

COMMISSIONE DELLE COMUNITA' EUROPEE

Bruxelles, 2 luglio 2009

COM (2009)313 final

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO

Guida ad una migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri.

(Testo rilevante ai fini del SEE)

Guida ad una migliore trasposizione e applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente all'interno del territorio degli Stati membri.

1. Introduzione

Il 10 dicembre 2008, la Commissione ha adottato la relazione ¹-sull'applicazione della direttiva 2004/38/CE² con cui è stata offerta una panoramica completa delle modalità di trasposizione della direttiva nel diritto nazionale e della sua applicazione nella vita quotidiana.

Secondo le conclusioni della relazione, il recepimento della direttiva è stato piuttosto deludente in generale e, in particolare, per quanto riguarda il capo VI (*che conferisce agli Stati membri la facoltà di limitare il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*) e l'Articolo 35 (*che autorizza gli Stati membri ad adottare misure per prevenire abusi e frodi, come i matrimoni di comodo*).

Nella relazione la Commissione ha preannunciato l'intenzione di fornire informazioni e assistenza agli Stati membri e ai cittadini dell'Unione europea attraverso la redazione, nella prima metà del 2009, di orientamenti sulle questioni di difficile recepimento o applicazione. Questo proposito è stato accolto con favore dal Consiglio³ e dal Parlamento europeo⁴. Le linee guida rappresentano il pensiero della Commissione e non pregiudicano la giurisprudenza della Corte di giustizia (*“la Corte”*) e la sua evoluzione.

La Comunicazione vuole essere una guida alla corretta applicazione, da parte degli Stati membri, della Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Persegue lo scopo di produrre un miglioramento reale per tutti i cittadini dell'Unione e di fare dell'Unione europea un'area di sicurezza, libertà e giustizia.

La relazione ha, inoltre, individuato alcuni problemi frequenti relativi al diritto d'ingresso e di soggiorno dei familiari di paesi terzi dei cittadini dell'Unione e alla richiesta di corredare le domande di soggiorno di documenti aggiuntivi non previsti dalla direttiva. Sempre nella relazione, la Commissione ha annunciato che moltiplicherà gli sforzi per assicurare la corretta trasposizione e implementazione dello strumento legislativo. Per raggiungere tale obiettivo continuerà a tenere informati i cittadini dei diritti loro conferiti dalla direttiva, soprattutto diffondendo una guida semplificata per il pubblico e sfruttando al massimo internet. La Commissione, inoltre, terrà incontri bilaterali con gli Stati membri per discutere i problemi d'implementazione e applicazione e farà pieno uso dei poteri ad essa conferiti dal Trattato.

Ad oggi oltre 8 milioni di cittadini dell'Unione si sono avvalsi del diritto di circolare e soggiornare liberamente e ora vivono in un altro Stato membro dell'Unione. La libera circolazione dei cittadini rappresenta una delle libertà fondamentali del mercato interno ed è il fulcro del progetto europeo. La Direttiva 2004/38/CE ha codificato e riesaminato gli strumenti comunitari già esistenti allo

¹ COM 840 definitivo

² 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 soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

³ Conclusioni delle riunioni del Consiglio GAI di novembre 2008 e febbraio 2009

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, del 2 aprile 2009, sull'applicazione della direttiva 2004/38/CE (2008/2184(INI))

scopo di semplificare e rafforzare il diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente. Come osservazione generale, la Commissione ricorda che la direttiva deve essere interpretata e applicata in conformità dei diritti fondamentali⁵ e, in particolare, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del principio di non discriminazione, dei diritti del bambino e del diritto ad un ricorso effettivo, così come garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e da altri strumenti internazionali e ribaditi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il diritto alla libera circolazione è uno dei pilastri dell'Unione europea e, conseguentemente, ogni deroga a tale principio dev'essere interpretata in modo rigoroso⁶. Tuttavia, il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione non è illimitato e comporta alcuni obblighi a carico dei beneficiari, tra i quali il rispetto delle leggi dello Stato membro ospitante.

2. CITTADINI DELLA UNIONE EUROPEA E FAMILIARI DI PAESI TERZI– INGRESSO E SOGGIORNO

La direttiva⁷ si applica solo ai cittadini dell'Unione che si recano o soggiornano in uno Stato membro diverso da quello di cui hanno la cittadinanza e ai familiari che li accompagnano o li raggiungono.

T., cittadina di un paese terzo, soggiorna per un certo periodo in uno Stato membro dove vorrebbe essere raggiunta dal coniuge, cittadino di un paese terzo. Poiché non è coinvolto nessun cittadino dell'Unione europea, la coppia non può beneficiare dei diritti riconosciuti dalla Direttiva: la determinazione delle norme sul diritto dei coniugi di un paese terzo a ricongiungersi con altri cittadini stranieri è rimessa alla piena discrezionalità dello Stato membro interessato, con la dovuta considerazione per altri strumenti di diritto comunitario eventualmente applicabili.

I cittadini dell'Unione residenti nello Stato membro di cui hanno la cittadinanza non beneficiano normalmente dei diritti concessi dal diritto comunitario sulla libera circolazione delle persone e i loro familiari stranieri continuano ad essere soggetti alla norme nazionali in materia di immigrazione. Tuttavia, le disposizioni sulla libera circolazione delle persone si applicano anche i cittadini dell'Unione che tornano nel paese d'origine dopo aver soggiornato in un altro Stato membro⁸ e, a determinate condizioni, ai cittadini dell'Unione che hanno esercitato il diritto alla libera circolazione in un altro Stato membro senza risiedervi⁹ (ad esempio, fornendo servizi in un altro Stato membro senza risiedervi).

P. risiede nello Stato membro del quale ha la cittadinanza. Si trova bene e non ha mai soggiornato in un altro Stato Membro. Quando vorrà farsi raggiungere dal coniuge straniero, la coppia non beneficerà dei diritti stabiliti ai sensi della direttiva, in quanto è lasciata alla piena discrezionalità dello Stato membro interessato la determinazione delle norme sul diritto dei coniugi stranieri di ricongiungersi ai propri cittadini.

I lavoratori frontalieri sono soggetti al diritto comunitario in entrambi i Paesi (come lavoratori migranti nello Stato membro dove lavorano e come persone autosufficienti nello Stato membro dove risiedono)

⁵Cause C-482/01 e, C-493/01 *Orfanopoulos e Olivieri* (par. 97-98), C-127/08 *Metock* (par.79)

⁶ Cause 139/85 *Kempf* (par. 13) e C- 33/07 *Jipa* (par. 23)

⁷ Articolo 3, par.1

⁸ Cause C-370/90 *Singh* e C-291/05, *Eind*

⁹ Causa C-60/00 *Carpenter*

2.1. Familiari e altri beneficiari

2.1.1. Coniugi e partners

Ai fini dell'applicazione della direttiva devono essere riconosciuti, in linea di principio, tutti i matrimoni contratti validamente in qualsiasi parte del mondo. I **matrimoni forzati** in cui uno o entrambi i coniugi sono fatti sposare senza il loro consenso o contro la loro volontà, non sono tutelati dal diritto internazionale¹⁰ o comunitario. I matrimoni forzati devono essere distinti sia dai **matrimoni combinati**, dove entrambi acconsentono pienamente e liberamente al matrimonio anche se un terzo ha un ruolo guida nella scelta del partner sia dai **matrimoni di convenienza**, definiti nel successivo punto 4.2.

Gli Stati membri non sono tenuti a riconoscere i **matrimoni poligami**, contratti legalmente in un paese terzo, che possono essere in contrasto con gli ordinamenti giuridici nazionali¹¹. Ciò non pregiudica l'obbligo di tener conto del superiore interesse dei figli nati da tali matrimoni.

La direttiva deve essere applicata in conformità del principio di non discriminazione, sancito in particolare dall'articolo 21 della Carta dell'Unione europea.

Il partner con cui un cittadino dell'Unione abbia una relazione *de facto* stabile e debitamente comprovata rientra nel campo di applicazione dell'articolo 3, par. 2 lett. b). Le persone che basano i propri diritti ai sensi della direttiva sulla condizione di **partner stabili** possono essere tenute a provare in via documentale che sono partner di un cittadino dell'Unione e che la relazione è stabile. Le prove possono essere presentate con qualsiasi idoneo mezzo.

Il requisito della stabilità del rapporto deve essere valutato alla luce della finalità della direttiva di mantenere l'unità della famiglia in senso lato¹². Nelle norme nazionali sulla stabilità della relazione è ammesso il riferimento ad un arco di tempo minimo come criterio per stabilire se il rapporto può essere ritenuto stabile. In tal caso, tuttavia, le disposizioni di diritto interno dovrebbero prevedere che siano tenuti in considerazione anche altri aspetti pertinenti (*come, ad esempio, l'accensione comune di un mutuo per l'acquisto della casa*). Il diniego di ingresso o soggiorno deve essere sempre pienamente motivato per iscritto e suscettibile di impugnazione.

2.1.2. Familiari in linea diretta

Fatte salve le questioni relative al riconoscimento delle decisioni delle autorità nazionali, la nozione di **parenti diretti in linea discendente o ascendente** si estende alle relazioni adottive¹³ o ai minori posti sotto la custodia di un tutore legale permanente. I bambini in affidamento e i genitori affidatari con custodia temporanea possono godere dei diritti conferiti dalla direttiva in funzione della solidità del legame instaurato nel caso particolare. Non c'è nessuna restrizione rispetto al grado di parentela. Le autorità nazionali possono chiedere prove del rapporto di parentela dichiarato. .

Nell'attuazione della direttiva, gli Stati membri devono agire sempre nel **superiore interesse del minore**, secondo quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

¹⁰ *tra l'altro*, articolo 16, paragrafo 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo oppure l'articolo 16, par. 1, lettera b) della Convenzione per eliminare tutte le forme di discriminazione contro le donne.

¹¹ Causa della Corte europea dei diritti dell'uomo *Alilouch El Abasse contro Olanda*, sentenza del 6 gennaio 1992

¹² Considerando 6.

¹³ I figli adottivi sono pienamente tutelati dall'articolo 8 della CEDU (*Corte europea dei diritti dell'uomo cause X contro Belgio e Olanda, sentenza del 10 luglio 1975; X contro Francia, sentenza del 5 ottobre 1982, nonché X, Y e Z contro. Regno Unito, sentenza 22 Aprile 1997*)

2.1.3. Altri familiari a carico

L'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), non stabilisce alcuna restrizione rispetto al grado di parentela quando fa riferimento ad **'altri familiari'**.

2.1.4 Familiari a carico

Secondo la giurisprudenza¹⁴ della Corte, lo status di familiare **'a carico'** deriva da una situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il **sostegno materiale**¹⁵ al familiare è fornito dal cittadino dell'Unione europea o dal suo coniuge/partner. La condizione di familiare a carico non presuppone alcun diritto al mantenimento. Non è necessario valutare se i familiari interessati siano teoricamente in grado di mantenersi autonomamente, accettando, ad esempio, un lavoro dipendente.

Per definire se i familiari sono a carico occorre valutare caso per caso se essi, tenuto conto della loro situazione finanziaria e sociale, hanno bisogno di un sostegno materiale per soddisfare le esigenze primarie nel paese d'origine o nel paese da cui sono giunti quando hanno chiesto il ricongiungimento con il cittadino della Unione (cioè *non nello Stato membro ospitante dove risiede il cittadino dell'Unione europea*). Nelle sentenze riguardanti il concetto di "familiare a carico", la Corte non fa riferimento al livello delle condizioni di vita per stabilire se è necessario un sostegno finanziario da parte del cittadino dell'Unione¹⁶.

La direttiva non stabilisce alcun obbligo sulla durata minima dello status di familiare a carico o sull'entità del sostegno materiale fornito, fintanto che lo status è reale e di carattere strutturale.

I familiari a carico sono tenuti a presentare prove documentali del loro status. Le prove possono essere prodotte con qualsiasi mezzo appropriato, come confermato dalla Corte¹⁷. Lo Stato membro ospitante non può rifiutare il riconoscimento dei diritti ai familiari a carico se questi, pur non avendo l'attestato rilasciato dalle competenti autorità del paese di origine o di provenienza, sono in grado di provare il loro status con altri mezzi. Tuttavia, la semplice promessa del cittadino dell'Unione di voler sostenere il familiare non è di per sé sufficiente a configurare la condizione di familiare a carico.

In conformità all'**articolo 3, paragrafo 2**, gli Stati membri godono di una certa discrezionalità nella determinazione dei criteri per decidere se accordare i diritti previsti dalla direttiva ad **"altri familiari a carico"**. Gli Stati membri, tuttavia, non hanno una libertà illimitata in tale ambito. Al fine di mantenere l'unità della famiglia in senso lato, la legislazione nazionale deve prevedere un esame attento della situazione personale dei richiedenti, tenendo conto dei rapporti con il cittadino dell'Unione o di eventuali altre circostanze, come la dipendenza finanziaria o fisica, così come previsto dal Considerando 6.

La decisione negativa è soggetta a tutte le garanzie materiali e procedurali previste dalla direttiva. Deve essere pienamente motivata per iscritto e suscettibile di impugnazione.

2.2. Ingresso e soggiorno dei familiari di un paese terzo

2.2.1. Visti di ingresso

¹⁴ Cause 316/85 *Lebon* (par. 22) e C-1/05 *Jia* (par. 36-37)

¹⁵ La dipendenza psicologica non è presa in considerazione, cfr. PM Tizzano nella causa C-200/02 *Zhu e Chen*, par.84

¹⁶ Il test per stabilire il rapporto di dipendenza dovrebbe principalmente accertare se, alla luce della situazione personale, i mezzi finanziari dei familiari consentono loro di vivere al **livello minimo di sussistenza** nel paese di abituale residenza (PM Geelhoed nella causa C-1/05 *Jia*, par. 96).

¹⁷ Cause C-215/03 *Oulane* (par. 53) e C-1/05 *Jia* (par. 41)

Come previsto all'articolo 5, paragrafo 2, gli Stati membri possono prescrivere il possesso di un visto di ingresso per i familiari di un paese terzo che si spostano insieme ad un cittadino dell'Unione o che lo raggiungono e che sono soggetti all'applicazione della direttiva. Costoro non solo hanno diritto di ingresso nel territorio dello Stato membro, ma hanno anche **diritto di ottenere un visto di ingresso**¹⁸. Sotto questo profilo, si distinguono dagli altri cittadini di paesi terzi, che non godono di tale diritto.

I familiari di un paese terzo devono ricevere **quanto prima e con procedura accelerata un visto di ingresso gratuito di breve durata**. In analogia a quanto previsto dall'articolo 23 del Codice Visti¹⁹, la Commissione non considera ragionevoli i ritardi superiori a quattro settimane. Le autorità degli Stati membri dovrebbero consigliare i familiari sul visto da richiedere e non possono obbligarli a presentare domanda per visti a lungo termine, di soggiorno o per ricongiungimento familiare. Gli Stati Membri devono agevolare in ogni modo l'acquisizione dei visti necessari. Gli Stati membri possono utilizzare linee telefoniche privilegiate o ricorrere ai servizi di una società esterna per fissare gli appuntamenti, ma devono garantire un accesso diretto al consolato ai familiari di paesi terzi.

Poiché il diritto ad ottenere un visto di ingresso deriva dal legame familiare con il cittadino dell'Unione europea, gli Stati membri possono richiedere soltanto l'esibizione **di un passaporto valido e la prova del legame familiare**²⁰ (*nonché, se del caso, della condizione di familiare a carico, di seri motivi di salute, della stabilità della relazione*). Non può essere richiesto alcun documento aggiuntivo, come ad esempio la prova di disporre di un alloggio, di risorse sufficienti, una lettera di invito o un biglietto di ritorno.

Gli Stati membri possono promuovere l'integrazione dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di paesi terzi, mettendo a disposizione insegnamenti di lingua e altri corsi mirati, su base volontaria²¹. Nessuna conseguenza può discendere dal rifiuto di parteciparvi.

Le carte di soggiorno rilasciate a norma dell'articolo 10 della direttiva ad *un familiare di un cittadino dell'Unione residente nello Stato membro ospitante*, comprese quelle rilasciate da altri Stati membri, esonerano il titolare dall'obbligo del visto se viaggia insieme al cittadino dell'Unione o se lo raggiunge nello Stato membro ospitante.

Carte di soggiorno non rilasciate ai sensi della Direttiva possono dispensare il titolare dall'obbligo del visto nell'ambito della normativa Schengen²²:

2.2.2. Carte di soggiorno

Come enunciato all'articolo 10, paragrafo 1, il diritto di soggiorno dei familiari di un paese terzo è comprovato dal rilascio di un documento denominato "*Carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione*". Il nome della carta di soggiorno non deve discostarsi dalla formulazione prescritta nella direttiva, in quanto denominazioni diverse renderebbero materialmente impossibile, negli altri Stati membri, riconoscere il documento come titolo che esonera dall'obbligo del visto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2.

¹⁸ Causa C-503/03 *Commissione contro Spagna* (par. 42)

¹⁹ COM (2006) 403 def/2

²⁰ Articolo 8, par. 5 e articolo 10, par 2.

²¹ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni – Il multilinguismo una risorsa per l'Europa e un impegno comune

²² Articolo 5 del Regolamento CE n. 562/2006 che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice Frontiere Schengen).

Non è previsto alcun modello per la carta di soggiorno e gli Stati membri sono liberi di stabilire il formato che ritengono opportuno²³. La carta di soggiorno deve essere rilasciata come documento a sé stante e non in forma di un adesivo sul passaporto, che potrebbe limitare la validità della carta in violazione dell'articolo 11, paragrafo 1.

La carta di soggiorno deve essere **rilasciata entro sei mesi dalla data della domanda**. Il termine deve essere interpretato alla luce dell'articolo 10 del trattato CE e il periodo massimo di sei mesi è giustificato solo se l'esame della domanda implica considerazioni di ordine pubblico²⁴.

L' **elenco dei documenti** ²⁵ da presentare a corredo della domanda di carta di soggiorno è esaustivo, come conferma il Considerando 14. Non possono essere richiesti documenti supplementari.

Gli Stati membri possono disporre che i documenti siano **tradotti, legalizzati da un notaio, o asseverati** se l'autorità nazionale interessata non è in grado di comprendere la lingua in cui sono redatti o nutre sospetti circa l'autenticità della fonte.

2.3. Soggiorno dei cittadini dell'Unione europea per un periodo superiore a tre mesi

I cittadini hanno diritto a soggiornare in uno Stato membro ospitante se sono ivi economicamente attivi. Gli studenti e i cittadini economicamente inattivi devono disporre di **risorse sufficienti** per se stessi e per i loro familiari affinché non diventino un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno e devono avere una **assicurazione sanitaria contro tutti i rischi**.

L' **elenco dei documenti** da presentare a corredo della domanda di carta di soggiorno è esaustivo. Non possono essere richiesti documenti supplementari.

2.3.1. Risorse sufficienti

La **nozione di "risorse sufficienti"** deve essere interpretata alla luce dell'obiettivo della direttiva che si prefigge di agevolare la libera circolazione fintanto che i beneficiari del diritto di soggiorno non diventano un onere irragionevole per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Il primo passo per stabilire se un cittadino dell'Unione (*e i familiari che dallo stesso derivano il proprio diritto di soggiorno*) dispone di risorse sufficienti potrebbe consistere nel verificare se soddisfa i criteri nazionali per la concessione del **sussidio sociale minimo**.

I cittadini dell'Unione hanno risorse sufficienti se queste superano la soglia al di sotto della quale lo Stato membro ospitante concede il sussidio sociale minimo. Se questo criterio non è applicabile, si fa riferimento alla pensione sociale minima.

L'articolo 8, paragrafo 4 vieta agli Stati membri di stabilire un importo fisso, direttamente o indirettamente equiparato alle "risorse sufficienti", al di sotto del quale il diritto di soggiorno può essere automaticamente rifiutato. Le autorità degli Stati membri devono tener conto della situazione personale di ogni cittadino interessato. Devono essere accettate le risorse elargite da terzi²⁶.

Le autorità nazionali possono, se del caso, verificare l'esistenza, la legittimità, l'entità e la disponibilità delle risorse. Le risorse non devono necessariamente essere periodiche e possono

²³ Il regolamento (CE) N. 1030/2002 del Consiglio che stabilisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno per i cittadini di paesi terzi non si applica ai familiari di cittadini dell'Unione che esercitano il diritto alla libera circolazione (*articolo 5*) e articolo 21 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

²⁴ COM (1999) 372 (paragrafo 3.2)

²⁵ Articolo 10, paragrafo 2.

²⁶ Causa C- 408/03 *Commissione contro Belgio* (par. 40 e segg.)

essere in forma di capitale accumulato. La prova della disponibilità di risorse sufficienti non può essere soggetta a limitazioni²⁷.

Per valutare se un individuo, le cui risorse non possono più essere considerate sufficienti e che ha ricevuto il sussidio sociale minimo, è o è diventato **un onere eccessivo** per lo Stato membro ospitante, le autorità nazionali effettuano un test di proporzionalità. A tal fine, gli Stati membri possono elaborare un indicatore basato su un sistema a punti. Il considerandum 16 della direttiva 2004/38 fornisce **tre serie di criteri**:

(1) durata

- per quanto tempo è concesso il sussidio?
- prospettiva: con quanta probabilità il cittadino dell'Unione uscirà a breve termine dalla rete di sicurezza?
- da quanto tempo si protrae il soggiorno nello Stato membro ospitante?

(2) situazione personale

- Quanto sono solidi i legami del cittadino dell'Unione e dei suoi familiari con la società dello Stato membro ospitante?
- Ci sono valutazioni riguardanti l'età, lo stato di salute, la famiglia e le condizioni economiche di cui occorre tener conto?

(3) importo

- Qual è l'importo totale dell' aiuto concesso?
- In passato il cittadino dell'Unione ha gravato pesantemente sull'assistenza sociale?
- In passato il cittadino dell'Unione ha contribuito al finanziamento dell'assistenza sociale nello Stato membro ospitante?

Fintanto che i beneficiari del diritto di soggiorno non diventano un onere irragionevole per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante, non è possibile espellerli con tale motivazione²⁸..

Il mero fatto di aver ricevuto dei sussidi di assistenza sociale non può essere considerato rilevante per stabilire se l'interessato costituisca o meno un onere per l'assistenza sociale.

2.3.2 Assicurazione sanitaria

In linea di principio, è accettabile qualsiasi copertura assicurativa, privata o pubblica, contratta nello Stato membro ospitante o altrove, nella misura in cui offre una **copertura completa** e non crea un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante. Nel tutelare le proprie finanze pubbliche e valutare al contempo se la copertura assicurativa è completa, lo Stato membro deve agire in conformità dei limiti imposti dal diritto comunitario e del principio di proporzionalità²⁹.

²⁷ Causa C-424/98 *Commissione contro Italia* (par.37)

²⁸ Articolo 14, par. 3.

²⁹ Causa C-413/99 *Baumbast* (parr. 89-94).

I pensionati soddisfano il requisito della completa copertura assicurativa contro le malattie se hanno diritto alle cure sanitarie per conto dello Stato membro che eroga la pensione³⁰.

La Carta di assistenza sanitaria europea offre una copertura totale se il cittadino dell'Unione non sposta la residenza, ai sensi del regolamento CEE 1408/71, nello Stato membro ospitante e ha intenzione di tornare nel proprio Paese, come ad esempio gli studenti e i lavoratori distaccati.

3. RESTRIZIONI AL DIRITTO DI CIRCOLARE E SOGGIORNARE LIBERAMENTE PER MOTIVI DI ORDINE PUBBLICO O DI PUBBLICA SICUREZZA

Questo paragrafo si basa sulla Comunicazione del 1999³¹ sulle misure speciali in materia di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione europea che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o salute pubblica. Il contenuto della Comunicazione del 1999 è ancora generalmente valido, anche se è riferito alla direttiva 64/221, abrogata dalla direttiva 2004/38. Scopo del presente paragrafo è di aggiornare il contenuto della Comunicazione nel 1999 alla luce della recente giurisprudenza della Corte e di chiarire alcuni punti problematici emersi nell'attuazione della direttiva.

La libertà di circolazione delle persone è uno dei fondamenti dell'Unione europea. Di conseguenza, l'interpretazione delle disposizioni che concedono detta libertà **deve essere ampia**, mentre l'interpretazione delle deroghe deve essere rigorosa³²

3.1. Ordine e sicurezza pubblica

Gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Il capo VI della direttiva si applica a qualsiasi azione adottata per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza che incide sul diritto delle persone, soggette all'applicazione della direttiva, di entrare e di soggiornare liberamente nello Stato membro ospitante alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato³³.

Agli Stati è lasciata la libertà di determinare le esigenze di ordine e di sicurezza pubblica in funzione dei propri bisogni, che possono variare di Stato in Stato e di periodo in periodo. Tuttavia, nell'ambito di applicazione della direttiva, gli Stati membri sono tenuti ad un'interpretazione rigorosa di tali esigenze.³⁴

È essenziale che gli Stati membri definiscano con chiarezza gli interessi protetti delle rispettive società e distinguano nettamente tra ordine pubblico e sicurezza pubblica. Quest'ultima non può essere estesa alle misure che dovrebbero rientrare nell'ordine pubblico.

Pubblica sicurezza: generalmente, è interpretata con riferimento alla sicurezza sia interna che esterna³⁵ nel senso di preservare l'integrità territoriale e le istituzioni di uno Stato membro.

Ordine pubblico: generalmente è interpretato nel senso di evitare disturbi dell'ordine sociale.

³⁰ Articoli 27, 28 e 28 a del Regolamento CEE 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Dal 1° marzo 2010 sarà sostituito dal Regolamento 883/04, ma i principi restano invariati.

³¹ COM (1999) 372

³² Cause 139/85 *Kempf* (par. 13) e C-33/07 *Jipa* (par. 23)

³³ Cause 36/75 *Rutili* (parr. 8-21) e 30/77 *Bouchereau* (parr. 6-24)

³⁴ Cause 36/75 *Rutili* /par. 27), 30/77 *Bouchereau* (par.33) e C-33/07 *Jipa* (par. 23).

³⁵ Cause C-423/98 *Albore* (par. 18 e seg.) e C-285/98, *Kreil* (par.15)

I cittadini dell'Unione possono essere espulsi solo per una condotta punita dalla legge dello Stato ospitante o che era stata oggetto di misure di contrasto effettive ed efficaci, come confermato dalla giurisprudenza³⁶ della Corte.

In ogni caso, il mancato rispetto dell'obbligo di iscrizione non è tale da costituire di per sé una condotta pericolosa per l'ordine e la sicurezza pubblica e pertanto non può da solo giustificare l'espulsione dello straniero³⁷.

3.2. Condotta personale e minaccia

Le misure restrittive possono essere adottate solo caso per caso, laddove la condotta personale dell'individuo ponga una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave contro uno degli interessi fondamentali della società dello Stato membro ospitante³⁸. Le misure restrittive non possono basarsi esclusivamente su considerazioni di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica avanzate da un altro Stato membro³⁹.

Il diritto comunitario preclude l'adozione di misure restrittive per **generici motivi di prevenzione**⁴⁰. Le misure restrittive devono basarsi su una minaccia effettiva e non possono essere giustificate solo da un rischio generico⁴¹. Le misure restrittive conseguenti ad una condanna penale non possono essere automatiche e devono tener conto della condotta personale dell'autore del reato e della minaccia che esso rappresenta per le esigenze di ordine pubblico.⁴² Non possono essere invocate cause estranee alla **condotta personale**. La direttiva non ammette le espulsioni automatiche⁴³.

La limitazione dei diritti è possibile solo se il comportamento personale rappresenta una **minaccia**, indica cioè la probabilità di grave pregiudizio per le esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

Una minaccia soltanto presunta non è **reale**. La minaccia deve essere **attuale**. Condotte precedenti possono essere prese in considerazione solo se sussiste la probabilità di una recidiva.⁴⁴ La minaccia deve esistere nel momento in cui il provvedimento restrittivo è adottato dalle autorità nazionali o riesaminato dal giudice⁴⁵. La sospensione della pena è un fattore importante per la valutazione della minaccia, in quanto indica che l'interessato non costituisce più un pericolo reale.

L'appartenenza ad un'organizzazione nel presente può essere presa in considerazione se l'interessato prende parte alle attività della stessa e si identifica con i suoi obiettivi o progetti⁴⁶. Gli Stati membri non devono elevare a reato o vietare le attività di un'organizzazione per poter procedere ad una limitazione dei diritti ai sensi della direttiva in vigenza di misure di natura amministrativa volte a contrastare le attività dell'organizzazione. Adesioni precedenti⁴⁷ non costituiscono, in generale, una minaccia attuale.

³⁶ Cause 115/81 *Adoui e Cornuaille* (parr. 5-9) e C-268/99 *Jany* (par. 61).

³⁷ Causa 48/75 *Royer* (par. 51)

³⁸ Tutti i criteri sono cumulativi

³⁹ Cause C-33/07, *Jipa* (par. 25) e C-503/03, *Commissione contro Spagna* (par. 62)

⁴⁰ Causa 67/74 *Bonsignore* (parr. 5-7)

⁴¹ La prevenzione generale in circostanze specifiche, come gli eventi sportivi, è disciplinata dalla Comunicazione del 1999 (cfr. punto 3.3).

⁴² Cause C-348/96 *Calfa* (parr. 17-27) e 67/74 *Bonsignore* (parr. 5-7)

⁴³ Causa C-408/03 *Commissione contro Belgio* (parr. 68-72)

⁴⁴ Causa 30/77 *Bouchereau* (parr. 25-30)

⁴⁵ Cause C-482/01 e C- 493/01 *Orfanopoulos e Olivieri* (par. 82)

⁴⁶ Causa 41/74 *van Duyn* (par 17 e seg.)

⁴⁷ *Ibid*

Una **precedente condanna penale** può essere presa in considerazione, ma solo nella misura in cui le circostanze che vi hanno dato origine dimostrano che la condotta personale dell'interessato costituisce una minaccia attuale per le esigenze di ordine pubblico⁴⁸. Le autorità devono basare la propria decisione su una valutazione della condotta futura dell'interessato. Il tipo e il numero delle condanne precedenti costituisce un elemento significativo della valutazione, con particolare riguardo alla gravità e alla frequenza dei reati commessi. Mentre l'importanza del pericolo di recidiva è notevole, non è sufficiente la remota possibilità che siano commessi nuovi reati⁴⁹.

A. e I. hanno finito di scontare la condanna a due anni per rapina. Le autorità valutano se la condotta personale delle due sorelle rappresenta una minaccia, cioè se è probabile che ne derivi un nuovo e grave pregiudizio per l'ordine pubblico.

Questa, per A. è stata la prima condanna. In carcere si è comportata bene. Da quando è uscita dal carcere, lavora. Le autorità non riscontrano nulla nel suo comportamento che rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave.

Per quanto riguarda I., questa è già la quarta condanna. La gravità dei reati che ha commesso è cresciuta nel tempo. La sua condotta in carcere è stata tutt'altro che esemplare e le due richieste di libertà su cauzione sono state rifiutate. In meno di due settimane è stata sorpresa a progettare un'altra rapina. Le autorità concludono che la condotta di I. costituisce una minaccia per l'ordine pubblico.

In determinate circostanze, una **microcriminalità persistente** può rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico, anche se ogni singolo crimine/reato, individualmente considerato, non è sufficiente per costituire una minaccia sufficientemente grave, come sopra definita. Le autorità nazionali devono dimostrare che la condotta personale dell'interessato rappresenta una minaccia per le esigenze di ordine pubblico.⁵⁰ Per valutare l'esistenza di una minaccia per l'ordine pubblico nei predetti casi, le autorità possono tener conto, in particolare, dei seguenti **fattori** :

- la natura dei reati;
- la frequenza dei reati;
- i danni causati.

L'esistenza di condanne multiple non è di per sé sufficiente.

3.3. Valutazione della proporzionalità

Il Capo VI della direttiva non può essere interpretato nel senso che impone una condizione preliminare per l'acquisizione e per il mantenimento del diritto d'ingresso e soggiorno, bensì nel

⁴⁸ Cause C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Olivieri* (parr. 82 e 100) e C-50/06 *Commissione contro Olanda* (parr. 42-45)

⁴⁹ Ad esempio, il pericolo di recidiva può essere considerato maggiore in caso di tossicodipendenza, se esiste il rischio che siano commessi altri reati per acquistare la droga: PM Stix-Hackl nelle cause congiunte C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Olivieri*

⁵⁰ Causa C-349/06 *Polat* (par. 35).

senso che offre la mera possibilità di limitare l'esercizio di un diritto derivante direttamente dal Trattato ⁵¹, ove ciò sia giustificato.

Quando le autorità hanno stabilito che la condotta personale dell'individuo rappresenta una minaccia sufficientemente grave da giustificare un provvedimento restrittivo, devono effettuare **una valutazione di proporzionalità** per decidere se all'interessato può essere rifiutato l'ingresso o se può essere espulso per motivi di ordine e sicurezza pubblica.

Le autorità nazionali devono individuare gli interessi protetti. È alla luce di questi interessi che devono effettuare un'analisi delle caratteristiche della minaccia. Possono essere presi in considerazione i seguenti **fattori**:

- grado di pericolo sociale derivante dalla presenza dell'interessato sul territorio dello Stato membro;
- natura e frequenza delle attività criminali nonché il pericolo e i danni complessivi che ne derivano;
- tempo trascorso dalla commissione degli atti criminali e condotta dell'interessato (*NB: si può tener conto anche della buona condotta in carcere e del possibile rilascio su cauzione*)

La situazione personale e familiare dell'interessato dev'essere valutata attentamente al fine di stabilire se la misura che si intende adottare è appropriata e non eccede quanto è strettamente necessario per raggiungere la finalità perseguita e se esistono misure meno coercitive per il suo conseguimento. Si dovrebbero prendere in considerazione i seguenti **fattori**, enunciati in un elenco indicativo all'articolo 28, paragrafo 1⁵²:

- l'impatto dell'espulsione sulla vita personale economica e familiare dell'interessato (*e di altri familiari che avrebbero diritto a restare nello Stato membro ospitante*) ;
- l'entità delle difficoltà che il coniuge/partner e i figli rischiano di affrontare nel paese di origine dell'interessato;
- la solidità dei legami (*parenti, visite, competenze linguistiche*) – o la mancanza di legami – con il paese di origine e con lo Stato membro ospitante (*ad esempio, l'interessato è nato nello Stato membro ospitante o vi ha vissuto sin da piccolo*);
- durata del soggiorno nello Stato membro ospitante (*la situazione di un turista è diversa da quella di chi ha vissuto per molti anni nello Stato membro ospitante*) ;
- l'età e lo stato di salute.

⁵¹ Causa 321/87 *Commissione contro Belgio* (par. 10)

⁵² Per i diritti fondamentali, vedasi la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle cause *Berrehab, Moustaqim, Beldjoudi, Boujlifa, El Boujaidi e Dalia*

3.4 Tutela maggiore contro l'espulsione

I cittadini UE e i loro familiari che siano residenti permanenti (*dopo cinque anni*) nello Stato membro ospitante possono essere espulsi solo per gravi motivi di ordine pubblico o sicurezza pubblica. I cittadini UE che risiedono da oltre dieci anni e i loro figli possono essere espulsi solo per motivi imperativi di sicurezza pubblica (*non di ordine pubblico*). Si deve fare una netta distinzione tra motivi ordinari, “gravi” e “imperativi”, in base ai quali l'espulsione viene adottata.

Di norma, gli Stati membri non sono obbligati a tenere conto del **tempo effettivamente trascorso in stato detentivo** per calcolare la durata del soggiorno ai sensi dell'Articolo 28 se non è stato stabilito alcun legame con lo Stato membro ospitante.

3.5. Urgenza

Ai sensi dell'Articolo 30, par. 3, il tempo consentito per lasciare il territorio dello Stato membro deve essere di almeno un mese, fatti salvi i casi di **urgenza** debitamente comprovata. La motivazione di un allontanamento urgente deve essere reale e proporzionata⁵³. Nel valutare se è necessario ridurre tale termine nei casi di urgenza, le autorità devono tener conto dell'impatto di un allontanamento immediato e urgente sulla vita personale e familiare dell'interessato (ad es. *necessità di un preavviso presso il posto di lavoro, estinzione di un prestito, necessità di organizzare la spedizione dei propri beni personali nel nuovo luogo di residenza, educazione scolastica dei figli, ecc.*). Adottare una misura di espulsione per motivi imperativi o gravi non significa necessariamente che esista un'urgenza. La valutazione dell'urgenza deve essere suffragata da motivazioni chiare e distinte.

3.6. Garanzie procedurali

All'interessato deve sempre essere notificata qualsiasi misura adottata per motivi di ordine pubblico o di sicurezza pubblica, così come previsto dall'Articolo 30.

Le decisioni devono essere pienamente motivate. Esse devono elencare tutti i motivi specifici di fatto e di diritto sulla base dei quali sono state adottate, in modo tale che l'interessato possa avviare un'azione efficace a garanzia della propria difesa⁵⁴ e il caso possa essere riesaminato dai giudici nazionali in conformità del diritto ad un ricorso effettivo - principio generale del diritto comunitario, sancito dall'articolo 47 della Carta UE. In tale contesto, la notifica delle decisioni può essere effettuata in varie forme, purché sia sempre presente la piena giustificazione dei motivi sui quali è fondata la decisione (*non è accettabile la mera indicazione di una o più opzioni barrando una casella*).

4. ABUSO E FRODE

La normativa comunitaria non può essere invocata in caso di abuso⁵⁵. L'articolo 35 consente a tutti gli Stati membri di adottare misure efficaci e necessarie per combattere gli abusi e le frodi nei settori che rientrano nel concreto ambito di applicazione del diritto comunitario in materia di libera circolazione delle persone. Essi possono rifiutare, porre fine o revocare i diritti conferiti dalla direttiva in caso di abuso di diritto o di frode, come nel caso dei matrimoni di convenienza. Misure

⁵³ PM Stix-Hackl nella causa C-441/02 *Commissione contro Germania*

⁵⁴ Causa 36/75 *Rutili* (parr. 37-39)

⁵⁵ Cause 33/74 *van Binsbergen* (par. 13), C-370/90 *Singh* (par. 24) e C-212/97 *Centros* (parr. 24-25)

di questo tipo devono essere proporzionate e sottoposte alle garanzie procedurali previste dalla direttiva⁵⁶.

Il diritto comunitario agevola la mobilità dei cittadini della UE e tutela coloro che se ne avvalgono⁵⁷ Non vi è alcun abuso nel caso in cui un cittadino dell'Unione e i suoi familiari ottengono un diritto di soggiorno ai sensi del diritto comunitario in uno Stato Membro diverso da quello di cui il cittadino dell'Unione ha la nazionalità, in quanto beneficiano di un vantaggio connesso all'esercizio del diritto alla libera circolazione, tutelato dal Trattato⁵⁸ indipendentemente dalla finalità del trasferimento in tale Stato⁵⁹. Allo stesso modo, il diritto comunitario tutela i cittadini UE che ritornano a casa dopo aver esercitato i diritti alla libera circolazione.

4.1. Concetti di abuso e frode

4.1.1. Frode

Ai sensi della presente direttiva, si intende per **frode** l'inganno deliberato o gli espedienti utilizzati al fine di ottenere il diritto alla libera circolazione e al soggiorno previsti dalla Direttiva. Nell'ambito della direttiva, la frode è probabilmente limitata alla falsificazione dei documenti o alla falsa rappresentazione di un fatto concreto riguardante le condizioni previste per il diritto di soggiorno. I diritti conferiti ai sensi della presente direttiva possono essere rifiutati, sospesi o revocati alle persone alle quali il titolo di soggiorno è stato rilasciato solo a seguito di condotta fraudolenta, per la quale hanno subito una condanna⁶⁰.

4.1.2. Abuso

Ai sensi della presente Direttiva, può definirsi **abuso** un comportamento artificioso utilizzato **esclusivamente** al fine di ottenere il diritto di libera circolazione e di soggiorno previsto dalla legislazione comunitaria. Detta condotta, pur conformandosi formalmente alle condizioni stabilite dal diritto comunitario, non ne rispetta le finalità⁶¹.

4.2. Matrimoni di convenienza

Nel Considerando 28 i matrimoni **di convenienza** sono definiti, ai fini della Direttiva, come matrimoni contratti **al solo** scopo di beneficiare del diritto di libera circolazione e soggiorno previsto dalla direttiva, diritto di cui non si potrebbe beneficiare altrimenti. Un matrimonio non può essere considerato di convenienza solo perché comporta un'agevolazione all'immigrazione o qualsiasi altro beneficio.. La qualità dei rapporti non rileva ai fini dell'applicazione dell'Articolo 35.

La definizione dei matrimoni di convenienza può essere estesa per analogia ad altre forme di rapporti contratti al solo scopo di beneficiare del diritto di libera circolazione e soggiorno, come le unioni (registrate) di comodo e le adozioni fittizie. Un altro caso si presenta quando un cittadino dell'Unione europea dichiara di essere un padre di un bambino di un paese terzo allo scopo di

⁵⁶ Causa C-127/08 *Metock* (parr. 74-75)

⁵⁷ Cause C-370/90 *Singh*, C-291/05 *Eind* e C-60/00 *Carpenter*

⁵⁸ Cause C-212/97 *Centros* (par. 27) e C-147/03 *Commissione contro Austria* (parr. 67-68)

⁵⁹ Cause C-109/01 *Akrich* (par. 55) e C-1/05 *Jia* (par. 31)

⁶⁰ Cause C-285/95 *Kol* (par. 29) e C-63/99 *Gloszezuk* (par. 75)

⁶¹ Cause C-110/99 *Emsland-Stärke* (parr. 52 e segg.) e C-212/97 *Centros* (par. 25)

trasmettere la cittadinanza e il diritto di soggiorno al minore e a sua madre, pur sapendo di non essere il padre e non essendo disposto ad assumersi le responsabilità genitoriali.

Le misure adottate dagli Stati Membri per contrastare i matrimoni di convenienza non possono essere tali da dissuadere i cittadini dell'Unione e i loro familiari dall'avvalersi del diritto alla libera circolazione o da usurpare indebitamente i loro diritti legittimi. Non devono minare l'efficacia del diritto comunitario né costituire una discriminazione fondata sulla nazionalità.

Nell'interpretazione della nozione di abuso nell'ambito della direttiva, deve essere posta attenzione allo status dei cittadini dell'Unione. Conformemente al principio del primato del diritto comunitario, la valutazione dell'eventuale abuso deve essere effettuata nell'ambito della normativa comunitaria e non con riferimento alle normative nazionali in materia di immigrazione. La Direttiva non impedisce agli Stati Membri **di svolgere indagini su casi individuali** nei quali sussiste un fondato **sospetto di abuso**. Tuttavia, il diritto comunitario vieta i controlli sistematici.⁶² Gli Stati Membri possono avvalersi di studi e esperienze precedenti nei quali sia messa in luce una correlazione evidente tra i casi di comprovato abuso e determinate caratteristiche.

Al fine di evitare oneri e ostacoli inutili, è possibile individuare **una serie di criteri indicativi** per capire in quali casi l'abuso dei diritti comunitari è improbabile:

- il coniuge del paese terzo non avrebbe problemi ad ottenere un permesso di soggiorno a titolo personale oppure già in passato ha soggiornato legalmente nello Stato Membro del cittadino dell'Unione;
- la coppia ha una relazione da molto tempo;
- la coppia ha un domicilio/residenza comune da molto tempo⁶³;
- la coppia ha già assunto una serie di impegni a lungo termine di carattere legale/finanziario con responsabilità condivise (mutuo per l'acquisto di un immobile, ecc.);
- il matrimonio è durato a lungo.

Gli Stati Membri possono definire **una serie di criteri indicativi** che lasciano intuire la **possibile intenzione di abusare dei diritti conferiti dalla Direttiva al solo fine di contravvenire alle leggi nazionali sull'immigrazione**. Le autorità nazionali possono, in particolare, tener conto dei fattori sotto elencati:

- la coppia non si è mai incontrata prima del matrimonio;
- la coppia fornisce risposte incongruenti circa i rispettivi dati personali, le circostanze del primo incontro o altre importanti informazioni private;
- nessun membro della coppia parla una lingua compresa da entrambi;
- esiste la prova di somme di denaro o doni corrisposti al fine di contrarre il matrimonio (*ad eccezione di denaro o doni dati sotto forma di dote in culture in cui vi sia tale pratica*);
- uno o entrambi i coniugi hanno in passato contratto comprovati matrimoni di convenienza o altre forme di abuso o frode per acquisire il diritto di soggiorno;
- la vita familiare si sviluppa solo dopo l'adozione del provvedimento di espulsione;

⁶² Il divieto comprende non solo i controlli su tutti gli immigrati, ma anche i controlli su intere categorie di immigrati (ad es. quelli di una determinata origine etnica).

⁶³ Il diritto comunitario non impone l'obbligo di convivenza del coniuge di un Paese terzo con il cittadino dell'Unione come prerequisito del diritto di soggiorno. Causa 267/83 *Diatta* (par. 15 e seguenti)

- la coppia divorzia subito dopo l'acquisizione del diritto di soggiorno da parte del cittadino del paese terzo.

La presenza dei criteri sopra indicati potrebbe far scattare le indagini, senza alcuna deduzione automatica circa i risultati o le indagini successive. Gli Stati Membri non possono fare affidamento su un solo aspetto; ma devono prestare attenzione a tutte le circostanze del caso individuale. L'indagine può comportare un colloquio individuale con ciascuno dei due coniugi.

A S., cittadina di un paese terzo, è stato intimato di lasciare lo Stato entro un mese, essendo rimasta sul territorio nazionale oltre la durata del visto turistico. Dopo due settimane, ha sposato O., un cittadino dell'Unione appena arrivato nello Stato membro ospitante. Le autorità sospettano che il matrimonio possa essere stato contratto al solo fine di evitare l'espulsione. Contattano le autorità nello Stato membro di O. e scoprono che dopo il matrimonio è stato finalmente saldato un debito di 5000€ che il negozio a conduzione familiare di cui è proprietario non era riuscito a restituire in due anni.

Invitano i neosposi per un colloquio, durante il quale scoprono che O. ha già lasciato lo Stato membro ospitante per tornare a casa, al suo lavoro, che la coppia non è in grado di comunicare in una lingua comune e che si sono incontrati per la prima volta una settimana prima del matrimonio. Vi sono forti indizi che la coppia si sia sposata al solo fine di contravvenire alle leggi nazionali in materia di immigrazione.

L'onere della prova incombe alle autorità degli Stati membri che cercano di limitare i diritti di cui alla presente Direttiva. Le autorità devono poter costruire un caso convincente, rispettando nel contempo tutte le garanzie materiali descritte nel paragrafo precedente. In caso di ricorso, spetta al giudice nazionale accertare l'esistenza di abusi nei casi individuali e la prova deve essere fornita in conformità della legislazione nazionale, a condizione che ciò non comprometta l'efficacia del diritto comunitario ⁶⁴.

Le indagini devono essere svolte in conformità dei **diritti fondamentali**, in particolare degli articoli 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*) e 12 (*diritto al matrimonio*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (*articoli 7 e 9 della Carta dell'Unione europea*).

Accertamenti in corso su sospetti casi di matrimoni di convenienza non possono giustificare alcuna deroga ai diritti dei familiari di un paese terzo conferiti dalla direttiva, come l'inibizione del diritto al lavoro, il sequestro del passaporto o il rilascio della carta di soggiorno dopo più di sei mesi dalla data della richiesta. E' possibile porre fine a questi diritti in qualsiasi momento in base all'esito di successive indagini.

4.3. Altre forme di abuso

Si potrebbe essere in presenza di un abuso anche quando i cittadini dell'Unione, non potendo essere raggiunti dai familiari stranieri nel proprio Stato membro di origine per un divieto conseguente all'applicazione delle disposizioni nazionali sull'immigrazione, si spostano in un altro Stato membro al solo scopo di eludere, al ritorno nello Stato membro di origine, la legge nazionale che

⁶⁴ Cause C-122/90 *Emsland/Stärke* (par. 54) e C-215/03 *Oulane* (par.56)

aveva vanificato i tentativi di ricongiungimento, invocando i diritti conferiti dalla legislazione comunitaria.

Per stabilire le caratteristiche che definiscono la linea di demarcazione tra uso corretto e abusivo del diritto comunitario si dovrebbe valutare se l'esercizio dei diritti comunitari da parte dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari era **reale ed effettivo** nello Stato membro dal quale rientrano in patria. Se questo è il caso, i cittadini dell'Unione e le loro famiglie sono protetti dal diritto comunitario sulla libera circolazione delle persone. Questa valutazione deve essere fatta caso per caso. Se in un caso concreto, l'esercizio dei diritti comunitari era reale ed effettivo, lo Stato membro di origine non dovrebbe indagare sui motivi personali che avevano indotto il suo cittadino a recarsi in un altro Stato membro.

Se necessario, gli Stati membri possono definire **un complesso di criteri indicativi** per valutare se il **soggiorno** nello Stato membro ospitante era **reale ed effettivo**. In particolare, le autorità nazionali possono tener conto dei seguenti fattori:

- le circostanze in cui il cittadino dell'Unione si è trasferito nello Stato membro ospitante (*precedenti tentativi falliti di ottenere il soggiorno per il coniuge di un paese terzo in conformità del diritto nazionale; offerta di lavoro nello Stato membro ospitante, status con il quale il cittadino dell'Unione risiede nello Stato membro ospitante*);
- grado di effettività e realtà del soggiorno nello Stato membro ospitante (*soggiorno programmato e soggiorno reale nello Stato membro ospitante, impegno speso per stabilirsi nello Stato membro ospitante, ivi inclusa l'iscrizione all'anagrafe, la ricerca di un alloggio e l'iscrizione dei figli in un istituto scolastico*);
- circostanze in cui il cittadino dell'Unione è tornato in patria (*torna immediatamente dopo aver contratto matrimonio in un altro Stato membro con un cittadino di un paese terzo*).

La presenza dei criteri sopra indicati potrebbe far scattare le indagini, senza alcuna deduzione automatica circa i risultati o le indagini successive. Nel valutare se l'esercizio del diritto di recarsi e soggiornare liberamente in un altro Stato membro dell'Unione europea era reale ed effettivo, le autorità nazionali non possono fondarsi su un unico aspetto ma devono prestare la dovuta attenzione a tutte le circostanze del singolo caso. Devono valutare la condotta degli interessati alla luce degli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario e agire sulla base di prove oggettive⁶⁵.

J. torna a casa con S., coniuge di un paese terzo. S. aveva tentato due volte di ottenere il soggiorno nello Stato membro di cui J. è cittadino, ma senza successo. J. ha continuato a lavorare in patria durante il suo presunto soggiorno in un altro Stato membro.

Le autorità contattano quelle dello Stato membro ospitante e scoprono che J. è tornato a casa dopo solo tre settimane. La coppia ha soggiornato in un hotel turistico e ha pagato in anticipo l'alloggio per tre settimane. Tenuto conto di tutto ciò, J. e S. non beneficiano delle disposizioni della direttiva.

Non si può desumere che il soggiorno nello Stato membro ospitante non sia reale ed effettivo dal solo fatto che il cittadino dell'Unione mantiene alcuni legami con lo Stato membro d'origine, tanto più se il suo status nello Stato membro ospitante è temporaneo (*ad es. un contratto di lavoro a*

⁶⁵ Causa C-206/94 *Brennet contro Paletta* (par. 25)

termine). Il semplice fatto che una persona si ponga consapevolmente in una situazione che gli conferisce un diritto non costituisce di per sé una base sufficiente per presupporre un abuso⁶⁶.

Trovano applicazione, *mutatis mutandis*, tutte le pertinenti considerazioni precedentemente svolte circa le indagini, le garanzie procedurali e materiali, e la cooperazione tra Stati membri sui matrimoni di convenienza.

4.4. Misure e sanzioni contro abuso e frode

L'articolo 35 autorizza gli Stati membri ad adottare le **misure necessarie** in caso di abuso di diritti o frode. Queste misure **possono essere adottate in qualsiasi momento** e possono includere:

- il rifiuto di conferire i diritti previsti dalla legislazione comunitaria in materia di libera circolazione (*ad es. rilasciare un visto di ingresso o una carta di soggiorno*);
- la cessazione o la revoca dei diritti previsti dalla legislazione comunitaria in materia di libera circolazione (*ad es. la decisione di porre fine alla validità della carta di soggiorno e di espellere la persona i cui diritti siano stati acquisiti con abuso o frode*).

Attualmente, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche che gli Stati membri possono adottare nel quadro della lotta contro gli abusi o le frodi. Gli Stati membri possono stabilire sanzioni di diritto civile (*ad es. abrogare gli effetti sul diritto di soggiorno di un matrimonio di convenienza comprovato*), di diritto amministrativo o penale (*ammenda o reclusione*), purché tali sanzioni siano efficaci, non discriminatorie e proporzionate.

⁶⁶ Causa C-212/97 *Centros* (par. 27)