

# L'INCIDENZA DEL *JUDICIAL ACTIVISM* DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUGLI ORDINAMENTI STATALI: I NUOVI DIRITTI DELLE FAMIGLIE MIGRANTI

di Arianna Vettorel \*  
(6 maggio 2013)

1. Introduzione. – 2. I diritti d'ingresso e di soggiorno nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3. I diritti d'ingresso e di soggiorno nel sistema dell'unione europea. – 3.1. I diritti dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini europei. – 3.2. I diritti dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini non europei. – 4. Conclusione.

## 1. Introduzione

La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia sono giunte, non senza contraddizioni, a riconoscere nuovi diritti di ingresso e di permanenza a favore di cittadini stranieri, in mancanza di espresse previsioni normative e, spesso, in situazioni di illegalità rispetto al diritto interno.

Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte EDU ha raggiunto tale risultato principalmente sulla base del diritto al rispetto della vita privata e familiare, tutelato dall'art. 8 CEDU.

Nel sistema dell'Unione europea, invece, la Corte di giustizia ha enucleato tali nuovi diritti secondo modalità differenti per quanto riguarda i cittadini di Stati terzi familiari di cittadini europei e non europei. Con riferimento ai primi, tale riconoscimento si è avuto, inizialmente, attraverso un'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della Direttiva 2004/38/CE<sup>1</sup> sulla base delle libertà "comunitarie" e dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo un'interpretazione di questi ultimi non sempre conforme alla giurisprudenza di Strasburgo. In un secondo momento, invece, la CGUE ha utilizzato la cittadinanza europea quale fonte di nuovi diritti derivati, rafforzando al contempo anche un concetto di cittadinanza lontano dal classico significato di appartenenza a una comunità politica e legato all'esistenza di diritti e doveri, tipico degli ordinamenti interni<sup>2</sup>. La più recente giurisprudenza relativa ai cittadini di Stati terzi familiari di cittadini europei, infine, ha limitato le precedenti statuizioni, in modo peraltro non sempre coerente. I diritti fondamentali e un richiamo non puntuale alla giurisprudenza della Corte EDU hanno consentito alla CGUE di ampliare anche l'ambito di applicazione della Direttiva 2003/86/CE<sup>3</sup>, relativa al ricongiungimento di cittadini di Stati terzi

1 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 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, in *GU L* 158 del 30 aprile 2004, 73-123.

2 Sull'ascrivibilità della cittadinanza europea al fenomeno della cittadinanza storicamente noto v. M. CARTABIA, *Cittadinanza europea (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1995, 1-14, sp. 2-3.

3 Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *GU*

familiari di cittadini non europei, in ipotesi escluse dalla Corte di Strasburgo. La mancata conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, tuttavia, non ha sempre significato una maggiore tutela dei diritti fondamentali dei cittadini non europei, in particolare per quanto riguarda i casi di ricongiungimento di minori. Oltre a interpretare la Convenzione dei diritti dell'uomo in modo non pienamente conforme alla giurisprudenza di Strasburgo<sup>4</sup>, la Commissione internazionale dei giuristi, nelle osservazioni al Libro verde della Commissione europea per la riforma della Direttiva 2003/86/CE presentate il 29 febbraio 2012, ha anche evidenziato il mancato rispetto dei diritti fondamentali codificati in ulteriori strumenti di diritto internazionale<sup>5</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, che ha condotto all'enucleazione di nuovi diritti d'ingresso e di permanenza, è stata criticata da una parte della dottrina, che ne ha evidenziato l'imprevedibilità e le ripercussioni che questa determina su numerosi versanti, quali il principio di certezza del diritto, il principio democratico e la tutela effettiva dei diritti fondamentali. Tale giurisprudenza costituisce, inoltre, un esempio del differente "*legal reasoning*" che contraddistingue le due Corti<sup>6</sup> rendendo il loro dialogo talvolta problematico.

## 2. Il diritto di entrare e di rimanere nel territorio di uno Stato parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea non prevede alcun diritto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato parte a favore degli stranieri<sup>7</sup>. La Corte EDU, pertanto,

---

L 251 del 3 ottobre 2003, 12-18.

4 La strada verso l'armonizzazione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea nella materia qui considerata è stata evidenziata da S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and the ECtHR Jurisprudence*, in *The European Journal of International Law*, vol. 22, 2011, n. 4, 1071-1088, sp. 1088.

5 V. *Green Paper on the right to family reunification of third-country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/CE). Response by the International Commission of Jurist. February 2012*, in [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public\\_consultation/2012/pdf/0023/famreun/internationalorganisationssocialpartnersngos/international\\_commission\\_of\\_jurists\\_-\\_icj.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/public_consultation/2012/pdf/0023/famreun/internationalorganisationssocialpartnersngos/international_commission_of_jurists_-_icj.pdf). Tale tematica, invero, si colloca nel più ampio, e problematico, tema dell'applicazione del diritto internazionale da parte della Corte di giustizia.

6 Sul metodo interpretativo della Corte europea v. G. GAJA, *Does the European Court of Human Rights use its stated Method of Interpretation?*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano 1999, 213-227; M.K. ADDO, *The Legal nature of International Human Rights*, Leiden-Boston 2010, 293-300. Il metodo interpretativo della Corte di giustizia ha formato oggetto di un ampio e recente studio, v. G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge 2012.

7 Il diritto dello straniero di entrare o rimanere nel territorio di uno Stato non è previsto neanche dal diritto internazionale generale. Sulla base del principio di sovranità, infatti, agli Stati viene riconosciuto il potere di decidere quando lo straniero può soggiornare nel territorio dello Stato ospitante. In tal senso, la Corte costituzionale italiana ha ritenuto che "lo straniero non ha, di regola, un diritto acquisito di ingresso e di soggiorno in altri Stati; può entrarvi e soggiornarvi solo conseguendo determinate autorizzazioni e, per lo più, per un periodo di tempo determinato, sottostando a quegli obblighi che l'ordinamento giuridico dello Stato ospitante impone al fine di un corretto svolgimento della vita civile", Corte cost., sentenza 21 novembre 1997, n. 353, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1998, 391. Sul tema v. anche R. BARATTA, *Spunti di riflessione sulla condizione del migrante irregolare nella giurisprudenza internazionale*, in *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, a cura di P. Benvenuti, L'Aquila 2008, p. 9. Anche i testi convenzionali a vocazione multilaterale ribadiscono tale diritto sovrano e non prevedono a tutela delle famiglie migranti un generale diritto al ricongiungimento o un divieto di

ha utilizzato altri strumenti ai quali ancorare la tutela della famiglia migrante, come il diritto alla vita, il divieto di trattamenti disumani e degradanti, la tutela del superiore interesse del minore e il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>8</sup>.

Quest'ultimo costituisce la base giuridica maggiormente utilizzata per valutare la legittimità dei provvedimenti di diniego di entrata, di soggiorno o di espulsione che hanno un'indiretta incidenza sulla famiglia dello straniero. I provvedimenti statali che negano allo straniero l'entrata e il soggiorno, a titolo di ricongiungimento, e i provvedimenti di allontanamento dal territorio del Paese ospitante costituiscono, infatti, ingerenze nella vita privata e familiare, che, se ingiustificate, costituiscono una violazione dell'art. 8 CEDU.

La sentenza *Abdulaziz*<sup>9</sup> rappresenta il primo caso in cui la Corte si è espressa sulla legittimità dei provvedimenti di diniego di soggiorno a titolo di ricongiungimento. La pronuncia afferma che il potere degli Stati di regolare autonomamente i flussi migratori dev'essere esercitato conformemente agli obblighi "positivi" derivanti dalla CEDU<sup>10</sup>. Tuttavia, quando vengono in rilievo tali obblighi, la nozione di "rispetto" varia sensibilmente da caso a caso, in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità sussistente in capo agli Stati "*with due regard to the needs and resources of the community and of individuals*" (v. par. 67 della sentenza citata). La Corte, di conseguenza, ha precisato che l'art. 8 non comporta per lo Stato l'obbligo di rispettare la scelta dei coniugi di vivere nel territorio di un determinato Paese, nel caso in cui i legami familiari si siano costituiti successivamente allo stabilimento nel Paese ospitante, a maggior ragione qualora la precarietà dello *status* relativo allo straniero fosse conosciuta al momento della costituzione della vita familiare<sup>11</sup>, a

---

allontanamento dei familiari stranieri. Alcuni autori ritengono, tuttavia, che il diritto al ricongiungimento possa derivare dall'art. 10 della Convenzione ONU sui diritti del bambino del 1989. Alcune disposizioni riguardanti espressamente il diritto al ricongiungimento, invece, si riscontrano in alcuni testi adottati in seno al Consiglio d'Europa: l'art. 19 della Carta sociale europea del 1996 e l'art. 12 della Convenzione europea sullo stato legale dei lavoratori migranti del 1977. Quest'ultima disposizione, tuttavia, è soggetta a così tante eccezioni da renderla inefficace. V. R. CHOLEWINSKI, *Migrants Workers in International Human Rights Law*, Oxford 1997, 346.

<sup>8</sup> Con riferimento ai numerosi tentativi di sistematizzare la giurisprudenza della Corte sul tema: D. THYM, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: a Human Right to Regularize Illegal Stay?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 57, 87-112; N. BLAKE, R. HUSAIN, *Immigration, Asylum and Human Rights*, Oxford 2003, 165-173; H. LAMBERT, *The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion*, in *International Journal of Refugee Law*, 1999, 427-450; H. STOREY, *The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, 328-344; G. CVETIC, *Immigration Cases in Strasbourg: The Right to Family Life under Article 8 of the European Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, 647-655. La giurisprudenza della Corte europea sul tema considerato è stata oggetto di numerose critiche in dottrina, a causa della difficoltà di individuare i principi interpretativi seguiti nell'applicazione dell'art. 8 CEDU alla materia qui considerata. V. T. SPIJKERBOER, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion*, in *European Journal of Migration and Law*, 2009, 271-293; M.-B. DEMBOUR, *Human Rights Law and National Sovereignty in Collision: The Plight of Quasi-Nationals in Strasbourg*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003, 66; B. DE HART, *Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders*, in *European journal of migration and law*, 2009, 235-252.

<sup>9</sup> Corte EDU, sentenza 25 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Regno Unito*, ricorsi n. 9214/80, 9473/81, 9474/81, in *Serie A 94*.

<sup>10</sup> Il primo caso in cui la Corte riconobbe l'esistenza di obbligazioni positive derivanti dall'applicazione dell'art. 8 fu la sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ricorso n. 6833/74, in *Serie A 31*.

<sup>11</sup> Nel caso di specie, la Sig.ra Abdulaziz sapeva che il marito era stato ammesso nel Regno Unito soltanto per un

meno che non sia dimostrata l'impossibilità di ricostituire la vita familiare "altrove" (c.d. "*elsewhere approach*").

L'importanza di tale onere probatorio è emersa chiaramente nella sentenza *Gül* del 1996<sup>12</sup>. Il caso vedeva coinvolto un cittadino turco, il Sig. Gül, il quale aveva lasciato il territorio d'origine per raggiungere la Svizzera, dove aveva proposto domanda di asilo politico, in quanto appartenente alla minoranza curda e al "*Turkish Social Democratic Party*". Durante la pendenza del ricorso contro il diniego di asilo, il Sig. Gül fu raggiunto dalla moglie, anch'essa cittadina turca, in gravi condizioni di salute. Le autorità svizzere, dopo aver respinto il ricorso contro il diniego d'asilo, accordarono al Sig. Gül, a sua moglie e alla figlia nel frattempo nata in Svizzera un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie, senza però concedere ai coniugi il ricongiungimento del loro primo figlio Ersin, rimasto in Turchia, dove, a giudizio delle medesime autorità, era perfettamente integrato. Rivoltisi pertanto alla Corte europea, i ricorrenti invocavano l'illegittimità di tale diniego alla luce dell'art. 8 CEDU. La Corte, con decisione del 16 febbraio 1996, respinse il ricorso per mancanza di prove circa l'effettiva impossibilità di ricostituire la vita familiare in Turchia: secondo la Corte non era verosimile né che il sig. Gül fosse perseguitato per la sola appartenenza alla minoranza curda o per la sua attività politica, né che la sig.ra Gül non potesse usufruire di adeguate cure mediche in Turchia.

L'attenta valutazione dei fatti, dunque, si rivela decisiva nel valutare la possibilità di ricostituire la vita familiare altrove, e ha condotto a conclusioni diametralmente opposte nella successiva sentenza *Sen*<sup>13</sup>, con la quale la Corte è giunta a ritenere contrario all'art. 8 CEDU il diniego di entrata e di soggiorno a favore del figlio, nonostante il forte radicamento di questi nel Paese d'origine e la mancanza di integrazione nel Paese in cui si erano trasferiti i genitori. Tale orientamento è stato successivamente confermato nella sentenza *Tubaquo-Teckle*<sup>14</sup>, che vedeva coinvolta una bambina di quindici anni, cresciuta in Eritrea con la nonna e la zia, per la quale era stata presentata una richiesta di ricongiungimento con la madre e la sua nuova famiglia nei Paesi Bassi. Nonostante i forti legami e l'integrazione della bambina con il territorio eritreo, la Corte EDU ha ritenuto contrario all'art. 8 CEDU il divieto opposto dalle autorità olandesi, per la mancanza di un equo bilanciamento tra gli interessi del singolo e dello Stato, anche in assenza dei requisiti d'integrazione del minore nello Stato ospitante.

---

periodo di tempo limitato e che probabilmente la richiesta di soggiorno permanente sarebbe stata respinta. Allo stesso modo la Sig.ra Balkandali avrebbe dovuto sapere che il permesso di soggiorno temporaneo per studenti rilasciato al marito era scaduto e che la sua permanenza nel Regno Unito era, perciò, illegale. Anche la Sig.ra Cabales, che non aveva mai coabitato con il Sig. Cabales, avrebbe dovuto sapere che la legislazione inglese non permetteva di rilasciare il permesso di soggiorno al marito. Sulla base del principio espresso dalla Corte, dunque, la legittimità del diniego dovrà essere valutata tenendo in considerazione le peculiarità dei singoli casi, operando un equo bilanciamento tra i diritti e gli interessi del singolo e dello Stato.

<sup>12</sup> Corte EDU, sentenza del 19 febbraio 1996, *Gül c. Svizzera*, ricorso n. 23218/94, in *Reports* 1996-I, Opinione dissenziente del Giudice Martens, par. 13; v. anche Corte EDU, sentenza del 28 novembre 1996, *Ahmut c. Paesi Bassi*, ricorso n. 21702/93, in *Reports* 1996-VI, Opinione dissenziente del Giudice Martens, par.5.

<sup>13</sup> Corte EDU, sentenza del 21 dicembre 2001, *Sen c. Paesi Bassi*, ricorso n. 31465/96, par. 37, consultabile nel sito web della Corte: <http://www.echr.coe.int>.

<sup>14</sup> Corte EDU, sentenza dell'1 dicembre 2005, *Tuquabo-Tekle c. Paesi Bassi*, ricorso n. 60665/00, *ivi*.

Ancorché non sia appropriato parlare di un radicale mutamento di giurisprudenza avvenuta nello scorso decennio, con tali sentenze la Corte ha rivelato un'apertura maggiore e attenzione per le particolarità del caso concreto nei casi riguardanti figli minorenni. In tali ipotesi, l'interpretazione evolutiva della Corte sembra assumere quasi tratti di carattere umanitario. La delineata giurisprudenza della Corte EDU, peraltro, è stata criticata da una parte della dottrina, che ha utilizzato l'espressione "*judicial lottery*" per evidenziare la mancanza di chiari criteri interpretativi<sup>15</sup>. Un'importante evoluzione si riscontra anche in relazione alle decisioni relative a ricorsi contro provvedimenti di espulsione, che ricorrono soprattutto in caso di irrogazione di condanne penali. La Corte ha elaborato numerosi criteri ai quali informare il test di proporzionalità, in considerazione del grado di integrazione dello straniero, giungendo ad attribuire una maggiore protezione ai soggiornanti di lungo periodo, assimilabili, di fatto, ai cittadini<sup>16</sup>.

I criteri cui informare il test di proporzionalità sono stati sistematicamente espressi dalla Corte solo nel 2001 con la sentenza *Boultif c. Svizzera*<sup>17</sup> e includono: 1) la natura e la gravità del reato commesso, 2) la durata della permanenza nello Stato ospitante, 3) il tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta tenuta durante tale periodo, 4) la nazionalità delle persone coinvolte, 5) la situazione familiare del ricorrente, 6) la conoscenza da parte del coniuge della commissione del reato al momento dell'avvio della relazione, 7) l'età dei figli, 8) l'importanza delle difficoltà che il coniuge potrebbe incontrare nel Paese d'origine dello straniero.

L'importanza del grado di integrazione, inoltre, è stata rafforzata da due successive sentenze. Nel caso *Benhebbba*<sup>18</sup>, la Corte ha affermato che, qualora il cittadino straniero sia nato o sia entrato nello Stato ospitante in giovane età, il test di proporzionalità è limitato ai primi tre criteri espressi nella sentenza *Boultif*. Nel caso *Üner*, poi, la Corte ha aggiunto due ulteriori criteri volti ad attribuire maggiore importanza ai legami che il soggetto ha instaurato con il Paese ospitante<sup>19</sup>. La Corte, inoltre, ha specificato, nel caso *Sisojeva*<sup>20</sup>, che la tutela dell'art. 8 si applica, in via di principio, anche ai casi di immigrazione illegale. Tale orientamento trova conferma anche nella giurisprudenza successiva, come dimostra la sentenza *Rodrigues Da Silva & Hoogkamer c.*

---

15 D. THYM, *Respect for Private and Family Life*, cit. supra, nota 8, p. 15, nota 25.

16 V. Opinione dissidente del Giudice Martens, resa in calce alla sentenza del 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ricorso n. 22070/93, in *Reports* 1996-II. L'affermazione trova fondamento nel concetto di cittadinanza sostanziale; in dottrina v. F. ANGELINI, *Il diritto al ricongiungimento familiare*, in *Le nuove frontiere del diritto all'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Atti del convegno di Roma, 2-3 febbraio 2011, a cura di F. Angelini, M. Benvenuti, A. Schillaci, Napoli 2011, 159-186, 170.

17 Corte EDU, sentenza 2 agosto 2001, *Boultif c. Svizzera*, ricorso n. 54273/00, in *Reports* 2001-IX.

18 Corte EDU, sentenza del 10 luglio 2003, *Benhebbba c. Francia*, ricorso n. 53441/99, consultabile nel sito web della Corte: <http://www.echr.coe.int>.

19 Corte EDU, *Üner c. Paesi Bassi*, sentenza del 18 ottobre 2006, ricorso n. 46410/99, in *Reports* 2006-XII. In dottrina, v. C. Steinhorth, *Üner v The Netherlands: Expulsion of Long-term Immigrants and the Right to Respect for private and family Life*, in *Human Rights Law Review*, 2008, 185-196.

20 Corte EDU, sentenza del 16 giugno 2005, *Sisojeva et al. c. Lettonia*, ricorso n. 60654/00, in *Reports* 2007-I.

*Paesi Bassi*<sup>21</sup> del 2006. La ricorrente, in quest'ultimo caso, si era recata nel 1994 nei Paesi Bassi con un visto turistico. La Sig.ra da Silva, dopo la scadenza del visto, era rimasta in Olanda, dove aveva avuto una relazione con il Sig. Hoogkamer, cittadino olandese, dalla quale erano nati due figli. In seguito alla cessazione della relazione, al Sig. Hoogkamer era stata affidata la custodia dei figli, ma la madre non aveva mai cessato di prendersene cura. La Corte ha accordato così alla ricorrente la tutela offerta dall'art. 8, nonostante l'illegalità della sua presenza nel territorio dei Paesi Bassi, poiché questa costituisce solamente uno dei fattori per verificare se le misure statali siano, o meno, giustificate.

### **3. I diritti d'ingresso e di soggiorno nel sistema dell'Unione europea**

#### **3.1. I diritti dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini europei**

I cittadini di Stati terzi possono entrare e rimanere nel territorio degli Stati membri secondo le normali regole interne sull'ingresso e il soggiorno. Qualora tali soggetti siano familiari di un cittadino europeo, essi beneficiano del diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di un altro Stato membro, se il cittadino europeo, di cui sono familiari, ivi si rechi o soggiorni, secondo le previsioni attualmente contenute nella Direttiva n. 2004/38/CE<sup>22</sup>. Quest'ultima attribuisce, in sostanza, il diritto ai familiari stranieri di accompagnare o raggiungere il cittadino europeo, qualora questi eserciti il diritto alla libera circolazione, purché siano rispettate le prescritte formalità amministrative e a meno che non sussistano giustificati motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. Qualora ricorrano tali motivi, le misure statali devono essere informate al principio di proporzionalità. In presenza di ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza, esse potranno essere ammesse se la condotta personale rappresenta una minaccia reale e sufficientemente grave da pregiudicare l'interesse fondamentale della società<sup>23</sup>; in ogni caso, non potranno basarsi solamente sull'esistenza di condanne penali, ancorché possano essere irrogate a titolo di pena accessoria a una pena detentiva<sup>24</sup>. Nel caso in cui lo Stato decida di adottare una misura di allontanamento, inoltre, deve tener conto di diversi elementi, tra cui: la durata del soggiorno dell'interessato nel suo territorio, la sua età, il suo stato di salute, la sua situazione familiare ed economica, la sua integrazione sociale e culturale nello Stato ospitante e i suoi legami con lo Stato d'origine. Ove ricorrano motivi di sanità pubblica, invece, le condizioni che giustificano l'allontanamento dovranno

21 Corte EDU, sentenza 31 gennaio 2006, *Rodrigues Da Silva & Hoogkamer c. Paesi Bassi*, ricorso n. 50435/99, in *Reports* 2006-I; sentenza 28 giugno 2011, *Nunez c. Norvegia*, ricorso n. 55597/09, consultabile nel sito web della Corte: <http://www.echr.coe.int>.

22 V. *supra*, nota 1.

23 V. art. 27, par. 2, della Direttiva 2004/38/CE, che codifica il principio già affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 27 ottobre 1977, *Régina v. Pierre Bouchereau*, causa 30/77, in *Racc.* 1977, 1999.

24 V. art. 33 della Direttiva 2004/38/CE.

essere definite dall'Organizzazione mondiale della sanità<sup>25</sup>.

Come accennato, però, la CGUE è giunta a riconoscere un diritto di soggiorno anche in ipotesi non specificamente rientranti nella Direttiva citata. Inizialmente, ciò è avvenuto sulla base dei principi del diritto comunitario, come risulta chiaramente dalla sentenza *Carpenter* del 2002<sup>26</sup>. Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se il coniuge straniero di un cittadino europeo, prestatore di servizi in altri Stati dell'Unione, potesse trarre il diritto di soggiornare con il proprio coniuge nello Stato membro di origine di questi sulla base dell'art. 49 TCE (ora art. 56 TFUE), che garantisce la libera prestazione dei servizi, oppure sulla base della Direttiva 73/148/CEE (ora abrogata e sostituita dalla Direttiva n. 2004/38/CE), all'epoca applicabile alla fattispecie. La Corte fondò la sua analisi sull'art. 49 TCE, in combinato disposto con la tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare, garantito dall'art. 8 CEDU.

Emerge chiaramente dalla sentenza che il richiamo a tale norma era meramente strumentale all'esercizio della libertà di mercato<sup>27</sup>: un'ingerenza non giustificata nella vita privata e familiare dei coniugi *Carpenter* avrebbe determinato l'impossibilità per il cittadino europeo di esercitare pienamente il diritto alla libera prestazione dei servizi. Secondo la Corte, il verificarsi di tale situazione era indubbio nel caso di specie: la mancata concessione del permesso di soggiorno alla Sig.ra *Carpenter* avrebbe leso la vita privata e familiare del Sig. *Carpenter*, costringendolo a trasferirsi nelle Filippine per continuare a condurre la propria vita insieme alla moglie, impedendogli in tal modo di esercitare la libertà economica prevista dal Trattato<sup>28</sup>, a meno che tale ingerenza non potesse ritenersi giustificata in base alla sentenza *Boutif* della Corte europea<sup>29</sup>. Invero, è interessante notare il richiamo selettivo alla giurisprudenza della Corte EDU, tenuto conto dell'applicazione che a quel tempo quest'ultima Corte faceva ancora del c.d. "elsewhere approach", che avrebbe portato probabilmente ad una decisione diversa.

Nel contesto di una giurisprudenza evolutiva che presenta talvolta aspetti di contraddittorietà<sup>30</sup>, una lettura ancor più innovativa del dato normativo emerge

25 V. artt. 27-33 della Direttiva 2004/38/CE.

26 CGCE, sentenza 11 luglio 2002, *Carpenter*, causa C-60/00, in *Racc.* 2002, I-06279. V. ampiamente in dottrina S. NINATTI, *Il diritto alla vita familiare all'esame della Corte di giustizia*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 239-281, 248-259.

27 A. ADINOLFI, *Il diritto alla vita familiare nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 5-32, 18.

28 Come si legge al par. 39 della sentenza, secondo la Corte "è pacifico che la separazione dei coniugi *Carpenter* nuocerebbe alla loro vita familiare e, conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale da parte del sig. *Carpenter*. Infatti, tale libertà non potrebbe esplicare pienamente i suoi effetti se il sig. *Carpenter* fosse dissuaso dall'esercitarla a causa degli ostacoli frapposti, nel suo paese di origine, all'ingresso e al soggiorno di sua moglie".

29 V. il par. 42 della sentenza *Carpenter*; v. anche la sentenza *Boutif*, *cit. supra*, nota 17.

30 Nella materia in esame, l'interpretazione evolutiva del diritto dell'Unione ha anche generato una giurisprudenza in sé contraddittoria, come dimostra la sentenza *Metock* (CGCE, sentenza del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock*, in *Racc.* 2008, I-6241), con la quale la Corte ha invertito l'orientamento seguito nel precedente caso *Akrich* (CGCE, sentenza del 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, in *Racc.* 2003, I-9607), limitandosi ad affermare che questo doveva essere "ripensato". In entrambe le fattispecie il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se i diritti di libera circolazione e di soggiorno dovessero dipendere da un previo soggiorno legale nel territorio di un altro Stato membro. Mentre nel caso *Akrich* la Corte aveva risposto affermativamente a tale quesito, al punto 58 della sentenza *Metock* ha affermato il contrario, senza addurre motivazioni: "È esatto che la Corte ha dichiarato, nei punti 50 e 51 della citata

dalla sentenza *Baumbast e R.*, con la quale la Corte ha riconosciuto un autonomo diritto di circolazione e soggiorno sulla base dell'efficacia diretta dell'art. 18 TCE (ora art. 20 TFUE)<sup>31</sup>. Ma è solo con la nota sentenza *Ruiz Zambrano*<sup>32</sup> del 2011 che la portata dell'art. 20 TFUE è stata estesa anche a ipotesi in cui un minore di tenera età, cittadino europeo, non abbia mai esercitato il diritto di libera circolazione<sup>33</sup>. Come è noto, la Corte, dopo aver constatato l'inapplicabilità della direttiva 2004/38/CE al caso di specie, poiché i figli cittadini europei di una coppia colombiana residente illegalmente in Belgio non si erano mai recati in un altro Stato membro, ha risolto la questione sulla base dell'art. 20 TFUE, “*supera[ndo] per così dire il carattere dichiarativo della norma e cerca[ndo] di dare sostanza all'affermazione per cui lo status di cittadino dell'Unione è destinato a essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri*”<sup>34</sup>. L'affermazione di tale principio, divenuta abituale con le sentenze *Garcia Avello* e *Chen*<sup>35</sup>, invero, costituisce “*a radical departure from the language of Amsterdam*”<sup>36</sup>. Mentre il Trattato definisce la cittadinanza europea come complementare a quella degli Stati membri, la Corte la eleva a *status* fondamentale<sup>37</sup>, senza peraltro che questo comporti una maggiore appartenenza ad una comunità politica, implicante diritti e responsabilità concrete, che sembra mal conciliarsi con il processo verso una maggiore integrazione europea<sup>38</sup>.

Invero, la portata innovativa della sentenza *Zambrano* è stata ridimensionata dal diverso, e non sempre coerente, orientamento<sup>39</sup> seguito dalla CGUE nella

---

*sentenza Akrich, che, per poter godere dei diritti [di circolazione e di soggiorno], il cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione, deve soggiornare legalmente in uno stato membro quando il suo spostamento avviene verso un altro stato membro, in cui il cittadino dell'unione emigri o sia emigrato. Tuttavia, questa conclusione dev'essere ripensata. Infatti, il godimento di diritti di tal genere non può dipendere da un previo soggiorno legale di un siffatto coniuge in un altro Stato membro*”. Anche in dottrina è stata evidenziata la difficile conciliabilità dell'interpretazione “teleologica” con il testo della Direttiva n. 2004/48/CE, seguita dalla Corte nella sentenza *Metock*. V. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino 2010, 180.

31 CGUE, sentenza del 17 settembre 2002, Causa C-413/99, *Baumbast e R.*, in *Racc.* 2002, I-07091.

32 CGUE, sentenza 8 marzo 2011, C-34/09, *Zambrano c. ONEm*, in *GU C* 130 del 30 aprile 2011, 2. V. in dottrina, tra i vari, A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 467-471, H. VAN EIJKEN, S. A. DE VRIES, *A New Route into the Promise Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, in *European Law Review*, 2011, 704-721; L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e Mc Carthy*, in *La Comunità Internazionale*, 3, 2011, 433-446.

33 La portata innovativa della sentenza *Ruiz Zambrano* è stata evidenziata ripetutamente in dottrina: R. PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo. Tra integrazione del mercato e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, Cacucci, 2012, 125; ID., *Il diritto di soggiorno nel “proprio” Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 2011, 331-356; L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e McCarthy*, in *La Comunità Internazionale*, 3, 2011, 433-446; C.M. CANTORE, *La sentenza Zambrano della CGUE: una rivoluzione copernicana?*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

34 L. MONTANARI, *Una nuova tappa...*, cit., p. 440. V. anche ID., *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, il documento è consultabile in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 1-29.

35 CGUE, sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.* 2002, I-11613; sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zu Chen*, in *Racc.* 2004, I-9925.

36 V. criticamente in dottrina, S. NINATTI, L. VANONI, *The Fall of Fortress Europe: Considerations on Integration Policies in the EU Context*, in *Il Politico*, 2009, 2, 93-107.

37 V. le *Conclusioni* dell'Avv. gen. Sharpston, par. 80, non pubblicate nella *Raccolta*.

38 S. NINATTI, L. VANONI, *op. cit. supra*, nota 36, 105.



trilogia di sentenze *McCarthy*, *Dereci* e *Iida*<sup>40</sup>.

La sentenza *McCarthy* trae origine dal diniego dell'autorizzazione e del titolo di soggiorno opposto dalle autorità del Regno Unito alla signora McCarthy, avente la cittadinanza britannica e irlandese, e al signor McCarthy, cittadino giamaicano. Il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se la Direttiva 2004/38/CE fosse applicabile alla fattispecie e, in particolare, se la signora McCarthy, cittadina britannica che aveva sempre soggiornato nel Regno Unito, potesse essere considerata un soggetto "avente diritto" in base all'art. 3 di tale Direttiva. Il giudice del rinvio chiedeva, inoltre, se sussistessero i requisiti del soggiorno legale nello Stato membro "ospitante" ai sensi degli articoli 7 o 16 della Direttiva stessa. La Corte, dopo aver affermato l'inapplicabilità della Direttiva 2004/38/CE al caso in esame, ha riformulato la prima domanda pregiudiziale, chiedendosi se l'art. 21 TFUE potesse essere applicato alla fattispecie, considerato che la signora McCarthy non aveva mai esercitato il suo diritto alla libera circolazione, come del resto i figli dei coniugi Zambrano. Dopo aver ricordato, conformemente alla sentenza *Zambrano*, che il mancato esercizio di tale libertà non determinava la riduzione della fattispecie a una situazione puramente interna, la Corte ha affermato che le misure nazionali oggetto della causa principale non comportavano tuttavia la privazione del godimento effettivo "del nucleo essenziale" dei diritti collegati allo status di cittadina europea (circolazione e soggiorno), né li ostacolavano. Diversamente dal caso *Zambrano*, in tale sentenza la Corte ha ritenuto implicitamente che la signora McCarthy potesse rimanere nel territorio dell'Unione senza il marito, senza interrogarsi sulla possibile violazione dei diritti fondamentali, in particolare del diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Quest'ultima problematica, invece, è stata affrontata dalla Corte nella sentenza *Dereci*, la quale ha anche specificato ulteriormente la sfera di applicabilità dell'art. 21 TFUE. La sentenza *Dereci* raggruppa una serie di controversie nelle quali sono stati impugnati diversi dinieghi di soggiorno emessi dalle autorità austriache. Le cause principali, pur differendo per vari aspetti, riguardavano tutte ipotesi di cittadini di Stati terzi che volevano raggiungere e rimanere con i propri familiari cittadini austriaci. La Corte, dopo aver escluso l'applicabilità della Direttiva 2004/38/CE alle fattispecie per il fatto che i cittadini dell'Unione non avevano mai esercitato la libera circolazione, ha escluso anche la possibilità di accordare un permesso di soggiorno derivato dalla cittadinanza europea, precisando che *"la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a*

---

39 Le sentenze *McCarthy* e *Dereci* sono state oggetto di una recente critica in dottrina. V. N.N. SHUIBHNE, (*Some Of The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Dereci*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, n. 1, 349-379. L'autrice critica, invero, il *self-restraint* della Corte, che mal si concilierebbe con i principi di "coherence" e "integrity" sviluppati da Dworkin, sostenendo che la Corte avrebbe dovuto sviluppare ulteriormente la precedente giurisprudenza *Zambrano*.

40 CGUE, sentenza del 5 maggio 2011, C-434/09, *McCarthy*, in *GU C* 186 del 25 giugno 2011, 5; CGUE, sentenza del 15 novembre 2011, C-256/11, *Dereci*, in *GU C* 25 del 28 gennaio 2012, 20; CGUE, sentenza dell'8 novembre 2012, C-40/11, *Iida*, in *GU C* 9 del 12 gennaio 2013, 10-11.

*far ritenere che il cittadino dell'Unione sia costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli venga concesso*". La Corte, diversamente dalla sua statuizione resa nella sentenza *McCarthy*, si è poi interrogata sulla possibile violazione del diritto alla vita privata e familiare tutelato dall'art. 7 della Carta, ricordando al giudice del rinvio che quest'ultima si applica solo in sede di applicazione del diritto dell'Unione; in caso contrario il giudice del rinvio dovrebbe valutarne la conformità all'art. 8 CEDU.

La necessità di valutare la compatibilità delle misure nazionali con il diritto al rispetto alla vita privata e familiare è stato confermato dalla più recente sentenza *Iida*, originata dal diniego di permesso di soggiorno a tempo indeterminato in Germania e dal diniego della carta di circolazione opposti a un cittadino giapponese, coniuge di una cittadina tedesca e padre di una figlia avente la doppia cittadinanza statunitense e tedesca, trasferitasi in Austria con la madre. Dopo aver negato l'esistenza di diritti autonomi in capo al padre, connessi alla cittadinanza europea della figlia e della moglie, per il fatto che la *ratio* di tali diritti risiede sulla necessità di non pregiudicare il diritto di circolazione e soggiorno del cittadino dell'Unione, la Corte ha affrontato la questione relativa alla violazione dei diritti fondamentali, negandola nel caso di specie, e giungendo in tal modo a una valutazione difforme – su questo punto – da quella dell'Avvocato generale.

Alla luce delle sentenze più recenti, pertanto, sembra che la novità della statuizione resa nel caso *Zambrano* continui a rimanere valida solamente con riferimento ai minori di tenera età cittadini di un Paese membro dell'Unione europea.

### **3.2. I diritti dei cittadini di Stati terzi familiari di cittadini non europei**

L'ingresso e la permanenza dei familiari stranieri di cittadini di Paesi terzi soggiornanti in uno Stato membro è regolato dalla Direttiva n. 2003/86/CE. La Direttiva si applica alla "*core family*", con alcune limitazioni per i maggiori di dodici e di quindici anni e salva la possibilità per i singoli Stati membri di estendere il ricongiungimento anche agli ascendenti e ai figli adulti. A fronte della domanda di ricongiungimento, inoltre, gli Stati membri possono chiedere il rispetto di ulteriori condizioni previste dall'art. 7 e dall'art. 8 della Direttiva, rendendo più gravose le procedure per ottenere il ricongiungimento stesso. Come per la Direttiva 2004/38/CE, la qualificazione degli *status* dovrà essere effettuata in base alla legge dello Stato interessato, con espresse limitazioni al ricongiungimento in ipotesi di matrimoni poligamici<sup>41</sup>. L'art. 6 ammette la possibilità di negare l'ingresso o di revocare il soggiorno solamente per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. Nell'adottare una misura di ritiro o di mancato rinnovo del permesso di soggiorno, agli Stati membri è

---

<sup>41</sup> Salva la possibilità di ricongiungimento "indiretto", v. C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, 43-76, 52.

imposto di tenere in considerazione la gravità o il tipo di reato commesso e il grado di integrazione dello straniero.

Qualora gli interessati siano familiari di cittadini di Paesi terzi, soggiornanti di lungo periodo in uno Stato membro, l'entrata e il soggiorno nel territorio di un secondo Stato membro sono disciplinati dalla Direttiva 2003/109/CE<sup>42</sup>. Quest'ultima riprende in parte le disposizioni della direttiva 2004/38/CE per le ipotesi in cui la famiglia fosse già unita nel primo Stato membro; nelle altre ipotesi, viceversa, rinvia alle disposizioni della direttiva 2003/86/CE. Un trattamento ulteriormente diversificato, infine, può essere previsto da singoli accordi bilaterali o multilaterali conclusi dall'Unione europea.

Anche nelle controversie riguardanti familiari di cittadini di Stati terzi, la Corte è giunta a riconoscere nuovi diritti, non previsti sulla base delle citate normative. Non trovando applicazione in tali casi l'art. 20 TFUE, ciò è avvenuto sulla base del diritto al rispetto della vita privata e familiare, come ha dimostrato la sentenza *Chakroun* del 2010<sup>43</sup>. Il caso trae origine dal diniego di ricongiungimento familiare opposto dalle autorità olandesi alla Sig.ra Chakroun, sulla base dell'asserita mancanza di risorse stabili e sufficienti da parte del marito<sup>44</sup>. Nella sentenza, la Corte ha ritenuto illegittima la normativa statale impugnata, precisando che le disposizioni della Direttiva, che consentono di limitare in talune ipotesi il ricongiungimento familiare, devono essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali. La Corte ha chiarito che le disposizioni della Direttiva non prevedono un'espressa distinzione a seconda che i vincoli familiari siano anteriori o posteriori all'ingresso del soggiornante nello Stato membro ospitante; una tale distinzione da parte del legislatore interno, inoltre, non sarebbe conforme all'art. 8 della CEDU e all'art. 7 della Carta. Invero, se tale differenziazione non discende dal tenore letterale delle norme citate, la Corte di Strasburgo, invece, con un orientamento costante dal caso *Abdulaziz*, ha ammesso, proprio in tema di obblighi positivi, una diversità di trattamento riferita al momento di costituzione del legame familiare<sup>45</sup>.

Se nella sentenza *Chakroun* il non allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo ha portato la CGUE ad allargare le maglie della Direttiva, in altre ipotesi, invece, l'interpretazione dell'art. 8 CEDU difforme dall'interpretazione di Strasburgo ha condotto a risultati meno favorevoli per i cittadini degli Stati terzi in questione, come dimostra la pronuncia sul ricorso per annullamento proposto dal Parlamento europeo contro il Consiglio<sup>46</sup>, con il quale il primo impugnava l'art. 4, n.1, ultimo comma, l'art. 4, n. 6, e l'art. 8 della Direttiva. Si tratta di norme che attribuiscono un ampio margine di discrezionalità in capo agli Stati, i

---

42 Direttiva n. 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, 44-53.

43 CGUE, sentenza 4 marzo 2010, *Chakroun*, causa C-578/08, in *Racc.* 2010, I-01839.

44 Art. 7, n. 1, parte iniziale, lett. c), della Direttiva n. 2003/86/CE.

45 Sent. *Abdulaziz*, *cit. supra*, nota 9, par. 68. La Corte europea, infatti, ha precisato che l'art. 8 non comporta per lo Stato l'obbligo di rispettare la scelta dei coniugi di vivere nel territorio di un determinato Paese, qualora i legami familiari si siano costituiti successivamente allo stabilimento nel Paese ospitante.

46 CGCE, Grande sezione, sentenza del 27 giugno 2006, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-540/03, in *Racc.* 2006, I-05769.

quali possono limitare il ricongiungimento di figli minori che abbiano compiuto i 12 e i 15 anni di età. Con riferimento ai maggiori di 12 anni, gli Stati membri sono autorizzati a subordinare il ricongiungimento all'accertamento della sussistenza delle condizioni per l'integrazione richieste dalla normativa statale; con riferimento ai maggiori di 15 anni, lo Stato membro può prevedere ulteriori limitazioni. Il ricorso è stato respinto dalla Corte, la quale, richiamando i principi su cui si fondava la sentenza *Sen*, espressi nelle sentenze *Gül e Ahmut*<sup>47</sup>, senza tuttavia mettere in luce l'attenzione al caso concreto manifestata nella sentenza *Sen*<sup>48</sup> e successivamente confermati nella sentenza *Tubaquo-Teckle*<sup>49</sup>. Oltre a tali perplessità, la Commissione internazionale dei giuristi ha evidenziato anche il mancato rispetto da parte della Corte di giustizia, nel caso *Parlamento c. Consiglio*, delle ulteriori convenzioni di diritto internazionale, in particolare della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo<sup>50</sup>.

#### 4. Conclusione

Le pronunce in tema di famiglie migranti costituiscono un chiaro esempio dell'attivismo giudiziale delle due Corti europee. Le sentenze analizzate rivelano, infatti, lo sviluppo per via giurisprudenziale di nuovi diritti d'ingresso e soggiorno nel territorio di uno Stato, anche in situazioni d'illegalità rispetto al diritto interno, talora sulla base del diritto al rispetto della vita privata e familiare, talora sulla base della cittadinanza europea, riconosciuta a ciascun cittadino dei Paesi membri dell'Unione. Tale attivismo, condivisibile laddove consente di rispondere ad esigenze di carattere umanitario, presenta, però, anche degli aspetti problematici, legati al metodo interpretativo seguito dalle due Corti.

In proposito, infatti, l'analisi relativa alla giurisprudenza della Corte EDU sembra confermare quanto affermato da parte di autorevole dottrina, secondo cui il distacco dai criteri interpretativi stabiliti nella Convenzione di Vienna e ripetutamente riconosciuti dalla Corte stessa, avrebbe determinato un notevole ampliamento del suo potere discrezionale, conducendo talvolta a decisioni che appaiono per lo più politiche<sup>51</sup>. Riguardo ai casi di ricongiungimento, infatti, le più recenti decisioni della Corte EDU sembrano assumere tratti di carattere umanitario, mentre rispetto ai casi di espulsione vengono favoriti gli immigrati di seconda generazione, animando, così, il dibattito relativo alla presunta "*hidden agenda*" di Strasburgo<sup>52</sup>. Non è un caso, dunque, che altri autori definiscano la

47 Sent. *Gül e Ahmut*, cit. supra, nota 12.

48 Sent. *Sen*, cit. supra, nota 13.

49 Sent. *Tubaquo-Teckle*, cit. supra, nota 14.

50 Secondo la Commissione internazionale dei giuristi, "*Regrettably, however, the Court, although considering the CRC as source of law in EU law, did not base its reasoning on that Convention*". V. *Response cit.*, supra, nota 5.

51 G. GAJA, op. cit. supra, nota 6, 225. Secondo l'autore, la Corte "*has departed from the methods of interpretation that are stated in the Vienna Convention and that the Court has repeatedly declared that it accepts ... by so doing it has widened its judicial discretion*". L'autore, inoltre, evidenzia come "*in many instances one perceives that judgments are essentially policy-oriented decisions*".

52 D. THYM, op. cit. supra, nota 8, p. 89. L'autore evidenzia che secondo parte della dottrina esisterebbe un programma nascosto della Corte di Strasburgo, volto a estendere la tutela dell'art. 8 CEDU al di là dei suoi reali

discrezionalità della Corte come una “*judicial lottery*”<sup>53</sup>.

L’analisi relativa alla giurisprudenza della Corte di giustizia, poi, mette in luce le problematiche connesse al “*legal reasoning*” della Corte stessa, recentemente avanzate in dottrina<sup>54</sup> e condivise anche da quegli autori che ne sostengono l’attivismo<sup>55</sup>. Questi ultimi, in particolare, evidenziano come il mancato rispetto dei requisiti “*dworkiniani*” di “*coherence*” e “*integrity*”, emerso dalle sentenze *McCarthy* e *Dereci*<sup>56</sup>, pregiudichi gli stessi principi sui quali si fonda il sistema dell’Unione, come la certezza del diritto, la democrazia e la tutela dei diritti fondamentali. Altri autori, inoltre, evidenziano i limiti connessi al tipo d’integrazione promosso dalla Corte<sup>57</sup>, imperniato sui concetti di libera circolazione e non discriminazione<sup>58</sup>, poco in linea con le novità introdotte dalle riforme del diritto europeo che si sono susseguite nel corso degli anni, in particolare in tema di diritti fondamentali, la cui strumentalizzazione risulta evidente<sup>59</sup>. Tale assunto emerge, nella materia esaminata, dalla scarsa attenzione della Corte per la tutela dei diritti in questione, che a volte fondano un’interpretazione estensiva del dato normativo, utilizzata per favorire le libertà economiche, altre volte non sono neppure richiamati dalla Corte o lo sono solo formalmente.

\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale - Università di Padova

---

confini per conferire protezione agli immigrati di seconda generazione, residenti di lungo periodo.

53 D. THYM, *op. cit. supra*, nota 8, p. 15, nota 25.

54 G. CONWAY, *op. cit. supra*, nota 6.

55 N.N. SHUIBHINE, *op. cit. supra*, nota 39.

56 *Ibidem*.

57 S. NINATTI, L. VANONI, *op. cit. supra*, nota 36, p. 105; S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012, 63-69.

58 *Ibidem*.

59 “*The ECJ was motivated mainly by preserving and enhancing its own power in the face of rival supremacy claims from the constitutional courts in some Member States, rather than with human rights protection*”, v. G. CONWAY, *cit. supra*, nota 6, 43.