRA N., «La mise en oeuvre du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Unione européenne: règles et procédures», in M. DEN BOER (ed.), *Schengen's Final Days? The Incorporation of Schengen into the New TUE, External Borders and Information System*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 1998, pp. 25-58;

POCAR F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001;

POLLET K., «The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: A Legal Analysis», *RAE*, 2000, pp. 57-80;

QUADRI S., «Primi spunti per uno statuto giuridico dell'immigrato extracomunitario», *RIDPC*, 1998, pp. 395-414;

ID., «Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno», *CI*, 2005, pp. 309-325;

ID., *Le migrazioni internazionali Da una disciplina statale dell'immigrazione al diritto internazionale delle migrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006;

RANNOU H., «La citoyenneté européenne et l'immigration», *RAE*, 2000, pp. 38-56;

REICH N., «Citizenship and Family on Trial: A Fairly Optimistic Overview of Recent Court Practice with Regard to Free Movement of Persons», *CMLR*, 2003, pp. 615-638;

RICCIO L., «Sulla provenienza da uno Stato contraente della Convenzione di Ginevra come motivo di denegato ingresso del richiedente asilo», *RDIPP*, 1991, pp. 397-416;

RINOLDI D., «Lo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"», in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2003, pp. 257-321;

RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2007;

ROSSI L.S., «Gli stranieri», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 129-147;

ID., «I cittadini», in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 108-128;

SACERDOTI G., ALESSANDRINI S., *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi*, Milano, Giuffrè, 1994;

SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, Cedam, 2003;

SCHIEFFER M., «Community Readmission Agreements with Third Countries - Objectives, Substance and Current State of Negotiation», *EJML*, 2003, pp. 343-357;

SCHUTTE J.J.E., «Schengen: Its Meaning for the Free Movement of Persons in Europe», *CMLR*, 1991, pp. 549-570;

SIMPSON G., «Asylum and Immigration in the European Union after the Treaty of Amsterdam», *EPL*, 1999, p. 91-124;

STANGOS P.N., «Les ressortissants d'Etats tiers au sein de l'ordre juridique communautaire», *CDE*, 1992, pp. 306-347;

STAPLES H., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, The Hague, London, Boston, Kluwer International Law, 1999;

STARACE V., «Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed estradizione», in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, Cedam, 2003, pp. 97-123;

STARITA M., «Competenze d'esecuzione normativa *reali e apparenti* in materia di visti e controlli alle frontiere esterne: a margine di una recente sentenza della Corte comunitaria», *DUE*, 2005, pp. 817-838;

STEENBERGEN J.D.M., «All the King's Horses...Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty», *EJML*, 1999, pp. 29-60;

STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea Parte istituzionale*, terza ed., Torino, Giappichelli, 2005;

ID. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea Parte speciale*, seconda ed., Torino, Giappichelli, 2005;

TESAURO G., *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, Cedam, 2005;

TIZZANO A., «A proposito dell'inserzione dell'*acquis* di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo "del Consiglio" con Islanda e Norvegia», *DUE*, 1999, pp. 521-526;

Id., (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2000;

Id. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2004;

TOTH A.G., «The legal effects of the protocols relating to the United Kingdom, Ireland and Denmark», in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam*, The Hague, London, Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 227-252;

TRIGGIANI E., «La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale», *SIE*, 2006, pp. 435-477;

URBANO DE SOUSA C., «Le droit des membres de la famille du citoyen de l'Union européenne de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, dans la directive 2004/38/CE», in CARLIER J.-Y., GUILD E. (sous la direction de), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'U.E.*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 103-125;

VAN DER KLAUW J., «Towards a Common Asylum Procedure», in E. GUILD, C. HARLOW (eds.), *Implementing Amsterdam. Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 165-194;

VAN DER MEI A.P., *Free Movement of Persons Within the European Community*, Oxford, Portland Oregon, Hart Publishing, 2003;

Id., «Residence and the Evolving Notion of European Union Citizenship», *EJML*, 2003, pp. 419-433;

VAN DIJK P., «Protection of "Integrated" Aliens Against Expulsion under the European Convention of Human Rights», *EJML*, 1999, pp. 293-312;

VASSALLO PALEOLOGO F., «I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi», *DIC*, 4/1999, pp. 26-33;

VILLANI U., «La cittadinanza dell'Unione europea», in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, *Diritto Internazionale*, Bari, Cacucci, 1995, pp. 1001-1037;

Id., «I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea», ora in U. VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, Luiss University Press, 2005, pp. 131-172;

ID., *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, Luiss University Press, 2005;

WAGNER E., «The Integration of Schengen into the Framework of the European Union», *LIEI*, 1998, n. 2, pp. 1-60;

WEBER A., «Possibilità e limiti dell'armonizzazione europea del diritto di asilo prima e dopo Amsterdam», *RIDPC*, 1998, pp. 1003-1019;

WRAY H., «An Ideal Husband? Marriages of Convenience, Moral Gate-keeping and Immigration to the UK», 2006, pp. 303-320;

ZENO ZENCOVICH V., «Art. 8», in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 307-317.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

- Cah. dr. eur.* — Cahiers de droit européen;
- CE* — La cittadinanza europea;
- CDE* — Cahier de droit européen;
- CHRLR* — Columbia Human Rights Law Review;
- CI* — La Comunità internazionale;
- Citt. Eur.* — La cittadinanza europea;
- CMLR* — Common Market Law Review;
- CS* — Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto Internazionale e Straniero dell'Università di Milano;
- DCI* — Diritto del commercio internazionale;
- DCSI* — Diritto comunitario e degli scambi internazionali;
- Dir. Uomo* — I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie;
- DIC* — Diritto Immigrazione e Cittadinanza;
- DPCE* — Diritto pubblico comunitario ed europeo;
- DUE* — Il Diritto dell'Unione europea;
- EJIL* — European Journal of International Law;
- EJML* — European Journal of Migration and Law;
- ELR* — European Law Review;
- EPL* — European Public Law;
- GDA* — Giornale di diritto amministrativo;
- Giust. civ.* — Giustizia civile;
- GYIL* — German Yearbook of International Law;
- ICLQ* — International and Comparative Law Quarterly;
- JCMS* — Journal of Common Market Studies;
- JDI* — Journal de droit international;
- LIEI* — Legal Issues of European Integration;
- Maastricht JECL* — Maastricht Journal of European and Comparative Law;
- NRLDG* — Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza;
- Pol. Dir.* — Politica del diritto;
- Quad. cost.* — Quaderni costituzionali;
- Racc.* — Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee;

RAE — Revue des Affaires Européennes;
RDCE — Revista de Derecho Comunitario Europeo;
RDI — Rivista di diritto internazionale;
RDIPP — Rivista di diritto internazionale privato e processuale;
RIDPC — Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario;
RIDU — Rivista internazionale dei diritti dell'uomo;
RMC — Revue du Marché Commun;
RMCE — Revue du Marché Commun et de l'Union européenne;
RMUE — Revue du Marché Unique Européenne;
RSDIE — Revue suisse de droit international et européen;
RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen;
RTDPC — Rivista trimestrale di diritto e procedura civile;
VJIL — Virginia Journal of International Law;
YEL — Yearbook of European Law;
ZRV — Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

1. Corte di giustizia delle Comunità europee:

- sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1963, p. 3 ss., [81];
- sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1971, p. 263 ss. [22];
- sentenza del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, in *Racc.*, 1974, p. 1337 ss. [31];
- sentenza del 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, in *Racc.*, 1975, p. 297 ss. [31];
- sentenza del 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Interieur*, in *Racc.*, 1975, p. 1219 ss. [31, 56];
- sentenza del 27 ottobre 1982, cause riunite 35 e 36/82, *Elestina Esselina Christina Morson c. Stato dei Paesi Bassi e Capo della polizia locale ai sensi della Vreemdelingenwet; Sewradjie Jhanjan c. Stato dei Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1982, p. 3723 ss. [119, 122];
- sentenza del 13 febbraio 1985, causa 267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlino*, in *Racc.*, 1985, p. 567 ss. [118, 124];
- sentenza del 17 aprile 1986, causa 59/85, *Stato dei Paesi Bassi c. Ann Florence Reed*, in *Racc.*, 1986, p. 1283 ss. [123];
- sentenza del 7 maggio 1986, causa 131/85, *Emir Gül c. Regierungspräsident Düsseldorf*, in *Racc.*, 1986, p. 1573 ss. [136];
- sentenza del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles c. Marie-Christine Lebon*, in *Racc.*, 1987, p. 2811 ss. [124];
- sentenza del 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283, 284, 285 e 287/85, *Repubblica federale di Germania, Repubblica francese, Regno dei Paesi Bassi, Regno di Danimarca e Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1987, p. 3203 ss. [9];
- sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, in *Racc.*, 1987, p. 4199 ss. [27];
- sentenza del 17 dicembre 1987, causa 147/87, *Saada Zaoui c. Caisse Régionale d'Assurance Maladie de l'Ile de France (C.R.A.M.I.F.)*, in *Racc.*, 1987, p. 5511 ss. [122];

- sentenza del 18 maggio 1989, causa 249/86, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1989, p. 1263 ss. [120];
- sentenza del 18 ottobre 1990, cause riunite 297/88 e C-197/89, *Massam Dzodzi c. Etat Belge*, in *Racc.*, 1990, p. I-3763 ss. [122];
- sentenza del 12 dicembre 1990, cause riunite C-100 e C-101/89, *Peter Kaefer e Andrea Procacci c. Stato francese*, in *Racc.*, p. I-4647 ss., [48, 48, 48];
- sentenza del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, in *Racc.*, 1992, p. I-4265 ss. [122, 126];
- sentenza del 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Ettien Koua Poirrez c. Caisse d'allocations familiales de la Région parisienne, sostituita dalla Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, in *Racc.*, 1992, p. I-6685 ss. [122];
- sentenza del 20 aprile 1994, causa C-58/93, *Zoubir Yousfi c. Stato belga*, in *Racc.*, 1994, p. I-1353 ss. [157];
- sentenza del 5 aprile 1995, causa C-103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, in *Racc.*, 1995, p. I-719 ss. [157];
- sentenza del 6 giugno 1995, causa C-434/93, *Ahmet Bozkurt c. Staatssecretaris van Justitie*, in *Racc.*, 1995, p. I-1475 ss. [155];
- sentenza del 23 gennaio 1997, causa 171/95, *Recep Tetik c. Land Berlin*, in *Racc.*, 1997, p. I-329 ss. [155];
- sentenza del 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c. Kari Uecker e Vera Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1997, p. I-3171 ss. [122];
- sentenza del 10 giugno 1997, causa C-392/95, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1997, p. I-3213 ss. [14, 15];
- sentenza del 30 settembre 1997, causa C-98/96, *Kasim Ertanir c. Land Hessen*, in *Racc.*, 1997, p. I-5179 ss. [155];
- sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 1998, p. I-2763 ss. [14];
- sentenza del 19 gennaio 1999, causa 348/96, *Procedimento penale a carico di Donatella Calfà*, in *Racc.*, 1999, p. I-11 ss. [31];

- sentenza del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *Nour Eddline El-Yassini c. Secretary of State for Home Department*, in *Racc.*, 1999, p. I-1209 ss. [157];
- sentenza dell'11 maggio 2000, causa C-37/98, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, in *Racc.*, 2000, p. I-2927 ss. [154];
- sentenza del 22 giugno 2000, causa C-65/98, *Safet Eyüp c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg*, in *Racc.*, 2000, p. I-4747 ss. [155];
- sentenza dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2002, p. I-6279 ss. [119, 121];
- sentenza del 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belga*, in *Racc.*, 2002, p. I-6591 ss. [127, 128, 131];
- sentenza del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2002, p. I-7091 ss. [122, 124];
- sentenza del 9 gennaio 2003, causa C-257/00, *Nani Givane e altri c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2003, p. I-345 ss. [135];
- sentenza del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, in *Racc.*, 2003, p. I-9607 ss. [126, 128];
- sentenza del 21 ottobre 2003, cause riunite C317/01 e C-369/01, *Eran Abatay e altri e Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit*, in *Racc.*, 2003, p. I-12301 ss. [154, 156];
- sentenza del 30 settembre 2004, causa C.275/02, *Engin Ayaz c. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, 2004, p. I-8765 [155];
- sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, 2004, p. I-9925 ss. [125, 125];
- sentenza dell'11 novembre 2004, causa C-467/02, *Inan Cetinkaya c. Land Baden-Württemberg*, in *Racc.*, 2004, p. I-10895 ss. [155];
- sentenza del 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 2005, p. I-6985 ss. [22];
- sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2005, causa C-443/03, *Götz Leffler c. Berlin Chemie AG*, in *Racc.*, 2005, p. I-9611 ss. [26];
- sentenza del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, in *Racc.*, 2006, p. I-1097 ss. [127, 130, 130];

- sentenza del 30 marzo 2006, causa C-10/05, *Cynthia Mattern e Hajrudin Cikotic c. Ministre du Travail de l'Emploi*, in *Racc.*, 2006, p. I-3145 ss. [136, 136];
- sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Racc.*, 2006, p. I-5769 ss. [161];
- sentenza del 3 ottobre 2006, causa C-241/05, *Nicolae Bot c. Préfet du Val-de-Marne*, in *Racc.*, 2006, p. I-9627 ss. [95];
- sentenza del 14 dicembre 2006, causa C-97/05, *Mohamed Gattoussi c. Stadt Rüsselsheim*, in *Racc.*, 2006, p. I-11917 ss. [157];
- sentenza del 9 gennaio 2007, causa C-1/05, *Yunying Jia c. Migrationsverket*, non ancora pubblicata in *Racc.* [125, 129];
- sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, non ancora pubblicata in *Racc.* [**Errore. Il segnalibro non è definito.**, 162];
- sentenza del 4 ottobre 2007, causa C-349/06, *Murat Polat c. Stadt Rüsselsheim*, non ancora pubblicata in *Racc.* [155];

2. Tribunale di primo grado delle Comunità europee:

- sentenza del 12 luglio 2006, causa T-49/04, *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, in *Racc.*, 2006, p. II-52 ss. [163];

3. Corte europea dei diritti dell'uomo:

- sentenza del 13 giugno 1979, ricorso n. 6833/74, *Marckx c. Belgio* [59];
- sentenza del 28 maggio 1985, ricorsi nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81, *Abdulaziz Cabales e Balkandali c. Regno Unito* [59];
- sentenza dell'8 luglio 1987, ricorso n. 9749/82, *W. c. Regno Unito* [59];
- sentenza del 24 marzo 1988, ricorso n. 10465/83, *Olsson c. Svezia* [59];
- sentenza del 21 giugno 1988, ricorso n. 10730/84, *Berrehab c. Paesi Bassi* [59, 59];
- sentenza del 7 luglio 1989, ricorso n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito* [57, 57, 58];
- sentenza del 20 marzo 1991, ricorso n. 15576/89, *Cruz Varas e altri c. Svezia* [57];
- sentenza del 30 ottobre 1991, ricorsi nn. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito* [56, 57, 58];

- sentenza del 23 marzo 1995, ricorso n. 15318/89, *Loizidou c. Turchia* [56];
- sentenza del 7 agosto 1996, ricorso n. 21794/93, *C. c. Belgio* [59];
- sentenza del 28 novembre 1996, ricorso n. 23366/94, *Nsona c. Paesi Bassi* [57];
- sentenza del 29 gennaio 1997, ricorso n. 23078/93, *Bouchelkia c. Francia* [59];
- sentenza del 26 settembre 1997, ricorso n. 25613/94, *El Boujaidi c. Francia* [59];
- sentenza del 29 aprile 1997, ricorso n. 24573/94, *H.L.R. c. Francia* [58, 58];
- sentenza del 2 maggio 1997, ricorso n. 30240/96, *D. c. Regno Unito* [56, 57, 58, 58];
- sentenza del 21 ottobre 1997, ricorso n. 25404/94, *Boujlifa c. Francia* [59];
- sentenza dell'11 luglio 2000, ricorso n. 29192/95, *Ciliz c. Paesi Bassi* [59];
- sentenza del 22 aprile 2001, ricorso n. 42703/98, *Radovanovic c. Austria* [59];
- sentenza dell'11 luglio 2001, ricorso n. 56811/00, *Amrollahi C. Danimarca* [59];
- sentenza del 2 agosto 2001, ricorso n. 54273/00, *Boultif c. Svizzera* [59];
- sentenza del 9 ottobre 2003, ricorso n. 48321/99, *Slivenko c. Lettonia* [59];
- sentenza del 16 giugno 2005, ricorso n. 60654/00, *Sisojeva e altri c. Lettonia*, [59];
- sentenza dell'8 giugno 2006, ricorso n. 10337/04, *Lupsa c. Romania* [59];
- sentenza del 12 ottobre 2006, ricorso n. 1317803, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, [57];
- sentenza dell'11 gennaio 2007, ricorso n. 1948/04, *Salah Sheekh c. Paesi Bassi* [57, 57];