



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
 Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
 Ordre juridique international et Droits de l'Homme

FRANCESCO CHERUBINI*

ASILO E CITTADINANZA EUROPEA ALLA LUCE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

SOMMARIO: 1. Il legame fra asilo e cittadinanza europea. – 2. Le norme “selettive” della Carta dei diritti fondamentali e la loro applicazione: a) ai cittadini europei. – 3. *Segue*: b) ai richiedenti asilo e ai beneficiari della protezione internazionale. – 4. L'emersione di un legame autonomo fra “governati” e Unione europea?

1. *Il legame fra asilo e cittadinanza europea*

Il legame fra disciplina europea (dell'immigrazione e) dell'asilo, da un lato, e cittadinanza europea, dall'altro, affonda le proprie radici piuttosto indietro nel tempo, e precisamente nel periodo, sul finire degli anni Ottanta, nel quale ha subito una forte accelerazione il processo di completamento del c.d. mercato interno¹. La necessità di abbattere i controlli alle frontiere interne – tappa ritenuta necessaria per garantire il consolidamento definitivo di uno spazio effettivamente aperto – comportava, infatti, inevitabilmente, un coordinamento delle politiche alla frontiera esterna comune. In altre parole – quelle del primo Presidente del Comitato esecutivo della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen² – si trattava di spostare i controlli dalla porta

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Luiss “Guido Carli” di Roma.

** Scritto destinato a comparire, in versione inglese, negli Atti del Convegno *Immigrazione e diritto alla cittadinanza*, Procida, 11-12 luglio 2014.

¹ Fra le tappe più importanti v.: *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985), COM (1985) 310 del 14 giugno 1988; o, più significativamente, lo stesso Atto unico europeo, riportato in *GUCE* L 169 del 29 giugno 1987, p. 1 ss., il cui art. 13 aveva introdotto nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea un art. 8A, il quale fissava una data di scadenza per il completamento del mercato comune.

² Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, in *GUCE* L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss.

dell'appartamento a quella dello stabile³, con la conseguenza di dover rendere questi ultimi uniformi per ogni Stato membro.

Come noto, all'inizio questo processo si è realizzato al di fuori del diritto (allora) comunitario a causa della recalcitranza di alcuni Stati membri a procedere all'interno dei Trattati (inizialmente, si trattava della Danimarca, della Grecia, dell'Irlanda e del Regno Unito): prima, con l'Accordo di Schengen del 1985⁴, poi con la citata Convenzione di applicazione del 1990, infine con la Convenzione di Dublino dello stesso anno⁵, destinata a sostituire la sola parte della Convenzione di Schengen riguardante la disciplina dell'asilo (art. 28 ss.). Il rientro parziale di questo sistema all'interno del diritto comunitario e dell'Unione sarebbe avvenuto solo con il Trattato di Amsterdam⁶ e, in via definitiva, con quello di Lisbona⁷, senza tuttavia che alcuni dei quattro Stati più "tiepidi" (Danimarca, Irlanda e Regno Unito) rinunciassero alle rispettive posizioni differenziate, che ancora oggi li tengono, in parte, fuori dal sistema europeo di (immigrazione e) asilo⁸.

Del resto, non è un caso che il percorso di questi due differenti *status* si sia evoluto in modo sovrapposto nel diritto (prima comunitario e poi) dell'Unione. Essi, infatti, condividono una caratteristica, talvolta oscurata proprio dal fenomeno di integrazione europea, che bensì è alla base della necessità di distinguere alla frontiera esterna comune individui altrimenti indistinguibili nel "territorio" dell'Unione a causa della eliminazione dei controlli alle frontiere interne: richiedenti asilo e cittadini europei sono entrambi *cittadini di Stati terzi*, che godono nello Stato che li ospita di uno *status* particolare, normalmente precluso agli stranieri. Naturalmente, diverso è il contenuto e diversa è la logica di questi due *status*: l'uno basandosi sulla necessità di fornire protezione a individui soggetti, nei rispettivi paesi di origine (di norma, fuori dall'UE), al rischio di subire gravi violazioni dei propri diritti fondamentali (a seconda dei casi, rifugiati o persone ammissibili alla protezione sussidiaria o complementare⁹); l'altro sulla tendenziale "appartenenza", prima di

³ Riportato da M. FRIDEGOTTO, *L'Accordo di Schengen: riflessi internazionali ed interni per l'Italia*, Milano, 1992, p. 40.

⁴ Accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 14 giugno 1985, in *GUCE* L 239 del 22 settembre 2000, p. 13 ss.

⁵ Convenzione sulla determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda di asilo presentata in uno degli Stati membri delle comunità europee, in *GUCE* L 254 del 19 agosto 1997, p. 1 ss.

⁶ Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, adottato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, in *GUCE* C 340 del 10 novembre 1997, p. 1 ss., il quale aveva sottoposto la disciplina dell'asilo e dell'immigrazione al regime del Titolo IV del TCE, che "ammorbida" significativi aspetti del c.d. metodo comunitario (*in primis*, la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia). Sul punto ci permettiamo di rimandare al nostro *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, p. 149 ss.

⁷ Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, in *GUUE* C 306 del 17 dicembre 2007, p. 1 ss., il quale consegnava pienamente asilo e immigrazione al metodo comunitario, in particolare ripristinando del tutto le competenze della Corte di giustizia.

⁸ V. le versioni attuali (e precedenti a Lisbona) del Protocollo sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, del Protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 26 TFUE al Regno Unito e all'Irlanda, del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e del Protocollo sulla posizione della Danimarca.

⁹ La nozione di rifugiato, come noto, si ricava dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati (*UNTS*, vol. 189, p. 137 ss.) in colui che, «[a]s a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country». Solo con il Protocollo del 1967 (*ivi*, vol. 606, p.

tutto politica, dei cittadini di Stati terzi (membri dell'UE) all'organizzazione di integrazione regionale cui quegli Stati hanno dato vita.

A monte delle norme di dettaglio che formano il contenuto dei due *status*, cui pure faremo in parte cenno, vi è il presidio dei Trattati: vuoi perché in essi si trovano le norme sulle competenze dell'Unione a produrre una disciplina dei medesimi (sviluppatasi attraverso le tappe sinteticamente riassunte sopra), vuoi perché parte di essa è già dettata dal diritto primario, seppure in termini generali¹⁰. Questa seconda categoria di norme è ribadita in una sede giuridicamente equiparata ai Trattati¹¹, ma dalla valenza politica più lampante: si tratta della Carta dei diritti fondamentali, nella quale trovano posto quelle norme di carattere generale che contribuiscono a delineare i tratti dei due *status*.

Invero, non sembra del tutto congruo che la sede scelta per queste norme "selettive"¹² sia una Carta dei diritti fondamentali, riservata, normalmente, al riconoscimento di diritti umani, per loro natura *universali*, e destinata dunque ad impattare sulla sfera giuridica di ogni individuo. Come, invece, cercheremo di dimostrare – al netto della presenza, in molti strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, di norme altrettanto selettive¹³ – la forza trascinate dei diritti fondamentali, anche (e soprattutto) grazie all'opera della Corte di giustizia dell'UE, ha livellato verso l'alto i due *status*, sicché quelle differenze prodotte dalle norme selettive contenute nella Carta (assieme ai loro precipitati, declinati nella legislazione secondaria) sono, ad oggi, meno percettibili.

2. Le norme "selettive" della Carta dei diritti fondamentali e la loro applicazione: a) ai cittadini europei

Benché sembri logico soffermarsi in primo luogo su quelle norme della Carta riguardanti i cittadini europei e sul modo attraverso cui esse possano trovare applicazione ai richiedenti asilo, è bene invece premettere qualche considerazione sull'ipotesi inversa, e

267 ss.) le limitazioni geografica e cronologica sono state, in parte e secondo meccanismi differenti, eliminate. La protezione sussidiaria o complementare, invece, si è aggiunta a quella ginevrina, colmandone alcuni vuoti dovuti, essenzialmente, alle restrizioni nella formulazione della nozione di rifugiato e alle clausole di esclusione: l'esempio più significativo è costituito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 3 (ma non solo) della omonima Convenzione di Roma (*ivi*, vol. 213, p. 221 ss.), che ha dato vita ad una nozione più ampia del divieto di *refoulement*, il principio cardine su cui la stessa Convenzione di Ginevra si basa (formulato dal suo art. 33, par. 1).

¹⁰ In particolare in tema di asilo, le competenze assegnate alle istituzioni dell'Unione sono oggi contenute nell'art. 78 TFUE, il quale a sua volta richiama il principio del *non refoulement*.

¹¹ Per effetto dell'art. 6, par. 1, TUE, secondo cui «[l']Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, *che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*» (cors. agg.).

¹² Norme, cioè, che uno Stato è chiamato ad applicare solamente nei confronti dei propri cittadini o, per converso, in quelli dei cittadini di Stati terzi.

¹³ Si pensi, *ex multis*, all'art. 25 del Patto sui diritti civili e politici (UNTS, vol. 999, p. 171 ss.), secondo cui «[e]very citizen shall have the right and the opportunity [...]: (a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors; (c) To have access, on general terms of equality, to public service in his country» (cors. agg.). O ancora, al gemello sui diritti economici, sociali e culturali (*ivi*, vol. 993, p. 3 ss.), il cui art. 3, par. 2, concede ai paesi in via di sviluppo, «with due regard to human rights and their national economy», la possibilità di determinare «to what extent they would guarantee the economic rights recognized in the present Covenant to *non-nationals*» (cors. agg.).

cioè quella di norme tendenzialmente rivolte ai richiedenti asilo ma suscettibili di propagare i propri effetti fin nella sfera di tutela del cittadino europeo. Si tratta, evidentemente, dell'impianto costituito dagli articoli 18 e 19 della Carta, ulteriormente puntellato, seppure in modo impreciso¹⁴, dall'art. 4 della medesima. Il primo garantisce il diritto d'asilo, come stabilito dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati (e dal relativo Protocollo del 1967)¹⁵; il secondo, al par. 2, contiene il divieto di *refoulement*, quale formulato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁶; il terzo enuncia il divieto della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti, vale a dire la principale fra le norme della CEDU (lì contenuta nell'art. 3) su cui l'omonima Corte si è basata per costruire quella protezione *par ricochet* dalla quale è scaturito proprio il divieto di *refoulement*¹⁷.

Ebbene, la circostanza che tale impianto sia destinato ad applicarsi, almeno in linea di principio, a cittadini di Stati terzi estranei all'UE è in qualche modo superata, potendosi esso applicare, in astratto, anche a cittadini dell'UE, in virtù di due elementi. Un primo, di carattere normativo, è chiaramente fornito dall'articolo unico del Protocollo n. 24 ai Trattati, secondo il quale una domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro dell'Unione presso un altro Stato membro non viene, di norma, presa in esame in quanto tali Stati, «dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d'origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l'asilo». Tale presunzione, tuttavia, può venire meno, consentendo così l'esame della domanda, ove emergano indizi della scarsa attenzione di uno Stato membro (quello di origine del richiedente) nei confronti dei diritti umani: vuoi per avere esso fatto ricorso alla clausola di deroga prevista dall'art. 15 CEDU¹⁸; vuoi per

¹⁴ V. nota 16.

¹⁵ Secondo l'art. 18, «[i]l diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, relativi allo status dei rifugiati, e a norma del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea [...]».

¹⁶ Giusta l'art. 19, par. 2, «[n]essuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti»; secondo le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02, in *GUUE* C 303 del 14 dicembre 2007, p. 17 ss.), «[i]l paragrafo 2 incorpora la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 3 della CEDU». In vero, il divieto di *refoulement* quale risultante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha una portata più ampia di quanto le Spiegazioni non lascino credere: pur rimanendo l'art. 3 CEDU la disposizione su cui la Corte ha fatto principalmente leva, quest'ultima, come noto (sul punto ci permettiamo nuovamente di rinviare al nostro *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, cit., p. 103 ss. e alla bibliografia ivi citata), si è spinta anche oltre, e precisamente ad includere gli articoli 2, 5 e 6 CEDU.

¹⁷ In virtù dell'art. 4 della Carta «[n]essuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Secondo le già menzionate Spiegazioni, «[i]l diritto di cui all'articolo 4 corrisponde a quello garantito dall'articolo 3 della CEDU, la cui formulazione è identica [...]. Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, esso ha pertanto significato e portata identici a quelli del suddetto articolo». In ciò, la norma in questione (almeno quale risulta dalle Spiegazioni) finisce per essere ripetitiva rispetto alla formulazione dell'art. 19, par. 2, della Carta, nel quale, come detto, è incorporato il divieto di *refoulement*. In vero, come rilevato (v. nota 15), l'art. 19, par. 2, va oltre la sola (benché più consistente) giurisprudenza relativa all'art. 3 CEDU, sicché le norme in questione si sovrappongono solo in parte.

¹⁸ Più precisamente, secondo la lett. a) dell'articolo unico, «se lo Stato membro di cui il richiedente è cittadino procede, dopo l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, avvalendosi dell'articolo 15 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'adozione di misure che derogano, nel suo territorio, agli obblighi previsti da detta Convenzione». L'art. 15 CEDU concede agli Stati parte, «[i]n caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», la facoltà di «adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto

effetto dell'avviamento (o della positiva conclusione) di una delle procedure di controllo previste dall'art. 7 TUE¹⁹; vuoi per decisione unilaterale dello Stato membro richiesto, al quale dunque l'articolo unico del Protocollo n. 24 lascia la possibilità, senza alcun vincolo sostanziale²⁰, di trarre da ulteriori elementi la scarsa sicurezza del paese (UE) di origine del richiedente.

In definitiva, le norme della Carta relative all'asilo (sia nella versione classica del rifugio, sia in quella, relativamente recente, della protezione sussidiaria) sono suscettibili di trovare applicazione anche nei confronti di un cittadino europeo, il quale si rivolga ad un altro Stato membro nel tentativo di conseguire il beneficio della protezione internazionale. L'ipotesi ha un suo risvolto concreto: infatti, sia da richiedente asilo, sia (*a fortiori*) da beneficiario della protezione internazionale, tale individuo gode di un diritto che neppure il suo *status* di cittadino europeo gli consegna: esattamente quel divieto di *refoulement* che, in linea di massima, non subisce eccezioni²¹, laddove, invece, neppure le norme sulla libera circolazione e soggiorno del cittadino europeo, contenute nella direttiva 2004/38, si spingono fino a tanto²². In altre parole, già da richiedente asilo e, in via più definitiva, da

internazionale». In vero, l'ipotesi fatta dalla lett. a) dell'articolo unico del Protocollo n. 24 sembra un po' troppo drastica: intanto, perché, assieme agli «altri obblighi derivanti dal diritto internazionale», fra cui, peraltro, può essere annoverato il divieto di *refoulement*, almeno nella sua versione «ridotta» (sul punto v. A. DUFFY, *Expulsion to Face Torture? Non-Refoulement in International Law*, in *Int. Jour. Refug. Law*, 2008, p. 373 ss., e F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, spec. p. 378 ss.), lo stesso art. 15 CEDU, al par. 2, esclude dalla facoltà di deroga gli articoli 2 (in parte), 3, 4 (par. 1) e 7 CEDU; inoltre, occorre rammentare che nell'avvalersi (s'intende, correttamente) della clausola di deroga, lo Stato interessato non viola alcun obbligo internazionale, sicché pare eccessivo derivarne la natura non sicura del medesimo, come invece sbrigativamente fa la lett. a) in esame.

¹⁹ Come noto, l'art. 7 TUE predispone una procedura di «preallarme», presidiata dal Consiglio, volta ad accertare «un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2» TUE, e una procedura «aggravata», che è invece imperniata sul Consiglio europeo, il cui esito può consistere nell'accertamento dell'esistenza «di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2» TUE (il quale enuncia il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani). Anche qui l'articolo unico del Protocollo n. 24 sembra trarre troppo rigidamente la natura non sicura dello Stato membro interessato da un dato il cui significato è, invece, tutt'altro che indiscutibile: infatti, le procedure di cui all'art. 7 TUE sono di natura politica (come del resto dimostra l'esclusione quasi totale di un qualche controllo da parte della Corte di giustizia, giusta l'art. 269 TFUE), il che non le sottrae al (ma anzi rafforza il) rischio di una parzialità di convenienza (appunto politica), a seconda dei casi.

²⁰ Secondo la lett. d) dell'articolo unico, «in tal caso il Consiglio ne è immediatamente informato; la domanda è esaminata partendo dal presupposto che sia manifestamente infondata senza che ciò pregiudichi, in alcun caso, il potere decisionale dello Stato membro».

²¹ Il divieto di *refoulement* quale precipitato, a seguire la Corte EDU, di alcune norme della CEDU non subisce eccezioni: v., *ex multis*, la sentenza del 28 febbraio 2008, ricorso n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, par. 137 s. Al contrario, la sua versione formulata dall'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra incontra talune significative eccezioni: principalmente, quella prevista al suo par. 2 («[t]he benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country»); e quelle, c.d. clausole di esclusione, previste dall'art. 1, par. F, il quale appunto esclude dalla nozione di rifugiato (e quindi *anche* dall'applicazione dell'art. 33, par. 1) individui fortemente sospettati di avere commesso crimini o reati particolarmente gravi (quali crimini di guerra, contro l'umanità ecc.).

²² Al di là delle condizioni previste per il mantenimento del diritto di soggiorno superiore a tre mesi, che ovviamente non sono richieste nel caso dei beneficiari della protezione internazionale (v. nota 61), è significativo che l'art. 28 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, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE,*

beneficiario della protezione internazionale, il cittadino europeo “salda” la propria presenza all’interno del territorio di un diverso Stato membro dell’UE in misura persino maggiore di quanto non potrebbe fare valendosi delle norme (primarie e derivate) sulla libera circolazione e soggiorno dei cittadini europei.

In vero, non sempre la sovrapposizione del divieto di *refoulement* alle norme sulla cittadinanza europea finisce per estendere la tutela dei diritti dell’individuo interessato. Infatti, il legame costituito dalla cittadinanza europea può fornire il grimaldello per l’utilizzo di una delle (apparenti) eccezioni al divieto di *refoulement*: quella del paese terzo sicuro. Come noto, il divieto non è contravvenuto ove il paese nel quale il richiedente viene allontanato fornisca o, più verosimilmente, possa fornire una protezione equivalente a quella che potrebbe offrire il paese che procede ad allontanare il richiedente, purché fra costui e il paese cui viene consegnato vi sia un legame sufficientemente solido (ad esempio, la presenza di familiari, un precedente soggiorno ecc.). Ebbene, alcune legislazioni potrebbero ritenere che la cittadinanza europea costituisca un legame abbastanza solido da poter “scaricare” l’onere della protezione su un terzo Stato (membro dell’UE)²³.

In effetti, ciò è quanto accade nella legislazione australiana, secondo la quale l’Australia «is taken not to have protection obligations in respect of a non-citizen who has not taken all possible steps to avail himself or herself of a right to enter and reside in [...] any country apart from Australia [...]» (*section 36(3)* del *Migration Act*). Sulla base di tale norma, il *Refugee Review Tribunal* ha respinto una richiesta di riconoscimento dello *status* di rifugiato inoltrata da un cittadino della Repubblica Ceca (e dunque anche europeo) di origine ROM, ritenendo che costui avrebbe potuto adoperarsi per ottenere un permesso di soggiorno in uno Stato terzo (membro dell’UE) nel quale, in base proprio alle norme sulla cittadinanza europea, gode di un diritto siffatto²⁴. Il paese dell’UE sicuro è stato, nel caso *de quo*, identificato nella Spagna in quanto, secondo la corretta ricostruzione del giudice australiano, essa era l’unico paese membro dell’UE ad avere attuato la direttiva 2004/38 elidendo le condizioni necessarie per mantenere il diritto ad un soggiorno superiore a tre mesi (previste dal suo art. 7²⁵), sicché il ricorrente avrebbe potuto colà trovare una forma alternativa di protezione (il diritto di soggiorno quale cittadino europeo) con una certa facilità, come vuole la citata *s. 36(3)* del *Migration Act*. In effetti, l’art. 7 del *Real Decreto* 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con il quale la Spagna aveva attuato la direttiva 2004/38, non menzionava, nella versione allora vigente, alcuna delle condizioni

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., denominato «Protezione contro l’allontanamento», non menzioni il divieto di *refoulement*, ma si limiti ad indicare in quali ipotesi tassative può essere allontanato il cittadino dell’UE (a seconda dei casi, «motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza», «gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» e «motivi imperativi di pubblica sicurezza»).

²³ Cfr. S. BOUTILLON, *The Interpretation of Article I of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees by the European Union: Toward Harmonization*, in *Georgia Immigration Law Journal*, 2003-2004, p. 140 s.

²⁴ V. sentenza del *Refugee Review Tribunal* del 12 giugno 2009, *RRT Case No. 901933*, reperibile su www.refworld.org, par. 90 ss.

²⁵ In sintesi, essere un lavoratore autonomo o subordinato; ovvero disporre di risorse economiche sufficienti e di un’assicurazione malattia; ovvero essere uno studente, provvisto di un’assicurazione malattia; ovvero essere un familiare di uno dei precedenti.

previste dall'art. 7 della direttiva 2004/38, rendendo così praticabile l'applicazione della citata *s. 36(3)*²⁶.

Al di là di ciò, che l'equivalenza (apparentemente) infrangibile fra *membership* dell'UE e natura sicura del paese membro interessato non sia così solida lo si deduce da un secondo elemento, che si collega alla presunzione (relativa) fissata dall'articolo unico del Protocollo n. 24. Come detto, esso certifica la sicurezza di ciascun paese europeo per quanto riguarda l'asilo sulla base di un equivalente «livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali». Tuttavia, anche volendo tralasciare tutta la giurisprudenza della Corte EDU sul mancato rispetto dei diritti fondamentali nei paesi membri dell'UE (che farebbe vacillare proprio lo sbrigativo asserto dell'articolo in esame circa la natura sicura degli Stati UE quali *paesi di origine*), occorre rilevare che proprio detta Corte ha scardinato un concetto simile, che è bensì alla base del c.d. sistema Dublino, secondo cui ciascuno Stato dell'UE viene considerato *paese terzo sicuro* ai fini del trattamento delle domande di asilo. Nella nota sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia*²⁷, la Corte di Strasburgo, con lo stesso argomento che le ha consentito di “salvare” il regolamento Dublino II²⁸, allora in vigore, ha ritenuto il Belgio responsabile della violazione dell'art. 3 non avendo, pur potendo, utilizzato la clausola di sovranità contenuta in detto regolamento nei riguardi di un richiedente afgano, allontanato verso la Grecia²⁹.

In conclusione, l'impianto costituito dalle norme della Carta sulla protezione internazionale (articoli 18, 19 e, in parte, 4) non ha una vocazione unidirezionale, perché non ne rimangono estranei né i cittadini europei, che invece ben possono “trasformarsi” in richiedenti asilo, né gli Stati membri dell'UE, i quali non necessariamente possono dirsi sicuri, con la conseguenza che verso quelli che non lo siano non potranno essere allontanati individui, di qualunque cittadinanza, in ossequio al principio di *non refoulement*.

²⁶ Sarà solo con la *disposición final quinta* del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, che il testo dell'art. 7 citato verrà allineato a quello dell'art. 7 della direttiva 2004/38.

²⁷ Sentenza del 21 gennaio 2011, ricorso n. 30696/09, *M. S. S. c. Belgio e Grecia*.

²⁸ *Ivi*, par. 340. Secondo la Corte, in virtù della c.d. clausola di sovranità contenuta nell'art. 3, par. 2, del 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 di una 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. 1 ss. (e la quale consentiva allo Stato membro interessato di esaminare la domanda anche in deroga rispetto ai criteri fissati dall'art. 5 ss.), «the Belgian authorities could have refrained from transferring the applicant if they had considered that the receiving country, namely Greece, was not fulfilling its obligations under the Convention. Consequently, the Court considers that the impugned measure taken by the Belgian authorities did not strictly fall within Belgium's international legal obligations». Naturalmente, come del resto la stessa Corte specifica («[a]ccordingly, the presumption of equivalent protection does not apply in this case»), la circostanza che il regolamento in questione lasciasse agli Stati membri una competenza discrezionale ha escluso unicamente l'indagine circa l'eventuale responsabilità del Belgio per effetto dell'applicazione della c.d. dottrina della protezione equivalente (risalente alla nota sentenza del 30 giugno 2005, ricorso n. 45036/98, *Bosphorus c. Irlanda*), ma non, com'è ovvio, una sua responsabilità potremmo dire diretta, per avere fatto un uso di detta discrezionalità lesivo della CEDU. Del resto, che il regolamento Dublino II non disponesse una presunzione assoluta circa la natura sicura dello Stato membro di destinazione lo avrebbe affermato, poco più tardi, la stessa Corte di giustizia dell'UE: v. sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri c. Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in *Raccolta*, 2011, p. I-13905 ss., spec. par. 81.

²⁹ V. sentenza *M. S. S.*, cit., spec. par. 344 ss.

3. Segue: *b) ai richiedenti asilo e ai beneficiari della protezione internazionale*

Più tradizionale è il terreno costituito da quelle norme della Carta che circoscrivono il loro campo di applicazione, *expressis verbis*, ai cittadini europei. Si tratta delle norme contenute nel suo Titolo V, rubricato, per l'appunto, "Cittadinanza", e nel quale vengono riprese le pressoché analoghe norme dei Trattati (precisamente, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nella Parte seconda dedicata a "Non discriminazione e cittadinanza", all'art. 20 ss.). Per esse occorre fare alcune distinzioni a monte, in quanto già dalla loro formulazione – e salvo quanto diremo in merito all'interpretazione che ne dà la Corte di giustizia – si evince chiaramente una diversa estensione del campo dei beneficiari: alcune essendo riservate ai soli cittadini, senza eccezioni (il diritto di elettorato attivo e passivo per le elezioni dei membri del Parlamento europeo e per quelle comunali; la tutela diplomatica e consolare); altre venendo allargate ai residenti (il diritto di accesso ai documenti; quello di valersi del Mediatore europeo; quello di petizione al Parlamento europeo; quello di libera circolazione e soggiorno, che «può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro»); altre, infine, essendo destinate a tutelare «[o]gni persona» (il diritto ad una buona amministrazione).

Per quanto riguarda le prime, occorre rammentare che la Corte di giustizia ha, in pronunce non troppo recenti, schiuso timidamente la porta ai residenti, cittadini di Stati estranei all'Unione. In una sentenza del 12 settembre 2006, la Corte doveva pronunciarsi su un ricorso per infrazione promosso dalla Spagna: secondo quest'ultima, infatti, il Regno Unito aveva violato alcune norme del Trattato in quanto, essendo chiamato ad attuare una sentenza della Corte di Strasburgo che lo "condannava" per violazione del diritto a libere elezioni (previsto dall'art. 3 del Protocollo n. 1 alla CEDU)³⁰, esso aveva esteso il diritto di elettorato attivo per le elezioni europee anche a cittadini di Stati terzi (dunque non europei), residenti a Gibilterra. Secondo la Corte, il Trattato (allora comunitario) non si oppone(va) «a che gli Stati membri concedano tale diritto di elettorato attivo e passivo a determinate persone che possiedono *stretti legami* con essi, pur non essendo loro cittadini o cittadini dell'Unione residenti sul loro territorio»³¹.

In merito alla tutela diplomatica e consolare, benché si tratti di un diritto, fra quelli di cittadinanza, non particolarmente incisivo³², qualche mese prima della sentenza della Corte era stato il Tribunale (allora di primo grado) ad ammettere che le persone inserite nella lista degli individui sospettati di essere legati ad organizzazioni terroristiche (e per questo oggetto di un regime di sanzioni da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite) hanno il diritto «to present a request for review of their case to the government of the country in which they *reside* or of which they are nationals, for the purpose of being removed from the list in dispute»³³, aggiungendo che esso è garantito (anche) nell'ordinamento giuridico (allora) comunitario. Dalla prospettiva della Carta (e dei Trattati) questa posizione non proietta, tuttavia, che un pallido riflesso: l'art. 46 della Carta (come

³⁰ Si tratta della sentenza della Corte EDU del 18 febbraio 1999, ricorso n. 24833/94, *Matthews c. Regno Unito*.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, causa C-145/04, *Regno di Spagna c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Raccolta*, 2006, p. I-7917 ss., punto 78, cors. agg.

³² V. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*³, Bari, 2013, p. 119 s.

³³ 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 *Raccolta*, 2006, p. II-52 ss., punto 115, cors. agg.

l'art. 23 TFUE), infatti, consegna(no) al cittadino dell'Unione la possibilità di accedere alla tutela diplomatica e consolare di un qualsiasi altro Stato membro «nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato»; diversamente, nel caso *de quo*, il Tribunale ha affermato che il cittadino di Stato terzo esercita il diritto a detta tutela nei confronti dello Stato membro in cui è residente. Vero è che, *mutatis mutandis*, la rottura del tradizionale legame fra cittadinanza e tutela diplomatica e consolare a beneficio di una estensione ai residenti può preludere ad un effetto analogo nel contesto della cittadinanza europea, a' termini degli articoli 46 della Carta e 23 TFUE; il Tribunale, tuttavia, non si spinge a tanto, del resto non essendo a ciò sollecitato dai fatti sui quali era chiamato a prendere posizione.

Una seconda categoria di diritti, che pure in prima battuta spettano ai cittadini europei, è invece estesa dalla Carta stessa ai residenti. Non dunque, nel caso che ci riguarda più da vicino, ai richiedenti asilo, i quali non possono essere considerati residenti fintanto che non gli sia riconosciuto lo *status* di beneficiari della protezione internazionale, bensì proprio a questi ultimi, per effetto dell'art. 24 della direttiva qualifiche³⁴. In vero, non tutti i diritti di questa seconda categoria sono estesi ai residenti *ipso iure*, ma uno, e forse il più rilevante di tutti, è sottoposto a condizioni, che in effetti la Carta prevede. Si tratta del diritto di circolare e soggiornare liberamente in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza (nel nostro caso, di residenza), il quale non viene di norma riconosciuto a quei cittadini di Stati terzi che hanno già ottenuto la protezione internazionale.

Appare ovvio che i richiedenti asilo ne siano esclusi: essi, di norma, possono circolare soltanto all'interno del territorio dello Stato che momentaneamente li ospita, nelle more della procedura di riconoscimento³⁵. Per la verità, benché la direttiva accoglienza la formuli come regola, di fatto gli Stati membri limitano fortemente la libertà di movimento (e con essa la libertà personale) dei richiedenti asilo facendo uso dell'art. 7, par. 3, della medesima, secondo cui «[o]ve risultasse necessario, ad esempio per motivi legali o di ordine pubblico, gli Stati membri possono confinare il richiedente asilo in un determinato luogo nel rispetto della legislazione nazionale». La norma trova una copertura proprio nella Carta, e precisamente nel suo art. 6, il quale, secondo le note Spiegazioni ad essa allegate³⁶, va interpretato alla luce dell'art. 5 CEDU; quest'ultimo, a sua volta, consente privazioni della libertà personale, nei modi previsti dalla legge, se, fra l'altro, «si tratta dell'arresto o della

³⁴ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 *recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta*, in GUUE L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9 ss., che ha sostituito la vecchia direttiva qualifiche 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 L 304 del 30 settembre 2004, p. 12 ss., il cui art. 24 prevedeva un analogo obbligo di rilascio di un permesso di soggiorno.

³⁵ In tal senso, v. art. 7, par. 1, della direttiva 2003/9/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 *recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri*, in GUUE L 31 del 6 febbraio 2003, p. 18 ss., secondo cui «[i] richiedenti asilo possono circolare liberamente nel territorio dello Stato membro ospitante o nell'area loro assegnata da tale Stato membro [...]». Allo stesso modo v. art. 7, par. 1, della nuova direttiva accoglienza 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 *recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, in L 180 del 29 giugno 2013, p. 96 ss., il cui termine di recepimento è stato fissato al 20 luglio 2015.

³⁶ «I diritti di cui all'articolo 6 corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU, del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata. Ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dall'articolo 5 della CEDU».

detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'estradizione». Qui, in controtendenza rispetto al fenomeno del livellamento verso l'alto dei diritti dei cittadini di Stati terzi, "attratti" da quelli di cittadinanza europea (o viceversa), si constata una posizione differenziata autentica fra gli uni e gli altri, segnata da condizioni meno rigide per la compressione della libertà personale. Nonostante la nuova direttiva accoglienza abbia messo mano alla norma in questione, adattandola meglio agli *standards* internazionali³⁷ (non tanto a quelli imposti dalla Corte EDU, quanto piuttosto a quelli suggeriti dall'Alto commissario per i rifugiati in relazione alla citata Convenzione del 1951³⁸), il solco nella declinazione dell'art. 6 della Carta fra richiedenti asilo e cittadini europei permane (e sul suo possibile significato torneremo a breve).

Quanto al rapporto fra chi abbia già ottenuto lo *status* di protezione internazionale e libera circolazione e soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di residenza, va pure registrata una qualche restrizione dell'ordinamento dell'Unione. Infatti, neppure i beneficiari di detto *status* possono godere pienamente di tali libertà: se quella di circolazione è implicitamente garantita dall'art. 25 della direttiva qualifiche, che impone agli Stati membri il rilascio dei documenti che consentano ai suddetti «di viaggiare al di fuori del loro territorio»³⁹, il soggiorno gli è precluso. Solamente di fronte ad un periodo più lungo di residenza ininterrotta (in genere, cinque anni) il diritto dell'Unione, grazie ad una recente modifica, riconosce ai beneficiari dello *status* di protezione internazionale il diritto di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello che li ospita: è l'effetto dell'estensione del campo di applicazione della direttiva sui cittadini di Stati terzi soggiornanti di lungo periodo. Con essa, anche i beneficiari dello *status* in esame possono acquisire un diritto di soggiorno più solido nello Stato membro ospitante, il quale, appunto, comporta (anche) il diritto di soggiornare in uno Stato membro diverso, analogamente a quanto accade per i cittadini europei (ma a condizioni piuttosto restrittive⁴⁰).

Va rilevato, per altro verso, che, in merito al soggiorno, si verifica un tipico caso di allineamento verso l'alto dei diritti dei cittadini dell'UE. Viene qui in rilievo l'art. 7 della Carta, il quale prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare: è in ossequio a tale diritto che è stata adottata la direttiva sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi (inclusi i rifugiati), come pure ad esso si deve l'art. 23 della direttiva qualifiche ("Mantenimento dell'unità del nucleo familiare")⁴¹. Al di là dei problemi di coordinamento

³⁷ La nuova direttiva accoglienza dedica ben tre disposizioni al problema del trattenimento (articoli 9-11), le quali si ispirano chiaramente ai suggerimenti che l'ACNUR aveva da tempo dato in merito all'art. 31, par. 2, della Convenzione di Ginevra, che proprio di trattenimento si occupa: v. UNHCR, *UNHCR's Revised Guidelines on Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers*, 26 February 1999, reperibile online su www.refworld.org.

³⁸ Sul punto v. E. OCELLO, *La detenzione dei richiedenti asilo nel diritto comunitario alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: il caso Saadi c. Regno Unito*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 87 ss., spec. p. 99 ss.

³⁹ Ciò, di fatto, in combinazione con l'abbattimento dei controlli alle frontiere interne, gli riconosce di spostarsi liberamente nel "territorio" dell'UE, nei limiti dei canonici tre mesi, oltre i quali la libera circolazione "sconfina" nel soggiorno.

⁴⁰ V. art. 14 ss. 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., così come modificata dalla direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2011 *che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale*, in *GUUE* L 132 del 19 maggio 2011, p. 1 ss.

⁴¹ V. considerando n. 2 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., il quale rimanda all'art. 8 CEDU

fra le due normative e delle differenze fra queste⁴², da un lato, e, dall'altro, la direttiva 2004/38 (che prevede il ricongiungimento rispetto ai cittadini dell'UE), ciò che separa in modo piuttosto evidente le une dall'altra è la diversa applicazione del principio, elaborato dalla Corte di giustizia ma in vero saltuariamente menzionato anche dai Trattati⁴³, secondo cui il diritto dell'UE si ritrae in presenza di situazioni puramente interne, le quali rimangono disciplinate da ciascun ordinamento nazionale. Risulta evidente che, mentre tale principio non si applica al ricongiungimento dei cittadini di Stati terzi, non essendo quest'ultimo condizionato al fatto che costoro abbiano esercitato il diritto (che peraltro gli spetta solo in parte) a circolare e soggiornare nel territorio di uno Stato membro diverso da quello che li ospita, il medesimo principio si applica al ricongiungimento dei cittadini dell'UE, non potendo essi ricongiungersi con i propri familiari se non a condizione di avere esercitato il diritto (che gli spetta, in quanto cittadini europei) di circolare e soggiornare in uno Stato membro diverso dal proprio.

Ebbene, proprio tale principio è stato messo in discussione dalla Corte di giustizia che, in alcune note e recenti sentenze⁴⁴, è parsa scavalcare la propria tradizionale giurisprudenza, riconoscendo (anche) il diritto al ricongiungimento dei cittadini europei ove l'uscita di scena del diritto dell'Unione (in ossequio, appunto, a detto principio) avrebbe determinato una violazione incisiva dei diritti fondamentali degli interessati⁴⁵. È, ci sembra, in questa ottica che vanno lette le deviazioni, in almeno un caso molto palesi⁴⁶, della Corte di giustizia dal percorso da essa segnato in precedenza, in una sorta di ripristino dei diritti fondamentali di fronte ad una applicazione del diritto dell'UE, così come da essa interpretato, che dava luogo ad una evidente discriminazione *à rebours*, a detrimento della posizione dei cittadini europei. In altre parole, il rispetto dei diritti fondamentali eleva la posizione dei cittadini europei allo stesso livello di quella dei cittadini di Stati terzi, inclusi i beneficiari della protezione internazionale, pur in presenza di un ostacolo piuttosto solido

(riguardante, come noto, il diritto al rispetto della vita privata e familiare) e, più genericamente, alla Carta (che allora, naturalmente, non aveva ancora natura vincolante). V., inoltre, il considerando n. 16 della direttiva qualifiche, che rimanda espressamente, fra l'altro, all'art. 7 della Carta.

⁴² Sul punto si rimanda a K. HAILBRONNER, C. CARLITZ, *Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification*, in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law. Commentary on EU Regulations and Directives*, München, 2010, p. 160 ss., spec. p. 252.

⁴³ V., per citare solo un esempio, l'art. 107, par. 1, TFUE, secondo cui «[s]alvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza» (cors. agg.). In tema, più in generale, v. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 83 ss.

⁴⁴ Si tratta delle sentenze del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2004, p. I-9925 ss., del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, *ivi*, 2010, p. I-1449 ss., dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, *ivi*, 2011, p. I-1177ss., e del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, *ivi*, 2011, p. I-3375 ss.

⁴⁵ Così P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *St. integr. eur.*, 2011, p. 417 ss. La Corte ha precisato ulteriormente l'estensione di quel nucleo essenziale di diritti che va preservato anche qualora il titolare sia un cittadino "statico": v. sentenza del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, in *Raccolta*, 2011, p. I-11315 ss., sulla quale si rimanda, anche in via comparativa rispetto alle sentenze citate in nota 44, a V. DI COMITE, *Il desiderio di "vivere insieme" e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei "statici" alla luce del caso Dereci*, in *St. integr. eur.*, 2012, p. 463 ss.

⁴⁶ Ci riferiamo alla sentenza *Zambrano*, il cui oggetto, diversamente dai casi menzionati in nota 44, non presentava il benché minimo elemento di "estraneità" all'ordinamento interno (quello belga, in specie).

(almeno fino a non molto tempo fa) costituito dal principio della irrilevanza delle situazioni puramente interne.

La terza ed ultima categoria è costituita dal solo art. 41 il quale, nel declinare i precipitati del diritto ad una buona amministrazione, lo riconosce ad «[o]gni persona»; per esso, dunque, non si tratterebbe di registrare, ove ce ne fosse, alcun livellamento verso l'alto, dal momento che, alla radice, esso non distingue fra cittadini europei e richiedenti asilo o beneficiari della protezione internazionale. In vero, è quantomeno significativo che questa norma non riservata ai cittadini europei, nonostante la sua collocazione, sia stata chiamata in causa recentemente proprio in un rinvio pregiudiziale riguardante un richiedente asilo. Costui, cittadino ruandese di etnia Tutsi, lamentava presso la *High Court* irlandese una (presunta) non conformità della normativa interna a quella europea: la prima, infatti, non riconosce al richiedente il diritto ad essere ascoltato nella procedura volta ad accertarne l'ammissibilità alla protezione sussidiaria, ove essa segua il mancato accoglimento della domanda di riconoscimento dello *status* di rifugiato, presentata precedentemente.

La Corte di giustizia, investita del rinvio dalla *High Court*, ha negato che l'interpretazione delle norme europee (in specie, si trattava dell'art. 4 della vecchia direttiva qualifiche e di varie disposizioni della direttiva procedure) ostasse all'applicazione della normativa irlandese. Tuttavia, la Corte ha riconosciuto la necessità di un esame individuale nella procedura volta ad accertare lo *status* di beneficiario della protezione sussidiaria proprio sulla base dell'art. 41 della Carta, e precisamente sul suo par. 2, lett. a), secondo cui quello ad una buona amministrazione comprende, fra l'altro, «il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio». Secondo i giudici di Lussemburgo, il rispetto di tale diritto si imporrebbe anche ove non espressamente previsto, benché spetti al giudice nazionale verificare se ciò sia avvenuto nel caso *de quo* e, ove constatasse una violazione, «trarne tutte le debite conclusioni»⁴⁷.

4. L'emersione di un legame autonomo fra “governati” e Unione europea?

L'atteggiarsi della Carta nei confronti di richiedenti asilo e/o beneficiari della protezione internazionale, da un lato, e cittadini europei, dall'altro, consente di formulare una ipotesi finale, la quale apre differenti scenari. Resta, in merito alla prima, confermato quanto premesso in apertura: l'apparente solco che viene tracciato dalle norme dell'Unione fra cittadinanza europea e asilo viene sovente valicato grazie alla forza traente dei diritti umani, incardinati (anche) nella Carta, i quali spingono, a seconda dei casi, i diritti del richiedente asilo e/o del beneficiario della protezione internazionale sui livelli di tutela dei cittadini europei, e viceversa. È importante sottolineare che la forza uniformante di questa «eccedenza normativa»⁴⁸ – non a caso assunta da diritti per loro natura universali – è piuttosto evidente non solo nello scenario più “classico”, in cui ai richiedenti asilo e/o

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012, causa C-277/11, M. M. c. *Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland e Attorney General*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 94.

⁴⁸ V. U. VILLANI, *Riflessioni su cittadinanza europea e diritti fondamentali*, in G. CAGGIANO (a cura di), *I percorsi giuridici per l'integrazione. Migranti e titolari di protezione internazionale tra diritto dell'Unione e ordinamento italiano*, Torino, 2014, p. 22.

beneficiari della protezione internazionale vengono estesi diritti tipici della cittadinanza europea, ma anche in quello opposto, ben rappresentato da quegli elementi che invalidano l'antico feticcio in base al quale i paesi membri dell'Unione sono, al contempo, paesi di origine sicuri e paesi terzi sicuri, ai fini riguardanti l'asilo.

A fronte di una tale tendenza, pure (e soprattutto) in virtù della esistenza di segnali significativi in direzione opposta (sui quali ora torneremo), si aprono diversi possibili scenari. Un primo vede assecondata e pienamente sviluppata la logica che si nasconde dietro detta tendenza: è evidente che essa riposa su quella naturale propensione di questo «ordinamento di nuovo genere»⁴⁹ ad emanciparsi dagli ordinamenti nazionali, affermando i suoi valori propri – quelli che l'art. 2 TUE pone a fondamento dell'Unione, presidiati, fra l'altro, dalle procedure di cui all'art. 7 TUE⁵⁰ e dal riferimento contenuto nell'art. 49, primo comma, TUE⁵¹ – e difendendo l'integrità e l'efficacia delle azioni volte a realizzarne gli obiettivi (fra cui l'art. 3, par. 2, TUE annovera lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia)⁵². Il naturale passaggio successivo dovrebbe essere rappresentato dalla recisione completa del cordone ombelicale che lega la cittadinanza europea a quella di ciascuno Stato membro, in uno scenario nel quale essa venga assegnata in base a criteri del tutto indipendenti. Del resto, questa operazione di autentica integrazione dei cittadini di Stati terzi (europei e non) in uno spazio giuridico comune potrebbe valersi di un considerevole abbrivo: alla cittadinanza europea, infatti, difetta quella natura identitaria che invece caratterizza la cittadinanza nazionale, sicché la sua autonoma attribuzione a cittadini di Stati terzi (non solo europei, ma anche di paesi non membri dall'Unione) e l'affinamento della gamma di diritti cui essa dà vita incontrerebbero meno resistenze di quelle che uno *status* tradizionalmente basato su un'appartenenza storica, linguistica, religiosa ecc., dovrebbe fronteggiare⁵³.

Oltre che dall'assenza di *quel* rapporto identitario, una emancipazione della cittadinanza europea e un suo possibile allargamento a cittadini non europei potrebbero essere agevolati da un incipiente legame, di diversa natura, fra consociati e Unione. Qui, in un modello tendenzialmente liberale (ed incompiuto), è in primo luogo lo stabile

⁴⁹ L'espressione, come noto, si rinviene nella sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Raccolta*, 1963, p. 3 ss.

⁵⁰ V. pure nota 19.

⁵¹ «Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione» (cors. agg.).

⁵² È in effetti significativo, come ha prospettato già U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 73 ss., spec. p. 74, che la vera ragione dell'introduzione pretoria dei diritti fondamentali (buona parte dei quali trova posto anche fra i valori di cui all'art. 2 TUE) all'interno dell'allora diritto comunitario sia avvenuta (soprattutto) per il timore che un esteso controllo "diffuso" (ad opera delle Corti costituzionali interne) sulla conformità del diritto comunitario ai diritti fondamentali avrebbe minato la piena efficacia del primo. In effetti, il ripensamento della Corte di giustizia rispetto ad un iniziale orientamento che negava un proprio sindacato sul diritto comunitario alla luce dei diritti fondamentali (v. sentenza del 4 febbraio 1959, causa 1-58, *Friedrich Stork & CO. c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, in *Raccolta*, 1959, p. 43 ss.) è avvenuto dopo la sentenza della Corte costituzionale italiana del 27 dicembre 1965, n. 98, *Acciaierie S. Michele*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 8 ss., con la quale veniva, seppur incidentalmente, per la prima volta abbozzata la c.d. teoria dei controlimiti – teoria mantenuta, come noto, ma che avrebbe avuto, con tutta probabilità (e con buona pace della piena efficacia del diritto comunitario), una applicazione di gran lunga più ampia senza il "ripensamento" della Corte di giustizia (avvenuto, in prima battuta, con la sentenza del 12 novembre 1969, causa 29-69, *Erich Stauder c. Stadt Ulm – Sozialamt*, in *Raccolta*, 1969, p. 419 ss.).

⁵³ Così, in riferimento alla *civitas mundi*, R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Novissimo Digesto*, Torino, 1959, p. 307.

contributo alla costruzione prima del mercato comune e poi della sua versione arricchita (lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia) ad identificare ciò che negli Stati nazionali sono storia, lingua, religione od altro. In altre parole, mentre la cittadinanza nazionale ha, normalmente, un effetto escludente perché *escludenti* sono le caratteristiche che un determinato gruppo di individui (i cittadini) ha in comune, la cittadinanza europea si basa su concetti *inclusivi*⁵⁴: quello di lavoratore⁵⁵, che ne è l'embrione, su cui hanno operato i diritti fondamentali (per loro natura *universali*), restituendo proprio il concetto attuale di cittadinanza europea⁵⁶.

Un secondo scenario è, tuttavia, ipotizzabile: quello opposto, nel quale la tendenza di cui si discorreva venga affrontata con un rigurgito delle sempre vive “gelosie” statali. Gli indizi (se non le prove) di tale resistenza si trovano, fra l'altro, proprio nella distanza che separa i diritti spettanti ai residenti da quelli dei cittadini europei, ma anche (e forse soprattutto) in quella fra diritti di questi ultimi e quelli dei cittadini nazionali. In relazione al primo caso è possibile citare la mancata estensione del diritto di iniziativa normativa popolare ai residenti cittadini di Stati non membri dell'UE; la persistenza ad escludere dai diritti politici i residenti stessi, pur in presenza di una continua “politicizzazione” del rapporto fra consociati e Unione⁵⁷; la diversa intensità della libera circolazione e del soggiorno, a seconda dello *status* di appartenenza⁵⁸. Per quanto concerne il secondo caso: le restrizioni agli stessi diritti politici, e in particolare al diritto di elettorato passivo alle elezioni comunali, dal quale possono essere parzialmente esclusi i cittadini europei⁵⁹; le

⁵⁴ Sul punto v. ancora U. VILLANI, *Riflessioni su cittadinanza europea, cit.*, p. 19 ss.

⁵⁵ Del resto, la centralità del concetto di lavoratore non è del tutto estranea finanche agli ordinamenti nazionali: si pensi all'art. 1 della Costituzione italiana.

⁵⁶ Non è casuale che cittadinanza europea e diritti fondamentali siano stati introdotti nel diritto primario in maniera contestuale. Lo si deve, come noto, al Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 (in *GUCE* C 191 del 29 luglio 1992, p. 1 ss.), il quale, nel complesso, ha peraltro depotenziato l'anima mercantilista della Comunità *economica* europea: ne è paradigma, fra l'altro, proprio l'eliminazione dell'aggettivo “economica” dalla denominazione della Comunità.

⁵⁷ Limitandoci agli indizi di carattere normativo, v. art. 17, par. 7, TUE, secondo cui il Consiglio europeo propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di Presidente della Commissione «[t]enuto conto delle elezioni del Parlamento europeo [...]».

⁵⁸ Come si è detto più sopra, lo *status* di cittadinanza europea consegna ai titolari una libertà di circolazione e soggiorno più ampia di quanto non accada per i cittadini di Stati terzi. Soltanto laddove si saldi in maniera più continua il legame fra questi ultimi e il “territorio” dell'Unione (come si ricordava, una residenza ininterrotta di cinque anni), ai cittadini di Stati terzi (ivi compresi i beneficiari della protezione internazionale) è riconosciuta una libertà di circolazione e soggiorno simile (benché soggetta a maggiori restrizioni) a quella propria della cittadinanza europea.

⁵⁹ L'art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva 94/80/CE del Consiglio del 19 dicembre 1994 *che stabilisce le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza*, in *GUCE* L 368 del 31 dicembre 1994, p. 38, più volte modificata, con cui è stata data attuazione all'art. 8B, par. 1, dell'allora vigente versione del TCE («[t]ale diritto [di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali] sarà esercitato con riserva delle modalità che il Consiglio [...] dovrà adottare [...]»), stabilisce che per “elezioni comunali” si intendono «le elezioni a suffragio universale diretto volte a designare i membri dell'organo rappresentativo e, se del caso, a norma della legislazione di ciascuno Stato membro, il capo e i membri dell'organo esecutivo dell'ente locale di base» (cors. agg.). Di tale possibilità si è avvalsa l'Italia: l'art. 1, par. 5, del d.lgs. del 12 aprile 1996, n. 197, *Attuazione della direttiva 94/80/CE concernente le modalità di esercizio del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali per i cittadini dell'Unione europea che risiedono in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza*, in *GURI* n. 88 del 15 aprile 1996, stabilisce che «[l]’iscrizione nelle liste elettorali aggiunte consente ai cittadini dell’Unione [...] l’eleggibilità a consigliere e l’eventuale nomina a componente della giunta del comune in cui sono eletti consigliere, con esclusione della carica di vice sindaco», così impedendo ad un cittadino di uno Stato membro dell'UE di candidarsi a sindaco (e di venire nominato vice sindaco) nel comune di un altro Stato membro (v. U. VILLANI, *Istituzioni, cit.*, p. 112).

deroghe alla libera circolazione dei lavoratori, non a caso legate a impieghi per i quali è richiesta una “fedeltà” allo Stato nazionale, che è tipico precipitato del legame identitario di cui prima si discorreva⁶⁰; di nuovo, la differente estensione della libera circolazione e soggiorno⁶¹.

Questa ipotesi finale e i differenti scenari (senza pretesa di esaustività) che essa apre riflettono, del resto, la situazione (di stallo) complessiva nella quale si trova il processo di integrazione europea. Le attuali criticità hanno messo a dura prova le scelte a monte di esso: dalla natura concorrente di alcune competenze dell’Unione in materie dove dovrebbe prevalere un approccio unitario (proprio l’immigrazione e l’asilo), agli ultimi allargamenti forse un po’ troppo “sbrigativi”, fino alla abdicazione, per alcune materie (come la PESC, o la politica monetaria), del metodo comunitario a favore di un approccio intergovernativo e al proliferare di sistemi di applicazione differenziata (proprio l’immigrazione e l’asilo, ma in fondo la stessa Carta dei diritti fondamentali, come pure la politica monetaria), talvolta persino al prezzo di uscire quasi del tutto dal sistema istituzionale europeo (si pensi alla politica economica, e in specie al c.d. Fiscal Compact). Posti di fronte a tali criticità gli Stati membri hanno preferito persistere nella ricerca di soluzioni ibride, senza proporre una alternativa più radicale a quelle scelte, consegnando i contenuti, l’attuazione e lo sviluppo di politiche cruciali (da sempre, ma particolarmente nell’attuale periodo storico) quali la cittadinanza, l’immigrazione, l’asilo, la politica economica ecc., ad un destino incerto.

⁶⁰ L’art. 45, par. 4, TFUE esclude l’applicabilità delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori «agli impieghi nella pubblica amministrazione».

⁶¹ Come si ricordava sopra (nota 25), l’art. 7 della direttiva 2004/38 prevede siano soddisfatte delle condizioni affinché uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza debba rilasciare un permesso di soggiorno ad un cittadino europeo.