

DIRITTI EUROPEI E NON NAZIONALI? SULLO STATUTO GIURIDICO DEL MIGRANTE: IL NODO DEGLI STANDARDS SOVRANAZIONALI COMUNI¹

¿DERECHOS EUROPEOS Y NO NACIONALES? SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DEL MIGRANTE: EL PROBLEMA DE LOS ESTÁNDARES SUPRANACIONALES COMUNES

EUROPEAN RIGHTS AND NON-NATIONALS? ON THE LEGAL STATUS OF THE MIGRANT: THE PROBLEM OF THE COMMON SUPRANATIONAL STANDARDS

ELISA CAVASINO²

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad: “Construyendo un estándar europeo de protección de los Derechos Fundamentales” (DER-41303-P), cuya investigadora principal es Ana Carmona.

² Professore associato di diritto costituzionale nell’Università degli studi di Palermo, Dipartimento di giurisprudenza.

SUMARIO: I. PREMESSA. II. STATUS DELLO STRANIERO E STANDARDS SOVRANAZIONALI COMUNI DI TUTELA: CONSIDERAZIONI GENERALI E SCELTA DELL'APPROCCIO CASISTICO. III. LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA ED IL PROCESSO DI COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI. IV. LA DIFFICILE COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI IN MATERIA DI DIRITTI SOGGIORNO DEI CITTADINI DELL'UNIONE. V. LA COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI IN TEMA DI DIRITTI DI SOGGIORNO DEI MIGRANTI "ECONOMICI": 5.1. Segue La costruzione di standards comuni dei diritti sociali dei migranti economici: i casi *Kamberaj e Chakroun*. VI. LA COSTRUZIONE DI STANDARDS SOVRANAZIONALI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE DELLO STRANIERO. VII. CONCLUSIONI.

I. PREMESSA

Negli ultimi decenni, diverse aree del continente europeo hanno attraversato un processo di decrescita demografica. Le democrazie pluraliste europee hanno affrontato fasi di crisi e di stagnazione economica, mentre, sul piano sociale si è riscontrato un forte aumento delle disuguaglianze e di riduzione della "mobilità sociale"³. È in corso un processo di ridefinizione dell'ordine politico internazionale⁴ che incide sul ruolo degli Stati europei e dell'Unione europea e sui caratteri delle politiche nazionali in materia di immigrazione⁵.

Tutti questi fattori, tuttavia, confermano l'impressione che le migrazioni umane verso il continente europeo e all'interno di esso siano un fenomeno che caratterizza la storia europea della fine del XX e l'inizio del XXI secolo. In particolare, osservando i movimenti migratori dal punto di vista delle *ragioni* che muovono i migranti e delle *regole giuridiche* ad essi applicabili, si può rilevare che essi assumono il carattere di "flussi misti", composti, quindi, da migranti cui sono applicabi-

³ In relazione alla crisi della classe media, in particolare, O. ZUNZ, L. SCHOPPA, N. HIWATARI (eds), *Social Contracts Under Stress. The Middle Classes of America, Europe, and Japan at the Turn of the Century*, Russel Sage Foundation, 2002; E. WARREN, *The Growing Threat to Middle Class Families*, 69 *Brook. L. Rev.* 401 2003-2004.

⁴ S. P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, New York, 1996; trad. it. a cura di S. MINUCCI, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale*, Milano, 1997.

⁵ Editorial Comments, *From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles*, in *Common Market Law Review* 52: 1437-1450, 2015.

li regole giuridiche differenti in ragione della loro nazionalità, della loro condizione personale, economica e sociale.

Le regole che presidono alla disciplina della mobilità umana sono caratterizzate dall'essere intrinsecamente diseguali. Questo tocca la questione della ragionevolezza del trattamento differenziato dello straniero e della coerenza delle risposte normative offerte alla *domanda* di mobilità che esprimono i flussi migratori verso l'Unione europea, con i principi costituzionali di struttura degli Stati di democrazia pluralista: centralità della persona, principio di uguaglianza, tutela della libertà e della sicurezza⁶.

II. STATUS DELLO STRANIERO E STANDARDS SOVRANAZIONALI COMUNI DI TUTELA: CONSIDERAZIONI GENERALI E SCELTA DELL'APPROCCIO CASISTICO

Il differente regime giuridico applicabile alla mobilità umana è un effetto della natura territoriale dello Stato, del rilievo attribuito allo *status* di cittadinanza nell'esercizio della libertà di ingresso, circolazione, soggiorno sul territorio dello Stato; delle conseguenti scelte politiche statali sul *governo* dell'immigrazione.

Il presupposto soggettivo che deve sussistere per applicare la disciplina UE in materia di immigrazione è, ovviamente, che la persona che esercita la libertà di emigrazione – tutelata sia a livello costituzionale che internazionale⁷ – non posseda la nazionalità dello Stato di cui intende varcare il confine o in cui intende soggiornare.

Sono dunque le norme nazionali, integrate da quelle UE ed internazionali a definire lo *status* giuridico del non cittadino che si trova alla frontiera o all'interno del territorio dello Stato.

Il processo d'integrazione europea, a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, nel 1998, ha determinato una notevole espansione delle competenze normative UE in questa materia al fine di realizzare la costruzione dello spazio giuridico senza frontiere interne.

⁶ Su tali caratteri, per tutti, F. RIMOLI, *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*, in *Rivista AIC*, archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/dirittifondamentali/rimoli.doc; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Bari, 2000; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in Id., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 1997; 3 ss.; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997;

⁷ Artt. 2, 16 e 35 Cost. it.; Art. 13 UN Universal Declaration of Human Rights; Art. 12 International Covenant on Civil and Political Rights); art. 2.2 European Convention on Human Rights. Cfr. G. ITZCOVITCH, *Migrazioni e sovranità. Alcune osservazioni su concetto, fonti e storia del diritto di migrare*, in *Ragion pratica*, 41, 2013, 433 ss., spec. 438.

La maggiore incidenza delle scelte *politiche* sovranazionali sulle regole che disciplinano l'immigrazione ha portato a definire meccanismi di solidarietà fra gli Stati membri dell'Unione europea nella gestione dei flussi di persone che richiedono protezione internazionale.

I principi di condivisione degli oneri (*burden sharing*) e di fiducia reciproca (*mutual trust*) nel rispetto degli obblighi internazionali in materia di tutela dei diritti umani hanno rappresentato i due pilastri del modello UE di gestione delle migrazioni forzate.

Gli interventi relativi al governo delle migrazioni economiche, invece, sono stati funzionali a rafforzare la garanzia delle quattro libertà fondamentali del trattato ed il funzionamento del mercato unico, contemperandole con l'interesse alla sostenibilità dei sistemi nazionali di *welfare* e alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale.

In linea generale, è possibile affermare che il diritto europeo dell'immigrazione ha perseguito l'obiettivo generale di assicurare una positiva incidenza dei flussi migratori sul mercato del lavoro ed il quadro economico degli Stati membri: assicurare la sostenibilità del "sistema" nazionale di previdenza, assistenza e servizi sociali ed il rispetto del diritto internazionale in materia di diritti e libertà fondamentali della persona e di diritti umani sono i binari lungo i quali si è mosso il legislatore europeo.

Questo contributo s'interroga sulla possibilità di rintracciare uno *standard* sovranazionale di tutela di diritti e situazioni giuridiche soggettive di vantaggio per il non cittadino che sia comune agli Stati membri dell'Unione europea e su come si sviluppa il processo d'integrazione europea in materia di diritti dei non cittadini, nel contesto sopra rappresentato.

Come si avrà modo di mostrare, la scelta operata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, di attribuire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso *valore giuridico* dei Trattati ha determinato effetti importanti sul processo di costruzione degli *standards*.

Può sin da subito anticiparsi che l'effetto combinato dell'art. 6 TUE e delle disposizioni di cui agli articoli 51-53 della Carta hanno determinato la recessività del ruolo del diritto costituzionale nazionale nella definizione degli *standards* comuni ed una più stretta integrazione del diritto UE le norme internazionali in materia di tutela dei diritti umani.

Questi effetti sono molto evidenti soprattutto nel settore materiale della condizione giuridica dei migranti non economici, con riferimento al sistema CEDU ed alla Convenzione di Ginevra delle Nazioni Unite del 1951 sullo *status* di rifugiato.

Per affrontare il tema degli *standards* comuni in materia di condizione giuridica dello straniero si è scelto di prendere in esame il diritto UE in materia di libertà

d'ingresso, circolazione e soggiorno nello spazio giuridico europeo dei non cittadini attraverso un'analisi di casi giurisprudenziali particolarmente rilevanti, la maggior parte dei quali decisi dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In particolare, i casi che saranno oggetto di analisi riguardano il rapporto fra Carta dei diritti e processo di costruzione degli *standards*; la disciplina del soggiorno dei migranti economici; l'accesso ai sistemi di assistenza sociale dei migranti regolarmente presenti sul territorio nazionale; la garanzia di *core clauses* in materia di diritti umani dei migranti non economici.

Si affronteranno innanzitutto i casi che hanno riguardato il tema generale del rapporto fra disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la definizione di *standards* sovranazionali comuni in materia di diritti dei non cittadini⁸.

Successivamente, verranno presi in esame casi che riguardano la libertà di circolazione e soggiorno, sia con riferimento alla possibilità di costruire *standards* comuni in relazione allo *status* dei cittadini dell'Unione⁹ e dei cittadini di Paesi terzi nell'ipotesi di migrazioni volontarie¹⁰.

Infine, verranno presi in esame casi che riguardano la definizione di *standards* comuni in materia di protezione internazionale dei cittadini di Stati terzi dell'Unione europea¹¹.

III. LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA ED IL PROCESSO DI COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI

Il tema dei rapporti fra diritto costituzionale nazionale, diritto dell'Unione europea e altre fonti internazionali rilevanti in materia di *status* giuridico dello straniero va affrontato muovendo innanzitutto dalla portata degli articoli 6 TUE, 51, 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁸ CGUE (G. sez.) sent. 26.2.2013, C-399/11 *Melloni*, CGUE (G. sez.) sent. 26.2.2013, C-617/10 *Fransson* e CGUE (G. sez.) 11 novembre 2014, C-333/13 *Dano*.

⁹ CGUE (G. sez.) sent. 24.4.2012 C-571/10 *Kamberaj*, CGUE (G. sez.) 11 novembre 2014, C-333/13 *Dano*; CGUE 19 settembre 2013, C-140/12 *Brey*; CGUE 14 giugno 2016, C-308/14 *Commissione c. Regno Unito*.

¹⁰ CGUE (G. sez.) 16 luglio 2015, C-218/14 *Singh*.

¹¹ Con riferimento a due oggetti: *Non refoulement* e Paesi sicuri (CGUE (G. sez.) sent. 21 dicembre 2011, C-411/10 *NS* e CGUE (G. sez.) 14.11.2013, C-4/11 *Puid*); *standards* in materia di eccezioni agli *status* di protezione e tutela dei diritti umani (CGUE sent. 24 giugno 2015, C.373/13 *H.T.*).

È proprio dall'interpretazione e dall'applicazione di queste disposizioni che si possono iniziare a definire gli *standards* comuni di tutela. Pertanto, è necessario svolgere delle brevissime considerazioni in merito ad esse¹².

L'art. 6 TUE, stabilisce, da un lato, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei Trattati e, dall'altro, che, sino all'adesione alla CEDU, gli obblighi CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri costituiscono principi generali del diritto UE.

Quanto alla Carta dei diritti, l'art. 51 pone il principio che l'ambito di applicazione della Carta non incide né muta compiti e competenze dell'Unione e che gli Stati membri.

Il successivo art. 52, invece, ai commi 1 e 2 disciplina, in via generale, i limiti cui possono essere sottoposti i diritti attribuiti dalla Carta: tali limiti devono rispettare il principio di legalità, il contenuto essenziale dei diritti e il principio di proporzionalità (*test* di necessità del limite, della proporzionalità rispetto al fine di proteggere interessi generali riconosciuti dall'Unione o diritti e libertà di altre persone). Il comma 3 del medesimo articolo, invece fissa il principio dell'*armonia* dell'interpretazione dei diritti riconosciuti dalla Carta con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nelle ipotesi in cui tali diritti le esprimano¹³.

L'art. 53 della Carta, infine, fissa una regola sui *conflitti* fra diritto internazionale dei diritti umani, diritto costituzionale in materia di diritti e libertà fondamentali e Carta dei diritti: separazione delle competenze e divieto di interpretazioni limitative dei diritti garantiti da altri ordini normativi.

¹² In generale, M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 29 ss.; A. RODRÍGUEZ BEREUO, *La Carta de derechos fundamentales de la Unión europea*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1-2/2001, 45 ss.; G. DE BURCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, september 2013, *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-51*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2319175; C. BARNARD, *The Charter, the Court - and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 18/2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2306957; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental rights*, in *Common Market Law Review* 49: 1565-1612, 2012; K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, 1235; A. PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. internazionale*, 2014, 114 ss. Di recente L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea: un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013; R.A. GARCÍA (2002), *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Law Journal*, 8: 492-514.

¹³ Prima del Trattato di Lisbona A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea: Osservazioni di diritto comparato a margine dell'art. 52*, Padova, 2004.

I giudici nazionali hanno più volte utilizzato il rinvio pregiudiziale d'interpretazione, ritenendo necessaria una pronuncia della Corte di giustizia che avesse ad oggetto proprio l'interpretazione di queste disposizioni della Carta dei diritti¹⁴.

Il tema della costruzione degli *standards* comuni di tutela dei diritti passa, in particolare, attraverso la risoluzione della seguente questione: il principio di separazione delle competenze fra diversi ordini normativi – che è alla base dell'esperienza dell'integrazione europea ed è riconosciuto dagli articoli 51 e 53 della Carta dei diritti – come incide sulla fissazione dello *standard* comune? In particolare, la sua traduzione in termini di autonomia e primato del diritto UE può avere l'effetto di abbassare il livello di tutela garantito all'interno di un ordinamento costituzionale internazionale o dal diritto internazionale pattizio?

Quanto ai rapporti con il diritto internazionale pattizio, la Corte di giustizia, ribadendo fermamente il principio di autonomia ed il primato del diritto UE, ha affermato che l'art. 6 TUE e le norme della Carta non disciplinano i rapporti con le norme internazionali pattizie, in particolare con quelle della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) e ordinamento UE¹⁵.

Tuttavia, la Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale di validità, ha ritenuto che l'art. 52 par. 3 della Carta imponga, in sede d'interpretazione dei diritti da essa riconosciuti, di darvi lo stesso significato e portata di quelli garantiti dalla CEDU¹⁶, ribadendo comunque che, sino all'adesione alla CEDU, gli obblighi convenzionali hanno la posizione di principi generali all'interno dell'ordinamento comunitario¹⁷.

Rispetto invece al tema della costruzione di *standards* comuni in rapporto al diritto costituzionale degli Stati membri, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha risposto nel senso che la costruzione dello *standard* deve avvenire muovendo dal presupposto dell'autonomia del diritto dell'Unione e del primato.

In uno dei casi qui presi in esame, la Corte di giustizia ha dovuto offrire una soluzione al seguente interrogativo: l'applicazione dei principi di autonomia e del primato può avere l'effetto di abbassare il livello di tutela dei diritti fondamentali negli ordinamenti costituzionali nazionali? La Corte ha risposto tale interrogativo in senso affermativo. È dunque possibile che il diritto UE possa fissare *standards*

¹⁴ Sul tema R. GRECO, *Corti nazionali e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, pag. 31 ss.; C. LACCHI, *Multilevel judicial protection in the EU and preliminary references*, in *Common Market Law Review* 53: 679–708, 2016.

¹⁵ CGUE sent. 24.4.2012, C-571/10 *Kamberaj*, par. 62.

¹⁶ CGUE sent. 15.2.2016, C-601/15 *PPU J.N.*, par. 44–46

¹⁷ Sugli effetti dell'Opinion 2/13 della CGUE cfr. Editorial Comments, *The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ!*, in *Common Market Law Review* 52: 1–16, 2015; P. GRAGL, *A giant leap for european human rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights*, in *Common Market Law Review* 51: 13–58, 2014.

di tutela dei diritti anche inferiori a quelli previsti dagli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁸.

In particolare, nel caso *Melloni*, è stato sulla base dell'art. 53 della Carta, interpretato alla luce del principio di attribuzione delle competenze e del primato del diritto dell'Unione, che si è giunti a tale soluzione: lo Stato membro non può “ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato”¹⁹. L'art. 53, in altri termini, consente di “applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali” ma soltanto “a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”²⁰.

Con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali, quindi, il ruolo che gioca il diritto costituzionale nazionale nella costruzione degli *standards* comuni di tutela dei diritti appare essere recessivo e rilevante soltanto laddove ricollegabile alle *tradizioni costituzionali comuni* degli ordinamenti degli Stati membri²¹. Peraltro, questo concetto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non viene più utilizzato in modo autonomo come principio che concorre ad identificare lo *standard*, quanto, piuttosto, come ausilio interpretativo degli articoli della Carta dei

¹⁸ Sul tema, in generale E. MUIR, *The fundamental rights implications of EU legislation: some constitutional challenges*, in *Common Market Law Review* **51**: 219–246, 2014. Per un'impostazione generale dei termini della questione in senso contrario (ovvero nel senso della tutela più intensa) A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in *Consulta on line*, 1/2015, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri46.pdf>

¹⁹ CGUE sent. 26.2.2013, C-399/11 *Melloni*, par. 58.

²⁰ CGUE sent. 26.2.2013, C-399/11 *Melloni*, par. 60. Sull'ambito di applicazione della Carta CGUE sent. 26.2.2013, C-617/10 *Fransson*, par. 29 CGUE sent. 11.11.2014, C-333/13 *Dano*, 85-91. Sul tema cfr. N. DE BOER, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, in *Common Market Law Review* **50**: 1083–1104, 2013; E. HANCOX, *The meaning of “implementing” EU law under Article 51(1) of the Charter: Åkerberg Fransson*, in *Common Market Law Review* **50**: 1411–1432, 2013; M. DOUGAN, *Judicial review of Member State action under the general principles and the Charter: defining the “scope of union law”*, in *Common Market Law Review* **52**: 1201–1246, 2015; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza “Åkerberg Fransson” alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 883 ss.; V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Dir. UE*, 2013, 229 ss. in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, fasc. 3 pag. 883 - 912

²¹ Sul tema si vedano i contributi raccolti negli Atti della Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale, Taormina 4 ottobre 2002 in A. PIZZORUSSO (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003; in M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; V. ATRIPALDI, R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea: dopo il caso Austria e la Carta dei diritti fondamentali*, Padova, 2003.

diritti fondamentali dell'Unione sulla base dei quali viene invece costruito lo *standard*²².

IV. LA DIFFICILE COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI IN MATERIA DI DIRITTI SOGGIORNO DEI CITTADINI DELL'UNIONE

Un esempio di diritti e libertà per i quali il processo di costruzione di *standards* comuni di tutela dei diritti fondamentali appare piuttosto difficoltoso è quello della libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione.

Le ragioni tecnico-giuridiche fondamentali che, dopo Lisbona, hanno contribuito a rendere difficile l'individuazione di *standards* comuni di tutela possono essere rintracciate nella struttura delle disposizioni di diritto primario in materia di libertà di circolazione e soggiorno.

In primo luogo, nonostante nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea sia enunciato un divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità (art. 18 TFUE), la disciplina rilevante di diritto primario, nel disciplinare l'esercizio di tale libertà, ammette esplicite limitazioni e condizioni all'esercizio della stessa "previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi" (art. 21.1 TFUE).

In secondo luogo, il Trattato di Lisbona mantiene fermo il principio che la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione debba essere disciplinata in modo differente a seconda che si tratti di cittadini economicamente attivi (lavoratori) o economicamente inattivi (art. 45 TFUE)²³.

La Carta dei diritti fondamentali mantiene ferma questa impostazione²⁴.

Già un dato di natura sistematica offre utili indicazioni in merito ad un assunto di fondamentale importanza: la libertà di circolazione e soggiorno non ha uno sta-

²² Mentre nel caso C-399/11 *Melloni* non è stata rilevata l'esistenza di tradizioni costituzionali comuni, con l'effetto di abbassare lo *standards* comune di tutela di un diritto fondamentale garantito nell'ordinamento costituzionale spagnolo, in altri casi la Corte ha rilevato una corrispondenza fra Carta dei diritti e tradizioni costituzionali comuni, fra cui fondamentale per il tema qui trattato CGUE sent. 28.4.2011, C-61/11 PPU *El Dridi*. Cfr. anche CGUE sent. 27.6.2013, C-93/12 *ET Agrokonstulung-04-Velko Stoyanov*; CGUE sent. 26.9.2013, C-476/11 *HK Danmark*; CGUE 18.12.2014 Parere 2/13. Sul concetto, in generale, e sul suo rilievo nel processo d'integrazione europea, per tutti, A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2012.

²³ Sul punto, in generale N.N. SHUIBHNE, *Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of Union Citizenship*, in *Common Market Law Review* 52: 889-938, 2015; A. TRYFONIDOU, *In search of the aim of the EC free movement of persons provisions: has the Court of Justice missed the point?*, in *Common Market Law Review* 46: 1591-1620, 2009.

²⁴ Artt. 15, 21 e 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

tuto generale e non è ritenuta una libertà della persona, quanto, piuttosto, di soggetti che si trovano in particolari condizioni personali, economiche, politiche, sociali.

Non a caso, la libertà di circolazione e soggiorno è *connessa* alla libertà professionale e al diritto di lavorare (art. 15 parr. 2 e 3 Carta diritti UE); allo *status* di cittadino dell'Unione (art. 45 Carta diritti UE); al rispetto di obblighi internazionali di protezione della persona (art. 18 Carta diritti UE); alla prevenzione del rischio di incorrere in trattamenti inumani o degradanti (art. 19 Carta diritti UE).

L'inerenza della libertà di circolazione e soggiorno allo *status* giuridico di cittadino dell'Unione, peraltro, non impedisce di porre in essere discriminazioni in base alla nazionalità, se trovano fondamento in specifiche disposizioni dei trattati (art. 21 par. 2 Carta diritti UE).

Posta questa *summa divisio* fra cittadini economicamente attivi e inattivi, inoltre, il ruolo del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza nella costruzione degli *standards* comuni appare quindi poco incisivo, in quanto soggetto alle limitazioni previste dai Trattati²⁵.

Infine, importanti limitazioni all'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno derivano dalle precondizioni (o sarebbe meglio dire i presupposti) cui è sottoposto l'esercizio di tale libertà ed agli effetti che ha giocato il principio di attribuzione delle competenze nella definizione dello statuto giuridico sovranazionale di questa libertà.

Si ammette, in particolare, che la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione economicamente inattivi possa essere sottoposta a precondizioni volte ad assicurare tutela ad interessi rilevanti per gli Stati membri, qual è la tutela delle finanze pubbliche²⁶.

L'effetto di tale limite alle competenze dell'Unione è stato quello di ostacolare di fatto l'uniforme esercizio della libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione su tutto lo spazio giuridico europeo attraverso l'uso, da parte degli Stati membri, delle proprie competenze in materia di politiche sociali.

La legislazione nazionale che disciplina l'accesso a *prestazioni o benefici* di assistenza sociale – che sono esclusi dall'ambito di applicazione del diritto derivato in materia di coordinamento delle politiche sociali²⁷ – può, infatti, avere un effetto restrittivo della libertà di circolazione e soggiorno. In particolare, in alcuni casi decisi dalla Corte di giustizia, è evidente che la definizione “delle condizioni sostan-

²⁵ In generale, sul tema D. THYM, *The elusive limits of solidarity: residence rights of and social benefits for economically inactive Union Citizens*, in *Common Market Law Review*, 52: 17–50, 2015; Editorial Comments, *The free movement of persons in the European Union: Salvaging the dream while explaining the nightmare*, in *Common Market Law Review* 51: 729-740, 2014.

²⁶ CGUE 19.9.2013, *Brey* C-140/12, par. 55.

²⁷ Reg. 883/2004/CE.

ziali” che spetta alla competenza degli Stati membri²⁸ ha inciso sulle condizioni di effettivo esercizio della libertà di soggiorno dei cittadini economicamente inattivi.

Gli strumenti di diritto derivato, difatti, in conformità ai trattati, da un lato, hanno subordinato l’esercizio del diritto di soggiorno alla condizione che i cittadini dell’Unione non rappresentino un *onere eccessivo* per il sistema di assistenza sociale degli Stati membri²⁹; dall’altro hanno previsto un regime di coordinamento fra sistemi di sicurezza sociale improntato al raggiungimento del medesimo fine³⁰.

Ne risulta che il diritto di soggiorno dei cittadini dell’Unione è un *diritto attribuito* ai cittadini UE che può essere esercitato laddove non interferisca con la tutela della sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali di sicurezza sociale.

Ciò ha comportato, da un lato, che la *precondizione* – di fatto e di diritto – per l’esercizio di tale diritto sia legata al possesso, da parte dei cittadini UE, di un ammontare di risorse economiche tali da garantire che essi non costituiscano un onere eccessivo per i sistemi di assistenza sociale nazionali.

Tale precondizione deve sussistere fino a quando i cittadini dell’Unione non maturano un diritto di soggiorno permanente che, com’è noto, si può acquisire dopo aver soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nel territorio dello Stato membro³¹.

Più precisamente, il diritto di soggiorno è soggetto a precondizioni diverse a seconda della durata dell’esercizio dello stesso.

I cittadini dell’Unione possono esercitare il diritto di soggiorno per i primi tre mesi senza formalità particolari – quindi senza dover dimostrare di possedere risorse economiche sufficienti – ma gli Stati membri di soggiorno *possono* impedire ai cittadini UE economicamente inattivi di accedere alle prestazioni di assistenza sociale³².

Il possesso di risorse economiche sufficienti, in tal senso, è un *ostacolo che sussiste di fatto* per l’esercizio della libertà di circolazione e soggiorno anche i primi tre mesi perché senza risorse e senza la garanzia minima di poter accedere al sistema di assistenza sociale degli Stati membri, tale il diritto di soggiorno non si può *di fatto* esercitare. Ovviamente, in tale ipotesi, non esiste in questo caso uno

²⁸ CGUE sent. 11.11.2014, C-333/13 *Dano*, parr. 89-90 in senso conforme anche le Conclusioni dell’A.G. M. Wathelet del 20.5.2014 C-333/13; CGUE par. 41

²⁹ Considerando 10, 16, 21 ed art. 7 dir. 2004/38/CE.

³⁰ Reg. 883/2004/CE.

³¹ Art. 16 dir. 2004/38/UE.

³² CGUE 4.6.2009, *Vatsouras e Koupatantze* C-22/08 e C-23/08, parr. 34 e 35. Su tali casi D. DAMJANOVIC, *Joined Cases C-22/08 & C-23/08, Athanasios Vatsouras and Josif Koupatantze v. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900, Judgment of the Court (Third Chamber) of 4 June 2009*, in *Common Market Law Review* 47: 847–861, 2010.

standard sovranazionale comune di tutela della libertà di soggiorno perché la quantità di risorse economiche necessarie per soggiornare negli Stati membri varia da Stato a Stato.

Successivamente a tre mesi, invece, il diritto UE ammette che gli Stati membri *possano* impedire l'accesso alle prestazioni di assistenza sociale qualora i cittadini UE economicamente inattivi diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro di residenza³³.

Qui la preconditione diventa quindi, *di diritto*, ed anche qui lo *standard* comune di tutela è di carattere *procedimentale* più che *sostanziale*, poiché la nozione di risorse economiche sufficienti viene definita in modo differente da Stato a Stato, fermo il rispetto di alcuni principi che devono informare *il procedimento di valutazione della sussistenza delle precondizioni per l'esercizio del diritto di soggiorno*³⁴.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, stretta fra il principio di attribuzione delle competenze ed i principi dei trattati in tema di limiti e condizioni alla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini UE ha provato, infatti, nel caso *Brey*, a rafforzare lo statuto giuridico sovranazionale di tale libertà individuando degli *standards di carattere procedimentale* da rispettare nel caso in cui si volessero opporre dei limiti al diritto di soggiorno dei cittadini economicamente inattivi per periodi superiori a tre mesi.

La Corte ha offerto in questa decisione una lettura particolarmente innovativa del rapporto fra diritto di soggiorno ed interessi degli Stati a proteggere i loro sistemi di assistenza sociale.

I giudici di Lussemburgo, nel caso *Brey*, hanno fatto leva sulla connessione della libertà di circolazione e soggiorno allo *status* giuridico di cittadino dell'Unione e sulla esistenza, quantomeno a livello di diritto derivato, di un principio di "solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri"³⁵, dal quale era auspicabile che prendessero le mosse i futuri orientamenti della giurisprudenza UE per poter così costruire gli *standards* minimi di *effettività* del diritto di soggiorno dei cittadini UE anche sul piano sostanziale³⁶.

Tuttavia, le decisioni che sono seguite al caso *Brey* non hanno più richiamato tale principio di solidarietà finanziaria e si sono attestate, invece, su una lettura

³³ CGUE 19.9.2013, *Brey* C-140/12, par. 57.

³⁴ CGUE 19.9.2013, *Brey* C-140/12, spec. 64, 67, 68 e 72. Il possesso di risorse economiche minime d'importo non superiore al livello al di sotto del quale i cittadini dello Stato membro ospitante possono beneficiare di prestazioni di assistenza sociale (o pensione minima sociale), globalità della valutazione sulla sussistenza di un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale nazionale in relazione alla situazione dell'interessato, proporzionalità nell'accertamento sulla sussistenza dell'onere.

³⁵ CGUE 19.9.2013, *Brey* C-140/12, par. 72.

³⁶ Sul tema cfr. N. RENUY, *The emergence of a parallel system of social security coordination*, in *Common Market Law Review* **50**: 1221-1266, 2013.

più rigida del principio di attribuzione delle competenze. Le condizioni effettive di esercizio del diritto di soggiorno per i cittadini economicamente attivi restano quindi legate al possesso di risorse economiche sufficienti per esercitare la libertà in questione e, quindi, restano prive di *standards* sostanziali comuni.

Ciò emerge in particolare nel caso *Dano*, il cui richiamo ai paragrafi 70-73 è utile per cogliere come perduri la frammentazione dello statuto della libertà di soggiorno dei cittadini dell'Unione economicamente inattivi e come permanga una differenza di precondizioni per l'esercizio di tale libertà sia da Stato membro a Stato membro³⁷.

In altri termini, il livello di tutela del diritto di soggiorno è più elevato in Stati membri in cui il costo della vita è inferiore, rispetto a Stati membri in cui il costo della vita è superiore.

Inoltre, il livello di tutela del diritto di soggiorno varia in relazione alla durata del soggiorno: da zero a tre mesi, dai tre mesi ai cinque anni; oltre i cinque anni.

Fino ai cinque anni di durata del soggiorno legale appare preponderante, sul diritto di soggiorno, l'interesse alla sostenibilità del sistema di assistenza sociale, quindi, tale diritto si pone come un diritto-mezzo di crescita economica dello Stato membro. Oltre i cinque anni di soggiorno legale, invece, il diritto di soggiorno diviene un diritto-mezzo d'integrazione e quindi lo *standards* di tutela è maggiore. Ma, in tal caso, è ovvio che la precondizione per l'esercizio continuativo del diritto di soggiorno legale nei cinque anni precedenti è che il cittadino dell'Unione contribuisca a mantenere o ad elevare il livello di crescita economica dello Stato di residenza³⁸. Anche qui, dunque, non si tratta di una libertà della persona sottratta a qualsiasi presupposto, né a condizioni d'esercizio.

V. LA COSTRUZIONE DI STANDARDS COMUNI IN TEMA DI DIRITTI DI SOGGIORNO DEI MIGRANTI “ECONOMICI”

Nel caso dei diritti dei migranti i presupposti e le condizioni per l'attribuzione e l'esercizio del diritto di soggiorno rendono ancor più difficile la qualificazione dello stesso diritto come *fondamentale*.

³⁷ Su cui H. VERSCHUEREN, *Preventing “Benefit Tourism” in the EU: a narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano?*, in *Common Market Law Review* **52**: 363–390, 2015; J. PRASSL, *Migrants, citizens, aliens? Free movement rights for the economically inactive after “Brey” and “Dano”*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2016, 311 ss.; L. TASCINI, *Libera circolazione e protezione sociale: limiti all'accesso al “welfare system” per i cittadini europei. In margine alla sentenza Dano (causa C-333/13) della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2015, 579 ss.

³⁸ In questa direzione anche CGUE 14.6.2016 C-308/14 *Commissione c. Regno Unito sul child benefit*, 85.

La Carta dei diritti fondamentali, infatti, all'art. 45 par. 2 della Carta dispone che "la libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini dei paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro". Quindi, il riconoscimento di tale libertà è soggetto, innanzitutto, ad una valutazione *discrezionale* dello Stato membro ed ai presupposti ed alle condizioni che l'ordinamento giuridico nazionale prevede per l'attribuzione della *residenza legale* sul territorio nazionale.

La Corte di Lussemburgo, inoltre, considera il diritto di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi come un diritto strutturalmente connesso, o meglio, *derivato* dall'esercizio della libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione o dalla tutela di altri interessi rilevanti per l'ordinamento giuridico dell'Unione.

In particolare, la qualificazione del diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi come diritto derivato è resa esplicita nel caso *Singh*³⁹. Si tratta di un rinvio pregiudiziale d'interpretazione di alcune disposizioni della dir. 2004/38 relative allo *status* giuridico dei familiari di cittadini dell'Unione.

Sulla natura giuridica dei diritti di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, familiari di cittadini dell'Unione, definiti nella dir. 2004/38, la Corte afferma, innanzitutto, che tali diritti traggono il loro fondamento non dal diritto primario, ma da atti di diritto derivato e, in particolare, dalla dir. 2004/38/CE, che quindi costituisce la fonte degli stessi.

Nell'argomentazione della Corte non viene mai in rilievo alcuna disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed, in particolare, non viene richiamato l'art. 45 par. 2.

La Corte di giustizia ha poi ritenuto che "i diritti conferiti ai cittadini di paesi terzi dalla direttiva 2004/38 non sono diritti autonomi di tali cittadini, bensì diritti derivati dall'esercizio della libertà di circolazione da parte di un cittadino dell'Unione"⁴⁰.

Appare evidente come la discriminazione fondata sulla nazionalità giochi nella definizione dello statuto giuridico del diritto di soggiorno e come, per i cittadini dei Paesi terzi non possa dirsi sussistente un diritto di soggiorno di struttura paragonabile a quello dei cittadini dell'Unione. Inoltre, non appare possibile immaginare *standards comuni*, quanto al contenuto del diritto di soggiorno, fondati o costruiti attraverso l'art. 45 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali fintantoché atti di diritto derivato non definiscano uno statuto giuridico UE dei presupposti e delle condizioni per il riconoscimento del diritto di soggiorno.

³⁹ CGUE (G. Sez.) sent. 16.7.2015, C-218/14 *Singh*.

⁴⁰ CGUE (G. Sez.) sent. 16.7.2015, C-218/14 *Singh*, par. 50.

In altri termini, in assenza di una nozione UE di *ingresso e residenza legale*, sarà difficile immaginare un'evoluzione in senso sovranazionale dello statuto giuridico del diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi.

5.1. Segue La costruzione di standards comuni dei diritti sociali dei migranti economici: i casi Kamberaj e Chakroun

Laddove, invece, il cittadino di Stati terzi soddisfa la condizione della residenza legale e duratura sul territorio degli Stati membri, la costruzione di *standards* comuni in materia di *status* giuridico del migrante appare più semplice.

A tal proposito, il caso *Kamberaj*⁴¹, in materia di accesso a prestazioni di assistenza sociale in materia di alloggio, offre importanti spunti di riflessione.

La Corte di giustizia, infatti, sembra qui ripercorrere itinerari logico-argomentativi simili a quelli già osservati nei casi che riguardano lo *status* giuridico dei cittadini dell'Unione economicamente inattivi.

Come in quei casi, nella sentenza *Kamberaj*, appare evidente che laddove il diritto di soggiorno sia strumentale alla garanzia della crescita economica dello Stato membro esso nasce come diritto condizionato ed i presupposti per il suo riconoscimento sono definiti dal diritto nazionale⁴².

Anche le condizioni per il suo effettivo esercizio dipendono, in tal caso, dal bilanciamento fra interesse nazionale ed europeo alla crescita economica ed alla sostenibilità dell'immigrazione (rispetto al sistema di *welfare* nazionale e di assistenza sociale, in particolare).

Quando invece il diritto di soggiorno sia riconosciuto per perseguire finalità differenti da quelle di carattere economico, ossia, l'integrazione nel tessuto sociale degli Stati membri⁴³, allora i presupposti per il suo riconoscimento e le condizioni per il suo effettivo esercizio, come pure lo statuto giuridico dei diritti sociali dello straniero si avvicinano al modello della costruzione di *standards* comuni.

Nel caso *Kamberaj*, in particolare, è attraverso l'art. 34 Carta dei diritti che lo statuto giuridico dell'assistenza sociale dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo viene riempito di contenuto.

Dall'art. 34 della Carta, infatti, viene derivato un "diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che

⁴¹ CGUE (G. Sez.) sent. 24.4.2012, C-571/10 *Kamberaj*.

⁴² Su tali questioni S. PEERS, *The Court of Justice lays the foundations for the Long-Term Residents Directive: Kamberaj, Commission v. Netherlands, Mangat Singh*, in *Common Market Law Review* **50**: 529–552, 2013.

⁴³ CGUE (G. Sez.) sent. 24.4.2012, C-571/10 *Kamberaj*, par. 90.

non dispongono di risorse sufficienti”⁴⁴ che costituisce norma parametro per l’interpretazione della disciplina di diritto derivato relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo (art. 11 par. 4 dir. 2003/109/CE).

VI. LA COSTRUZIONE DI STANDARDS SOVRANAZIONALI IN MATERIA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE DELLO STRANIERO

Analogamente a quanto rilevato nel caso *Kamberaj*, in alcuni dei *leading cases* decisi dalla Corte di giustizia UE in materia di condizione giuridica dei migranti forzati, è possibile individuare percorsi di ricostruzione di *standards* sovranazionali comuni.

Si tratta di casi in cui vengono in rilievo *regole e criteri procedurali volti alla costruzione di un sistema europeo comune d’asilo*. Tali regole e criteri, disciplinati dal diritto dell’Unione, sono applicabili, dagli Stati membri, nelle ipotesi in cui i cittadini di Stati terzi richiedano il riconoscimento di specifici *status* di protezione o invocino uno *status* di protezione internazionale.

In primo luogo, viene in rilievo il caso *N. S.*⁴⁵. Qui la Corte di giustizia è stata investita da giudici britannici e irlandesi di diverse questioni pregiudiziali relative all’applicazione di alcune disposizioni di fondamentale importanza per il funzionamento del regime UE di *governo* delle migrazioni forzate (cd. *Common European Asylum System*).

In particolare, due questioni pregiudiziali riguardavano, rispettivamente, l’interpretazione degli articoli 6 TUE e 51 della Carta dei diritti (possibilità di qualificare l’azione degli Stati membri come *attuazione del diritto dell’Unione*), l’interpretazione sistematica dell’art. 4 della Carta (divieto di tortura, pene o trattamenti inumani e degradanti) e del regolamento n. 343/2003/CE nella parte in cui prevede criteri di allocazione delle responsabilità degli Stati membri per la presa in carico di richieste d’asilo fondandoli su presunzioni di rispetto, da parte degli Stati membri identificati come competenti, dei diritti fondamentali dello straniero⁴⁶.

Con questa decisione, la Corte ha elevato l’art. 4 della Carta a parametro di valutazione dell’esercizio dei poteri attribuiti agli Stati membri dal diritto UE in materia di allocazione delle responsabilità per la presa in carico di richieste di asi-

⁴⁴ CGUE (G. Sez.) sent. 24.4.2012, C-571/10 *Kamberaj*, par. 92.

⁴⁵ CGUE (G. Sez.) Sent. 21.12.2011, C-411/10 e C-493/10 *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. et. alt. c. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*

⁴⁶ Regolamento noto come *Dublino II*, oggetto di *rifusione* nel reg. 604/2013/UE (*Dublino III*).

lo⁴⁷. La Corte ha ridefinito i caratteri di questa presunzione, che sembrava costruita come presunzione assoluta, volta a consentire un *automatico* trasferimento del richiedente asilo nello Stato membro competente, in presunzione *relativa* di rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato membro competente.

In altri termini, le regole di *Dublino II* sul trasferimento del richiedente asilo sono state interpretate conformemente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ciò ha implicato, in materia di allocazione della responsabilità per l'esame delle richieste d'asilo, che l'allocazione della competenza per l'esame delle richieste d'asilo non si basasse su presunzioni di carattere assoluto.

Infatti, nei casi in cui le procedure di asilo e le condizioni minime di accoglienza del richiedente asilo nello Stato membro di destinazione presentino *carenze sistemiche di rispetto dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti* e degli obblighi internazionali in materia di condizione giuridica dei richiedenti il riconoscimento di uno *status* di protezione⁴⁸, non sarebbe obbligatorio trasferire il richiedente asilo.

Dalla lettura delle argomentazioni spese dalla Corte è la Carta dei diritti la fonte sulla quale vengono identificati i diritti fondamentali dello straniero che richiede protezione e, di conseguenza, definiti i criteri di carattere procedurale che devono essere utilizzati nella costruzione del sistema europeo comune di asilo.

In altri termini, l'integrazione del parametro di legittimità del comportamento dello Stato membro con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta ha avuto, in questo caso, l'effetto di rendere l'applicazione dei criteri di Dublino non più automatica ed incondizionata.

La Corte di giustizia si è occupata anche degli effetti della decisione di non trasferire il richiedente asilo verso lo Stato membro competente all'esame delle domande d'asilo ai sensi del reg. 343/2003/CE onde evitare una violazione dell'art. 4 della Carta dei diritti, sia nel caso *N.S.* che nel caso *Puid*⁴⁹.

In tale ipotesi, in capo allo Stato membro che non trasferisce il richiedente asilo sorge l'*obbligo* di verificare se sono applicabili altri criteri di cui al reg. 343/2003/CE per determinare la competenza per l'esame delle richieste d'asilo.

Inoltre, in capo allo Stato membro nel quale si trova il richiedente asilo sorge l'obbligo di esaminare la domanda di asilo nel caso in cui la procedura di determi-

⁴⁷ Reg. 343/2003/CE.

⁴⁸ CGUE (G. sez.) *N. S.*, parr. 94, 99, 106 cfr. nota di commento di M. den Heijer, *Joined Cases C-411 & 493/10, N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011*, in *Common Market Law Review* **49**: 1735-1754, 2012. A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review* **51**: 59-96, 2014.

⁴⁹ CGUE (G. Sez.) 14.11.2013, C-4/11 *Puid*.

nazione dello Stato membro competente abbia “una durata irragionevole” poiché gli Stati membri hanno l’obbligo “di non aggravare una situazione di violazione dei diritti fondamentali del richiedente asilo”⁵⁰.

Queste due decisioni sono molto importanti per cogliere le dinamiche che portano alla costruzione di *standards* comuni di tutela dei diritti fondamentali dei migranti forzati.

Appare evidente, infatti, che nelle ipotesi che riguardano i diritti dei richiedenti il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, giocano un ruolo di grande importanza nel processo di costruzione degli *standards* sia gli organi di monitoraggio di convenzioni internazionali in materia dei diritti umani di cui sono Parti contraenti gli Stati membri ed, in particolare, la CEDU e la Corte europea dei diritti umani; sia il rango che assumono tali obblighi internazionali nel sistema delle fonti degli Stati membri e, quindi, il ruolo giocato dalle Corti nazionali nell’attività d’interpretazione delle fonti interne, internazionali ed UE.

Il caso *N.S.* origina, infatti, da un rinvio pregiudiziale di una Corte d’Appello britannica ed in tale ordinamento, com’è noto, la CEDU assume un rango *costituzionale* in seguito all’entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998.

Inoltre, la sentenza *N.S.* viene pronunciata dopo un importante arresto della Corte di Strasburgo che aveva accertato la violazione dell’art. 3 CEDU nei confronti di richiedenti asilo, da parte di due Stati membri dell’Unione europea: il Belgio e la Grecia⁵¹.

La Corte europea dei diritti umani aveva ritenuto la Grecia responsabile di violazioni dell’art. 3 CEDU per le *carenze sistemiche* del suo sistema d’asilo, ed, in particolare, per le condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo. Il Belgio, invece, aveva risposto di violazioni dell’art. 3 CEDU per aver trasferito dei richiedenti asilo in Grecia *applicando in modo automatico* i criteri di Dublino, senza valutare se tale atto avrebbe potuto avere l’effetto che tali persone avrebbero subito trattamenti inumani o degradanti in Grecia.

Il rinvio pregiudiziale d’interpretazione della Corte d’Appello britannica faceva leva proprio su questo articolato quadro normativo e giurisprudenziale ed ha trovato una eco nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Non a caso, le decisioni della Corte di Lussemburgo che seguono il caso *N.S.* mirano a preservare i principi su cui è stato costruito il *sistema europeo comune d’asilo*, fra i quali, pilastro fondamentale è il principio della *fiducia reciproca* fra gli Stati membri nel rispetto di *livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali*⁵².

⁵⁰ Caso *N. S.* (parr. 98 e 108), caso *Puid*, par. 35.

⁵¹ ECtHR Grand Chamber, Judg. 21.1.2011, Appl. no. 30696/09 *M.S.S. v. Belgium and Greece*

⁵² Il caso *Puid* offre un esempio chiaro di tale impostazione, come pure la recente sentenza *Mirza*, CGUE sent. 17.3.2016, C-695/15-PPU *Mirza*.

Tuttavia, il caso *N. S.* pone l'altro pilastro alla base del sistema europeo comune d'asilo: flessibilità dei criteri di Dublino in nome della *necessità* che il sistema *deba effettivamente assicurare uno standard comune* di tutela dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Tale *standard* comune sussiste in condizioni ordinarie e si traduce in una presunzione *iuris tantum* di sussistenza di un livello comune di tutela dei diritti fondamentali in tutti gli Stati membri. Tuttavia, tale presunzione può essere superata, in condizioni di particolare *stress* per i sistemi nazionali di asilo.

Inoltre, che la CEDU e la Corte europea dei diritti umani giochino un ruolo importante nel processo di costruzione di *standards* comuni in tale materia lo dimostrano anche la sentenza *M.S.S.* che le decisioni di Strasburgo successive al caso *N.S.* deciso dalla Corte di giustizia UE.

Il caso *Tarakhel v. Switzerland* mostra che la Corte di Strasburgo ritiene condivisibile l'approccio seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *N.S.*, e si pone in una prospettiva di *comune ricostruzione degli standards procedurali*, facendo leva, come si vedrà, anche sugli orientamenti delle Corti supreme nazionali.

In particolare, nel caso *Tarakhel* la Corte di Strasburgo si è trovata dinanzi un caso nel quale non è dimostrato che vi siano delle carenze sistemiche del sistema nazionale d'asilo di uno Stato membro dell'Unione europea, che è anche Parte contraente della CEDU (nel caso di specie, l'Italia).

Tuttavia, dalle evidenze probatorie emerge un forte *stress* del sistema nazionale di asilo che mette a rischio il rispetto degli *standards comuni di tutela* dei diritti fondamentali che trovano fondamento sia nella CEDU che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In tale ipotesi, la Corte di Strasburgo ha dichiarato che dall'art. 3 CEDU fossero ricavabili obblighi di carattere procedurale, incumbenti sugli Stati parti che intendono trasferire i richiedenti asilo in un altro Stato parte (in applicazione delle regole di Dublino, peraltro, in questa fattispecie) onde evitare una violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

In altri termini, in ipotesi di particolare *stress* dei sistemi nazionali di accoglienza dei richiedenti asilo degli Stati competenti ad esaminare le richieste d'asilo ai sensi dei criteri di Dublino, incombe sugli Stati che intendono trasferire i richiedenti asilo, l'obbligo di ottenere assicurazioni sul rispetto degli *standards* comuni di condizioni di accoglienza che devono rispettare l'art. 3 CEDU⁵³.

⁵³ ECtHR Grand Chamber, Judg. 4.11.2014, Appl. no. 29127/12 *Tarakhel v. Switzerland*. Al paragrafo 33 vengono richiamati diversi passaggi della sentenza CGUE *N.S.*. Al par. 120 vengono individuati gli obblighi procedurali di cui si dice nel testo. Su questa decisione cfr. R. PALLADINO, *La "derogabilità" del "sistema Dublino" dell'UE nella sentenza "Tarakhel" della Corte europea: dalle "deficienze sistemiche" ai "seri dubbi sulle attuali capacità del sistema" italiano di accoglienza*, in *DUDI*, 2015, 226 ss.; M. PASTORE, *La sentenza della Corte edu Tarakhel c. Svizzera e le sue implica-*

La giurisprudenza di Strasburgo contribuisce così ad arricchire il quadro degli *standards* procedurali che sono alla base del sistema europeo comune d'asilo⁵⁴.

D'altro canto, si è detto, che anche i giudici nazionali sono intervenuti nella costruzione degli *standards* comuni offrendo un contributo positivo sia attraverso il rinvio pregiudiziale d'interpretazione, ma anche attraverso l'opera d'interpretazione e determinazione degli *standards comuni*.

Non a caso, rispetto al tema degli *standards* procedurali inerenti al sistema di Dublino, ad esempio, la Corte Suprema del Regno Unito ha contribuito ad elevare lo *standard* comune di tutela, offrendo una sua, peculiare, interpretazione della clausola di sovranità e della presunzione relativa di rispetto dei diritti umani previste nei criteri di Dublino.

Tale orientamento interpretativo mirava a consentire al singolo giudice, nel singolo caso, di valutare la sussistenza effettiva e reale del rischio, per il richiedente asilo o per il rifugiato, nello Stato membro astrattamente competente, in base ai criteri di Dublino, a prendersi carico della richiesta d'asilo o a riconoscere lo *status* di protezione, di violazione dell'art. 3 CEDU o dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, superando così il criterio delle "carenze sistemiche" del sistema nazionale d'asilo definito nella sentenza *N.S.*⁵⁵.

L'orientamento della Corte Suprema britannica ha rappresentato uno degli elementi di diritto sui quali si è costruita l'evoluzione della giurisprudenza CEDU nel caso *Tarakhel*⁵⁶, che ha determinato la produzione di un effetto positivo: miglioramento degli *standards comuni* di tutela dei diritti umani.

VII. CONCLUSIONI

Il processo di costruzione di *standards* sovranazionali comuni in materia di condizione giuridica del migrante procede in maniera più rapida laddove sussiste una più forte integrazione fra diversi ordinamenti giuridici: è l'apporto combinato delle norme di diritto costituzionale nazionale, di diritto internazionale e di diritto dell'Unione a consentire la definizione degli *standards*. Questo è il caso degli *standards* di tutela dei diritti in materia di protezione internazionale del non cittadino, come mostrato dai casi *N.S.* e *Puid*.

zioni per l'Italia e per il controverso rapporto tra sistema Dublino e rispetto dei diritti fondamentali, in *Dir. immigrazione, cittadinanza*, 2014, 115 ss.

⁵⁴ ECtHR Judg. 21.10.2014, Appl. 16643/09 *Sharifi and Others c. Italy and Greece*,

⁵⁵ [2014] UKSC 12 R v. *Secretary of State for the Home Department*. Cfr. I. GRIFÒ, *L'Italia non è un Paese sicuro per i richiedenti asilo? Il caso EM e altri deciso dalla Corte Suprema del Regno Unito*, in *Riv. ital. dir. pubbl. domunitario*, 2015, 1753 ss., spec. 1768-1769.

⁵⁶ ECtHR *Tarakhel*, cit., par. 52.

Laddove, per ragioni legate innanzitutto alla struttura delle disposizioni di diritto primario dell'Unione, non è possibile questa paritaria e costante interazione fra norme di questi diversi ordinamenti e la disciplina dei diritti viene definita soltanto dalla dialettica fra fonti di diritto primario e di diritto derivato dell'Unione, allora è molto improbabile rinvenire o procedere alla definizione di *standards* sovranazionali comuni⁵⁷. Questa ipotesi è dimostrata dall'esame della casistica in materia di diritti di soggiorno dei cittadini UE economicamente inattivi e dei cittadini di Paesi terzi, come è emerso, in particolare, nei casi *Dano* e *Singh*.

Il principale nodo critico della strategia sovranazionale in materia di diritti fondamentali, come ha dimostrato il caso *Melloni*, è costituito dall'effetto combinato del principio dell'autonomia e del primato del diritto dell'Unione. Ciò ha determinato un quadro dei rapporti fra ordinamenti in materia di diritti fondamentali in cui al diritto costituzionale degli Stati membri viene attribuito un ruolo recessivo nella definizione della struttura e del contenuto dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale.

⁵⁷ Sul tema, più in generale, delle dinamiche interne all'ordinamento UE cfr. P. SYRPIES, *The relationship between primary and secondary law in the EU*, in *Common Market Law Review* **52**: 461–488, 2015; G. DAVIES, *Legislative control of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review* **51**: 1579–1608, 2014;

RESUMEN: La migración humana hacia el continente europeo es un fenómeno que caracteriza la historia europea de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. En particular, esta situación provoca que convivan distintos estatutos jurídicos bajo una misma jurisdicción y cuyo criterio de aplicación a ciertos grupos se basa en la nacionalidad, su status personal, económico o social. Este artículo analiza el estatuto jurídico del migrante en el contexto de la Unión Europea desde el punto de vista de la razonabilidad de la diferencia de trato de los extranjeros respecto de los nacionales y de la coherencia de las respuestas normativas dadas. Este análisis se realiza, además, teniendo en cuenta los principios constitucionales de los Estados con una democracia pluralista: la centralidad de la persona, el principio de igualdad y la protección de la libertad y de la seguridad.

PALABRAS CLAVE: migración, estatuto jurídico del migrante, principios constitucionales, democracia pluralista.

ABSTRACT: Human migration to the European continent is a phenomenon that characterizes the European history of the late twentieth and early twenty-first century. In particular, this situation leads to the coexistence of different legal statutes under one jurisdiction and whose criteria of application to certain groups is based on nationality, personal, economic or social status. This article analyzes the legal status of the migrant in the context of the European Union from the point of view of the reasonableness of the difference in treatment of foreigners with respect to nationals and the coherence of the normative answers given. This analysis also takes into account the constitutional principles of States with a pluralist democracy: the centrality of the person, the principle of equality and the protection of freedom and security.

KEY WORDS: migration, legal framework of the migrant, constitutional principles, pluralist democracy.