

Francesco Cherubini*

L'immigrazione irregolare nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. La nozione di “immigrato” nel diritto dell’Unione. – 2. Lo Spazio Schengen: controlli alle frontiere e libera circolazione. – 3. La natura irregolare della posizione dell’immigrato secondo il diritto dell’Unione: l’ingresso “breve”, *extra-* ed *intra-*Schengen. – 4. *Segue*: lo stabilimento nello Spazio. 5. Le dimensioni dell’immigrazione irregolare. – 6. Cenni ad alcuni problemi giuridici.

1. Nel diritto dell’Unione europea la nozione di “immigrato” è identificata in corrispondenza con le attività della Direzione Generale della Commissione che ha il compito di fornire dati statistici di rilievo europeo: la c.d. Eurostat, con sede a Lussemburgo, che è alle dipendenze del Commissario europeo per gli affari economici e monetari (al momento, l’italiano Paolo Gentiloni). In particolare, secondo la definizione “circolare” dell’art. 2, par. 1, lett. f), del regolamento 862/2007¹, è un immigrato chi compie una azione di immigrazione. Questa consiste nella «azione con la quale una *persona* stabilisce la sua *dimora abituale* nel territorio di uno Stato membro per un periodo minimo di *dodici mesi*, o che si presume almeno di dodici mesi, dopo aver avuto in precedenza la propria dimora abituale in *un altro Stato membro o in un paese terzo*»².

«Persona» è termine che non comporta alcun riferimento alla cittadinanza, sicché, seguendo il regolamento *de quo*, l’immigrato è qualificato sulla base dello spostamento della «dimora abituale». Di conseguenza, *immigra* in uno Stato membro chi nel medesimo sposta la sede ove «trascorre *normalmente* il periodo quotidiano di riposo»³, non rilevando: i) lo Stato in

* Professore associato di Diritto dell’Unione europea, Luiss “Guido Carli”, Roma.

¹ Regolamento (CE) n. 862/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, relativo alle statistiche comunitarie in materia di migrazione e di protezione internazionale e che abroga il regolamento (CEE) n. 311/76 del Consiglio relativo all’elaborazione di statistiche riguardanti i lavoratori stranieri.

² Ivi, art. 2, par. 1, lett. b) (i corsivi sono miei).

³ Ivi, art. 2, par. 1, lett. a) (cors. agg.), che aggiunge: «a prescindere dalle assenze temporanee a fini ricreativi, di vacanza, visita a parenti e amici, affari e motivi professionali, trattamenti medici o pellegrinaggi religiosi, oppure, in assenza di dati disponibili, il luogo di residenza legale o registrato».

cui prima era stabilita tale sede (che può essere un qualunque Stato del pianeta⁴); ii) il possesso di una determinata cittadinanza (l'immigrato può avere quella di un altro Stato membro, di uno Stato terzo, persino dello stesso Stato membro di immigrazione⁵, o non averne alcuna).

L'implicazione più immediata di tale premessa è che il dato complessivo sui movimenti in entrata nel "territorio" dell'Unione non rappresenta ciò che, nel linguaggio comune, è un immigrato. Lo si deve a due ragioni.

La prima è legata alla cittadinanza: il *quisque de populo* assocerebbe senza fatica l'immigrazione ai flussi di cittadini di Stati extra-europei, come la Siria, l'Iraq, l'Afghanistan, o quelli sub-sahariani; l'esercizio sarebbe meno immediato con ricchi paesi terzi occidentali, come Canada o Stati Uniti d'America, pure europei (come Islanda o Norvegia); nessuno (o quasi) potrebbe invece accostare la nozione di "immigrato" ad un cittadino di uno Stato membro che si sposti (stabilmente) fuori dai propri confini nazionali, possedendo costui la cittadinanza europea (un francese in Italia, per esempio).

La seconda ragione riguarda il fattore tempo: lo spostamento della dimora abituale è un elemento necessario per l'identificazione dell'immigrato, ma non anche sufficiente. Nell'avverbio «normalmente» vi è una idea di stabilità che il regolamento 862/2007 quantifica nella soglia minima di dodici mesi, tagliando così fuori, più che ragionevolmente, tutti i movimenti temporanei, come ad esempio quelli dovuti a ragioni di turismo. Nella percezione comune, tale elemento non ha tuttavia alcuna rilevanza e chiunque si presenti ai confini esterni di uno Stato membro, con la sola eccezione forse proprio dei turisti⁶, mostrando tratti non europei (meglio: non considerati tali), soprattutto quando l'ingresso sembra non avvenire in maniera regolare (come nel *cliché* tipico della rotta del Mediterraneo centrale: il barcone di fronte alle coste italiane), è un immigrato perché tale appare. Irregolarità e origine (attribuite) sembrano dunque segnare ciò che secondo l'opinione pubblica è un immigrato, molto al di là della più neutrale e corretta versione del regolamento 862/2007.

⁴ Ad eccezione, ovviamente, dello Stato di immigrazione: quindi gli spostamenti "interni", da una parte all'altra di un medesimo Stato membro, non sono presi in considerazione.

⁵ Si pensi ad un cittadino italiano che sposti la propria dimora abituale da uno Stato estero, membro o non dell'Unione, all'Italia.

⁶ E non sempre: qui rientra in gioco il fattore cittadinanza. Un cittadino canadese o giapponese che faccia ingresso in uno Stato membro dell'Unione con un visto di tre mesi sarebbe senz'altro percepito come ciò che è – un turista. Ma lo stesso non può dirsi di un cittadino pakistano o bengalese, ove pure entrassero, come qualche volta accade, proprio con un visto turistico a tre mesi.

Sarebbe lecito chiedersi perché mai l'interprete dovrebbe preoccuparsi di confrontare le versioni che di uno stesso concetto vengono date, rispettivamente, dalla scienza statistica e dal mondo reale; ma la risposta è così ovvia da non meritare, almeno qui, analisi alcuna. L'esito del *referendum* del 2016 sul recesso del Regno Unito dall'Unione, solo per citare un caso affine, mostra in modo già piuttosto eloquente quanto concreti possano essere gli effetti determinati dalle più stravaganti idee sulla immigrazione (come credere che l'uscita avrebbe restituito alle autorità britanniche il controllo sui sacri confini: uno Stato che non ha mai avuto in comune con gli altri membri una frontiera esterna!⁷).

L'approccio dell'UE e dei suoi membri verso il fenomeno della immigrazione risente, dunque, non poco di questa tensione. E infatti: quando la norma è chiamata a definire il dato "politico", lo slancio verso il sentimento comune è più manifesto e la prospettiva "popolare" che brevemente abbiamo descritto finisce per attrarre a sé le scelte del legislatore. Una sorta di "spostamento" verso l'elettore medio (ma forse sarebbe il caso di dire "mediano"), il cui impeto non si cura di quanto *fondata* sia la concezione della immigrazione comunemente professata.

2. Non c'è bisogno di sottolineare che la natura irregolare della posizione dello straniero nel "territorio" dell'Unione dipende dalle norme che la disciplinano, segnando il confine, in questa come in molte altre attività umane, fra condotte *secundum* e *contra ius*. In genere, si tratta delle norme su ingresso e soggiorno dello straniero, sul cui tema si aggiunge, nel diritto europeo, una variazione di primaria importanza⁸. L'Unione ha, infatti, un confine esterno comune (che peraltro è asimmetrico rispetto alla sua *membership*) ed una "ripartizione" di confini interni, solo virtualmente esistente (e anch'essa disallineata rispetto alla *membership*). Si tratta dello Spazio Schengen, al quale partecipano ventitré membri dell'UE⁹ e quattro

⁷ Fin dalla introduzione nel diritto (allora) comunitario delle competenze in materia di asilo e immigrazione, avvenuta con il T. di Amsterdam, il Regno Unito ha beneficiato di protocolli *ad hoc* che lo hanno escluso da tale area di cooperazione. In vero, il Regno Unito era fuori da tale area anche prima che essa fosse attribuita alla Comunità: non era infatti parte (e mai lo sarà) della cooperazione Schengen.

⁸ Tralasciamo qui origine ed evoluzione delle competenze dell'Unione in materia di immigrazione ed asilo. Per chi non potesse farne a meno: F. CHERUBINI, *Asylum Law in the European Union*, London, 2015, p. 129 ss.

⁹ Tutti meno Bulgaria, Cipro, Irlanda e Romania. La Danimarca ne fa parte ma unicamente sul piano internazionale, e non, dunque, come *acquis* dell'Unione.

Stati terzi associati¹⁰. Entro tale Spazio, non vi sono controlli alle frontiere comuni (*intra*-Schengen), che vengono “spostati”, in una plastica (e celebre) metafora¹¹, sulla frontiera esterna.

Ciò vale al netto di due osservazioni. Intanto, il Codice frontiere Schengen¹², che regola il funzionamento dello Spazio, consente il temporaneo ripristino dei controlli alle frontiere interne¹³: ove ciò accada, queste cessano di essere tali, per cui vi si applicheranno le regole valide per l'attraversamento delle frontiere esterne¹⁴. Le norme sul ripristino temporaneo non sono, però, del tutto “fruibili”¹⁵, il che ha spinto qualche Stato membro, intenzionato a riprendere in mano il controllo dei propri confini¹⁶, ad utilizzare uno “stratagemma”, che pure è contenuto nel Codice frontiere. Questo fa salve, fra l'altro¹⁷, le verifiche di polizia all'interno del territorio dello Stato, sempre che non abbiano effetto equivalente ai controlli di frontiera. Nella prassi, alcuni Stati hanno concentrato tali verifiche di polizia a ridosso del confine *intra*-Schengen (si pensi alla Francia sulla frontiera di Ventimiglia) finendo, così, per eludere il principio di abbattimento

¹⁰ Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

¹¹ È la «colorita» rappresentazione che M. FRIDEGOTTO, *L'Accordo di Schengen: riflessi internazionali ed interni per l'Italia*, Milano, 1992, p. 40, attribuisce al Presidente del Comitato esecutivo istituito dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, secondo cui «[l']obiettivo consiste nello spostare i controlli d'accesso dalla porta dell'appartamento alla porta dell'immobile».

¹² Adottato con regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016.

¹³ Ivi, art. 25 ss.

¹⁴ Ivi, art. 32.

¹⁵ I tempi di durata del ripristino sono ridotti e la procedura per avviarlo piuttosto complessa.

¹⁶ Per motivi vari, legati soprattutto all'applicazione del sistema Dublino, volto a determinare lo Stato membro competente ad esaminare una domanda di protezione e principalmente regolato dal regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, più noto come regolamento Dublino III. Si pensi a quanto per anni è accaduto al confine interno con il territorio italiano, dal quale provenivano, per scelta deliberata dei nostri governi, flussi di irregolari che intendevano proporre domanda in un altro Stato membro, aggirando così il criterio (in vero iniquo) del primo ingresso illegale, oggi ancora previsto dall'art. 13 del regolamento Dublino III.

¹⁷ V. art. 23 del Codice frontiere Schengen, che include: il controllo di sicurezza sulle persone effettuato nei porti o aeroporti; l'eventuale obbligo di possedere o di portare con sé documenti d'identità; l'eventuale obbligo di dichiarare la propria presenza ai sensi dell'art. 22 della Convenzione di applicazione Schengen.

dei controlli alle frontiere interne, senza per questo fare ricorso alle complessità delle sospensioni temporanee previste dal Codice¹⁸.

Al netto di un ripristino, di diritto o di fatto, dei controlli *intra*-Schengen, in condizioni normali tale Spazio offre una spinta notevole al consolidamento della libera circolazione delle persone. Non è tuttavia lecito, come anche altri rammentano¹⁹, spingersi al punto di ritenere che l'assenza di controlli implichi un diritto incondizionato dello straniero di spostarsi da uno Stato all'altro dello Spazio Schengen²⁰. La materiale assenza di controlli alle frontiere *intra*-Schengen facilita senz'altro la libera circolazione, ma le condizioni alle quali l'ingresso è subordinato permangono, pur nella impossibilità materiale di poterne verificare il rispetto. Certo, in pratica cambia molto poco: fatto ingresso liberamente, lo Stato ospitante potrà verificarne la regolarità traslandone, per così dire, le condizioni sulla permanenza, sia essa di breve o di lungo periodo.

I prossimi paragrafi indagano sulle dimensioni di questa situazione giuridica che interessa lo straniero, allo scopo di delinearne i contorni di possibile irregolarità. Seguendo uno schema consolidato, l'analisi è separata nelle classiche categorie dell'ingresso finalizzato ad una permanenza breve (novanta giorni) e del soggiorno di più lunga durata²¹. La premessa, che interessa ciascuno di questi scenari, è che la disciplina che li riguarda è trasversalmente tagliata da una linea netta, frutto di una logica profonda del fenomeno della integrazione europea: taluni stranieri godono di un regime di *favor* in quanto cittadini di uno Stato membro (e dunque anche europei); tal altri seguono quasi identica sorte perché appartenenti a categorie "privilegiate" di cittadini di Stati terzi. Ai più si applica invece un regime "comune", ispirato ad una chiara rigidità.

¹⁸ Tale prassi è ovviamente discutibile, proprio perché al limite, e forse oltre quanto consentito dall'art. 23 del Codice.

¹⁹ M. DI FILIPPO, «La mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea», in A.M. CALAMIA, M. GESTRI, M. DI FILIPPO, *Lineamenti di diritto internazionale ed europeo delle migrazioni*, Milano, 2021, p. 188 ss.

²⁰ La questione non si pone ove lo "straniero" abbia la cittadinanza dello Stato membro interessato: il che non è un controsenso, almeno per la scienza statistica, seguendo la quale anche costui potrebbe "immigrare" – cioè spostare la sua «dimora abituale» – verso il proprio Stato di cittadinanza (v. *supra*, nota 5). Il diritto di ingresso del cittadino nel proprio Stato di appartenenza corrisponde a quanto riconosciuto sia a livello internazionale (v. art. 12, par. 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966), sia nazionale (come nell'art. 16 della Costituzione italiana).

²¹ Il soggiorno superiore a novanta giorni coincide solo in parte con l'idea "statistica" dell'immigrazione, a fronte della quale, come si ricorderà, la permanenza nello Stato di immigrazione deve avere una durata minima di dodici mesi.

Un appunto finale: la distinzione fra ingresso “breve” e soggiorno va presa *cum grano salis*, per almeno un paio di motivi. In primo luogo, l'ingresso dichiaratamente volto a soggiorni brevi (ad es., uno straniero con un visto turistico, che vale tre mesi) può trasformarsi nel corso del tempo in un soggiorno più solido (lo straniero potrebbe ricevere protezione internazionale o maturare altro titolo). In pratica, quindi, la distinzione fra ingresso “breve” e soggiorno non opera nel momento in cui lo straniero entra nel territorio di uno Stato Schengen, ma solo quando tale termine di novanta giorni scade. Ciò, peraltro, vale *a fortiori* per l'ingresso *intra*-Schengen, per il quale, come detto, non c'è modo per le autorità statali di operare alcuna verifica (fatte salve le due ipotesi cui si è fatto cenno poco fa).

In secondo luogo: va considerato che l'ingresso irregolare non comporta l'automatica rescissione dei rapporti fra lo straniero interessato e lo Stato in cui costui è entrato. *Ergo*, un ingresso irregolare può tramutarsi in un soggiorno, anche lungo, del tutto regolare, a fronte di eventi che “sanano” la posizione dell'interessato. Il più probabile è che costui presenti domanda di protezione internazionale: essa regolarizza la posizione dello straniero altrimenti irregolare, almeno fino al termine della procedura. Chiusa la medesima la posizione diventerà regolare, nel raggio di almeno medio periodo²², o irregolare, a seconda dei casi, in via tendenzialmente definitiva, senza tuttavia che ciò consenta un rimpatrio immediato, che anzi è raro²³. Questa “extra” permanenza, ove necessaria, non potrà che essere transitoria e strumentale al rimpatrio nel paese di origine o in quello di ultimo transito. Di fatto, le autorità nazionali potrebbero non riuscire a rimpatriare lo straniero irregolare, il quale rimarrà in questa situazione di penombra giuridica, fino al momento in cui maturi qualche titolo per un

²² Art. 24 della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, meglio nota come direttiva “qualifiche”.

²³ Gli Stati europei, fin dalla Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, datata 1990, hanno previsto alcune c.d. *non-entry measures*, volte a ridurre al minimo il “contatto” dello straniero irregolare con il territorio nazionale. La più celebre è nel tuttora vigente art. 26, par. 1, lett. b), di detta Convenzione secondo cui «[i]l vettore è tenuto ad adottare ogni misura necessaria per accertarsi che lo straniero trasportato per via aerea o marittima sia in possesso dei documenti di viaggio richiesti per l'ingresso nei territori delle Parti contraenti». Lo integra la direttiva 2001/51/CE del Consiglio, del 28 giugno 2001, la quale aggiunge l'obbligo di prendere «immediatamente a proprio carico» lo straniero, trasportato dal vettore, cui sia stato negato l'ingresso.

soggiorno regolare (ad es., una “sanatoria” o forme di protezione nazionale) o rimpatri (volontariamente o no).

A tale proposito, va rilevato che, nei casi in cui lo straniero irregolare non benefici di qualche elemento *supervenienti* che sani la sua posizione²⁴ (o non rimpatri), la “extra” permanenza potrebbe prendere una piega più originale. La irregolarità della sua posizione, infatti, non consente mai di superare il principio di *non refoulement*, per cui, prima di un possibile provvedimento di rimpatrio – e, si badi, pur in assenza di domanda di protezione – le autorità statali dovranno verificare che esso, per dirla in modo grossolano, non ponga l'interessato a rischio di una grave violazione dei diritti fondamentali²⁵. Nella celebre sentenza *Hirsi Jamaa* del 2012 tale concetto è stato chiaramente espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'art. 3 della omonima Convenzione, che è senza dubbio vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione²⁶.

3. All'ingresso “breve” *extra*-Schengen dei cittadini europei si applica l'art. 5, par. 1, della direttiva 2004/38²⁷, che declina una norma più a monte, contenuta nell'art. 21, par. 1, TFUE²⁸. Unica condizione prevista è il semplice possesso di una carta di identità o di un passaporto validi²⁹. Stessa condizione si applica ai cittadini di quegli Stati terzi cui è esteso il regime previsto per i cittadini europei a fronte di accordi internazionali dell'UE: come quello con la Svizzera, per fare l'esempio più noto³⁰.

²⁴ Ma è davvero rarissimo che lo straniero irregolarmente entrato nel “territorio” dell'Unione non presenti una domanda di protezione, internazionale o, se possibile, interna.

²⁵ Il che è altamente improbabile, ma non impossibile, nel caso dello straniero “privilegiato”, come un cittadino europeo, ad esempio.

²⁶ «Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 32»: sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italia*, par. 133.

²⁷ 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.

²⁸ «Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

²⁹ Le limitazioni sono previste all'art. 27 della stessa direttiva 2004/38: ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica. Anche per i cittadini europei, come per gli altri stranieri (v. nota 17), ciascuno Stato conserva la facoltà di prescrivere l'obbligo di dichiarare la propria presenza (art. 5, par. 5, della direttiva 2004/38).

³⁰ Accordo tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera, dall'altra sulla libera circolazione delle persone, firmato il 21 giugno 1999, in particolare l'art. 1, par. 1, dell'Allegato I. L'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio

Accanto a questi regimi, c'è quello di cui beneficia il familiare del cittadino europeo o dello straniero "privilegiato" (ove lo stesso familiare non abbia, ovviamente, la cittadinanza europea o dello Stato terzo parte dell'accordo): costui potrebbe, a seconda dei casi, dover ottemperare il solo obbligo aggiuntivo del visto³¹.

Lo straniero che non ricade in queste due categorie³² soggiace al regime "comune" previsto dall'art. 6 del Codice frontiere Schengen, che richiede: un documento di viaggio e, se necessario³³, un visto validi; l'indicazione di motivi e condizioni della permanenza; il possesso di mezzi di sussistenza sufficienti; la mancata segnalazione nel SIS³⁴; l'assenza di motivi ostativi riguardanti ordine pubblico, sicurezza interna, salute pubblica, o relazioni internazionali di uno degli Stati membri.

Ove l'ingresso abbia luogo *intra*-Schengen, la sua irregolarità è solo teorica giusta l'assenza di controlli alle frontiere interne³⁵. Ciò, come detto, non implica un incondizionato diritto di ingresso dello straniero, il cui esercizio deve invece avvenire nel rispetto delle stesse regole valedoli

1992, che allo stato attuale si applica ai rapporti con Islanda, Liechtenstein e Norvegia, non arriva da solo a prevedere un ingresso facilitato, se non in vista di una permanenza più solida, coerentemente con la sua impostazione, che intende facilitare la circolazione dei lavoratori. Il Comitato misto SEE, istituito dall'art. 92 dell'Accordo, ha tuttavia "recepito" nel medesimo la direttiva 2004/38 (decisione n. 158/2007 del 7 dicembre 2007), con la conseguenza di sottoporre al regime più favorevole – quello valido per i cittadini dell'Unione – l'ingresso *extra*-Schengen di breve periodo dei cittadini dei tre paesi associati. Per *status* più specifici v. M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 179, cui pure si rimanda per la particolare ipotesi, introdotta in via pretoria, del cittadino di Stato terzo lavoratore presso una impresa che beneficia della libera prestazione dei servizi.

³¹ V., rispettivamente, l'art. 5 della direttiva 2004/38 e l'art. 1, par. 1, dell'Allegato I dell'Accordo con la Svizzera. Si noti che, per i familiari dei cittadini europei, il possesso di una carta di soggiorno esonera anche dall'obbligo del visto (art. 5, par. 2, della direttiva 2004/38), rendendo sufficiente il solo documento di identità.

³² Che pure vengano, *ad abundantiam*, fatte salve dall'art. 3, lett. a), del Codice frontiere.

³³ V. regolamento (UE) 2018/1806 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo.

³⁴ Il Sistema di informazione Schengen, istituito nel 1990 con l'art. 92 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e divenuto operativo nel 1995, costituisce un database in cui inserire informazioni rilevanti ai fini, fra l'altro, della non ammissione. Oggi è disciplinato dal regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale.

³⁵ Fatte salve le due osservazioni di cui al paragrafo precedente.

per l'ingresso *extra*-Schengen. Il cittadino europeo si varrà del combinato disposto dagli articoli 5-6 della direttiva 2004/38, e con lui i familiari interessati³⁶; stesso regime per gli stranieri "privilegiati" e i loro familiari³⁷.

Alle categorie "comuni" di stranieri, fermo restando che pure nei loro confronti non si eserciterà alcun controllo agli spostamenti *intra*-Schengen, si applicano le stesse condizioni fissate dall'art. 6 del Codice frontiere, giusta il rinvio ancora operato dagli articoli 19 e 20 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen – rinvio in vero piuttosto tortuoso³⁸.

Vale la pena notare che nel regime "comune" ricade anche l'ipotesi in cui lo straniero sia in possesso di un titolo di soggiorno e di un documento di viaggio rilasciato da uno Stato Schengen: il che include anche i beneficiari della protezione internazionale³⁹. L'art. 21, par. 1, della Convenzione Schengen recita:

[g]li stranieri in possesso di un titolo di soggiorno rilasciato da una delle Parti contraenti possono, in forza di tale titolo e di un documento di viaggio, purché tali documenti siano in corso di validità, circolare liberamente per un periodo non superiore a 90 giorni su un periodo di 180 giorni nel territorio delle altre Parti contraenti, sempreché soddisfino le condizioni di ingresso di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettere a), c) ed e), e non figurino nell'elenco nazionale delle persone segnalate della Parte contraente interessata⁴⁰.

³⁶ Così gli articoli 5, par. 2, e 6, par. 2, della direttiva 2004/38.

³⁷ V. art. 1, par. 1, dell'Allegato I dell'Accordo con la Svizzera. Del resto, questo paese e i tre dell'Accordo SEE fanno tutti parte dello Spazio Schengen (v. nota 10), il che rende di fatto inoperante ogni possibile condizione prevista per l'ingresso di breve durata quando i loro rispettivi cittadini si spostino dal proprio Stato verso uno Stato dell'Unione parte dello Spazio. Sull'ingresso "breve" *intra*-Schengen degli stranieri appartenenti agli *status* più specifici di cui alla nota 30 vedi note 53, 54, 55 e 56.

³⁸ L'originario riferimento degli articoli 19 e 20 era all'art. 5 della stessa Convenzione Schengen, che è stato abrogato dalla prima versione del Codice frontiere adottata con regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, il cui art. 39, par. 3, aggiornava il riferimento all'art. 5 dello stesso regolamento 562, che poneva condizioni simili. Oggi, il riferimento va nuovamente aggiornato all'art. 6 della versione in vigore del Codice, per effetto dell'art. 45 del regolamento che l'ha adottata (v. nota 12), che rinvia alla tabella di corrispondenza contenuta nell'Allegato X, dove appunto all'art. 5 del vecchio Codice è fatto corrispondere l'art. 6 del nuovo. Non esiste una versione consolidata della Convenzione Schengen, il che rende assai difficoltosa l'individuazione delle sue norme ancora in vigore.

³⁹ Ai quali gli Stati UE debbono rilasciare, in virtù degli articoli 24 e 25 della direttiva qualifiche, permesso di soggiorno e documenti di viaggio.

⁴⁰ Di nuovo, il riferimento all'art. 5 deve oggi intendersi fatto all'art. 6 del Codice frontiere: v. nota 38.

In vero, come autorevolmente notato in dottrina⁴¹, a tali stranieri non si applicano tutte le condizioni “comuni”: il par. 1 vi sottrae la necessità del visto e la mancata segnalazione nel SIS⁴².

Vanno invece senz'altro considerati irregolari i movimenti “brevi” *intra*-Schengen degli stranieri che abbiano titoli provvisori di soggiorno, come nel caso assai frequente di coloro che abbiano presentato domanda di protezione internazionale (e siano ancora in attesa di esito). A costoro tuttora viene estesa la norma contenuta nel citato par. 1 dell'art. 21⁴³, ma a condizione che siano in possesso anche di un documento di viaggio – il che appare improbabile. Il richiedente asilo, ad esempio, è autorizzato a rimanere nello Stato cui ha chiesto protezione finché la procedura non sia chiusa; non ha, invece, titolo al rilascio di documenti di viaggio⁴⁴, il che rende irregolare il suo eventuale spostamento negli altri Stati Schengen. Va rammentato che qui siamo nel contesto di spostamenti di breve durata: i temutissimi (da Commissione e Stati membri) movimenti “secondari” dei richiedenti asilo ricadono nella ipotesi, che ora analizzeremo, di uno stabilimento più duraturo.

Il quadro conclusivo che emerge in tema di ingresso per permanenza breve dello straniero giustifica ampiamente l'affermazione di partenza: il legislatore europeo rappresenta molto più la percezione comune e molto poco la scienza statistica. Le condizioni estremamente favorevoli previste

⁴¹ S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, I, *EU Immigration and Asylum Law*, Oxford, 2016, IV ed., p. 222.

⁴² Per effetto della introduzione di un par. 2 *bis* all'art. 21, operata dal regolamento (UE) n. 265/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010, che modifica la convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen e il regolamento (CE) n. 562/2006 per quanto riguarda la circolazione dei titolari di visto per soggiorni di lunga durata, tale regime è esteso «agli stranieri titolari di un visto per soggiorni di lunga durata in corso di validità rilasciato da uno Stato membro». Condizioni agevolate sono anche previste dalla decisione 94/795/GAI del Consiglio, del 30 novembre 1994, relativa a un'azione comune adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera b) del trattato sull'Unione europea in materia di agevolazioni per i viaggi compiuti da scolari di paesi terzi residenti in uno Stato membro.

⁴³ V. art. 21, par. 2, della Convenzione Schengen.

⁴⁴ Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, meglio nota come direttiva “accoglienza”. Secondo il suo art. 6, par. 5, «[g]li Stati membri possono fornire ai richiedenti un documento di viaggio quando sussistano gravi ragioni umanitarie che ne rendano necessaria la presenza in un altro Stato», dal che si può dedurre che i documenti che ciascuno Stato membro è obbligato a rilasciare al richiedente, in base allo stesso art. 6, non consentono l'espatrio. Il suo art. 7 consente, di norma, la libera circolazione del richiedente solo nel territorio dello Stato ospitante: *ubi noliuit tacuit*.

per gli stranieri “privilegiati” (cittadini UE e assimilati), ai quali è (quasi) sempre sufficiente un documento di identità per entrare e muoversi nello Spazio Schengen, riducono di fatto a zero la possibilità che queste condotte avvengano *contra ius*. Lo straniero “comune”, invece, deve soddisfare molte più e più complesse condizioni: il che lo rende un candidato ideale, specialmente quando proviene dai paesi poveri del pianeta, per fare ingresso irregolare nello Spazio Schengen.

4. Se l'ingresso “breve” (*intra-* o *extra-*Schengen) avviene *secundum ius*, il soggiorno, come detto, non potrà superare i novanta giorni⁴⁵. La posizione dello straniero che permanga oltre tale termine, se nel contempo non intervengano elementi “sananti”, è dunque irregolare: nel gergo della DG Eurostat, costui cadrà nella categoria dei c.d. *illegal stayers*. Ovviamente, la posizione dello straniero può essere irregolare fin dall'inizio: quando già l'ingresso sia avvenuto senza rispettare le condizioni previste dal diritto UE (i c.d. *illegal entries*).

Accedere allo Spazio Schengen con intenzione, anche sopravvenuta, di permanere più a lungo, e forse per sempre, è operazione assai più complicata per lo straniero, a meno che non rientri nelle note categorie “privilegiate”. L'art. 7 della direttiva 2004/38, che declina i vari precipitati della libera circolazione del cittadino europeo, individua quattro categorie di beneficiari: il lavoratore subordinato o autonomo; l'individuo “inattivo” (ad es., il pensionato); lo studente; il familiare “europeo” di uno dei suddetti. Per ottenere il documento di soggiorno (che la direttiva 2004/38 chiama «attestato d'iscrizione»⁴⁶), il cittadino deve dare prova di averne titolo, e ciò dipende ovviamente dalla categoria cui costui appartiene⁴⁷. Agli altri stranieri “privilegiati”, fra i quali rientrano anche i familiari del cittadino europeo che abbiano la cittadinanza di uno Stato terzo, si applicano norme quasi del tutto simili⁴⁸.

⁴⁵ Per i cittadini europei, v. l'art. 6, par. 1, della direttiva 2004/38, che riconosce un diritto di soggiorno ai cittadini europei in uno Stato membro diverso dal proprio «per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità». Per i familiari del cittadino europeo, v. par. 2 della medesima disposizione: « [l]e disposizioni del paragrafo 1 si applicano anche ai familiari in possesso di un passaporto in corso di validità non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnino o raggiungano il cittadino dell'Unione». Per gli stranieri “comuni” provvede sempre l'art. 6 del Codice frontiere.

⁴⁶ L'art. 8 della direttiva dà facoltà agli Stati di richiedere questa formalità, che però è la regola negli Stati membri: così M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 168.

⁴⁷ Per i dettagli si rinvia di nuovo a M. DI FILIPPO, *op. cit.*, p. 165 ss.

⁴⁸ Ivi, p. 178 s.

Gli Stati membri hanno assegnato all'Unione una competenza a legiferare sul soggiorno di lunga durata dello straniero "comune" già dal Trattato di Amsterdam del 1997⁴⁹, ma tale strumento non è stato mai sfruttato in pieno: i "padroni" dei Trattati hanno tenuto per sé l'esercizio della potestà legislativa in questo settore⁵⁰, considerata la sua sensibile vicinanza alla parte *core* della sovranità statale. Ciò che la Commissione è riuscita a "strappare" al Consiglio è un pacchetto di provvedimenti su singole categorie di stranieri, in cui figurano: tre direttive (adottate prima del Trattato di Lisbona), rispettivamente, sul ricongiungimento familiare (si badi: dei familiari stranieri "comuni" a beneficio dello straniero "comune" legalmente residente nell'UE)⁵¹, sul soggiorno di lungo periodo⁵², e sui lavoratori altamente qualificati⁵³. Ad esse vanno aggiunte: una direttiva

⁴⁹ Art. 63, punti 3) e 4), TCE. Oggi tale competenza è contenuta (e riformulata) nell'art. 79 TFUE.

⁵⁰ Un tentativo della Commissione di disciplinare in maniera organica il soggiorno dello straniero "comune" per lavoro subordinato o autonomo è andato a vuoto e non è stato più reiterato: v. proposta di direttiva del Consiglio relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, COM(2001) 386 def., 5 settembre 2001.

⁵¹ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare. Il ricongiungimento dei familiari stranieri "comuni" a beneficio del cittadino europeo o di quello comunque privilegiato segue, come detto sopra, regole di maggiore *favor*. Il ricongiungimento si applica anche ai familiari stranieri "comuni" a beneficio dello straniero rifugiato, escludendo così quelli che hanno ottenuto la protezione sussidiaria (di cui all'art. 15 della direttiva qualifiche), ai quali si applica la più generica norma, comunque più favorevole del regime "comune", contenuta nell'art. 23 della stessa direttiva, che riguarda anche i rifugiati. A dire il vero, detto art. 23 potrebbe finire per concedere maggiori benefici della direttiva sul ricongiungimento, sicché ai rifugiati si applicherà la norma più favorevole. Il regime previsto dalla direttiva 2003/86 si applica anche ai lavoratori altamente qualificati (su cui v. nota 53), a quelli di multinazionali (su cui v. nota 55) e ai ricercatori (v. nota 56), con alcune deroghe.

⁵² Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, il cui campo di applicazione è stato ampliato ai beneficiari della protezione internazionale dalla direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l'ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale.

⁵³ Direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati. Questa direttiva è destinata all'abrogazione per effetto dell'art. 30 della direttiva (UE) 2021/1883 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2021, sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, la quale disciplinerà la materia a partire dal 19 novembre 2023. Quest'ultima

sui lavoratori stagionali⁵⁴; una direttiva sui trasferimenti intrasocietari di dirigenti, personale specializzato e dipendenti in tirocinio⁵⁵; una direttiva su studenti, volontari, tirocinanti, lavoratori alla pari e ricercatori⁵⁶.

Come si vede, non esiste alcun regime specifico (che, si suppone, sarebbe di favore) per il richiedente protezione internazionale: in altre parole, non esiste per costoro un canale di ingresso legale. Certo, rimane loro il regime “comune”: tuttavia, considerata la composizione dei flussi di migranti che poi chiedono protezione internazionale, è quasi impossibile immaginare che essi possano rispettare le regole fissate dall'art. 6 del Codice. Gli difetta (quasi) sempre (almeno) uno dei requisiti richiesti: il visto⁵⁷. Del resto, perché mai dovrebbero affrontare un viaggio costoso e oltremodo pericoloso se le condizioni di cui all'art. 6 citato fossero a portata di mano? Le speranze che taluni avevano riposto in una domanda pregiudiziale indirizzata alla Corte di giustizia sul possibile obbligo di rilascio, da parte degli Stati membri, di visti umanitari, sono andate frustrate da una pronuncia molto criticata⁵⁸. La posizione degli irregolari che *intendono* fare

direttiva prevede un regime specifico relativo agli spostamenti “brevi” *intra*-Schengen dello straniero (uno degli *status* più specifici di cui a nota 30), in specie all'art. 20.

⁵⁴ Direttiva 2014/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali. Anche questa direttiva prevede un regime specifico relativo agli spostamenti “brevi” *intra*-Schengen dello straniero (v. nota 30), in specie all'art. 5.

⁵⁵ Direttiva 2014/66/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi nell'ambito di trasferimenti intra-societari. Anche questa direttiva prevede un regime specifico relativo agli spostamenti “brevi” *intra*-Schengen dello straniero (v. nota 30), in specie all'art. 21.

⁵⁶ Direttiva (UE) 2016/801 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, relativa alle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari, che in vero costituisce la rifusione di due direttive adottate *ante*-Lisbona: la direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, e la direttiva 2005/71/CE del Consiglio, del 12 ottobre 2005, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica. Anche la direttiva 2016/801 prevede un regime specifico relativo agli spostamenti “brevi” *intra*-Schengen dello straniero (v. nota 30), in specie all'art. 28.

⁵⁷ Si pensi che i soli paesi africani per i quali non è previsto tale obbligo sono Seychelles e Mauritius: v. regolamento (UE) 2018/1806.

⁵⁸ I giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che tale fattispecie non rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione: sentenza del 7 marzo 2017, causa C-638/16 PPU, *X e X c. État belge*, su cui vedi, fra gli altri, A. DEL GUERCIO, «La sentenza X. e X. della Corte di giustizia sul rilascio del visto umanitario: analisi critica di un'occasione persa»,

domanda di protezione viene “sanata”, sì, ma solo nel momento in cui essa viene presentata⁵⁹: ciò non consente di affermare che costoro hanno diritto di entrare nel territorio di uno Stato membro per il solo fatto di voler presentare una domanda di asilo. Ergo, è scontata la natura irregolare del loro ingresso, che in effetti la DG Eurostat conteggia fra quelli che hanno luogo in violazione delle norme dell'Unione.

Per quanto, infine, riguarda gli spostamenti *intra*-Schengen di lunga durata, posto che in corrispondenza di tali frontiere non viene esercitato, di norma, alcun controllo, il cittadino europeo e gli appartenenti alle altre categorie privilegiate, già stabilitisi per più di novanta giorni in uno Stato membro⁶⁰, possono stabilirsi in un secondo Stato membro alle stesse condizioni previste per il primo spostamento⁶¹. Molto diversa è invece la situazione degli stranieri “comuni”, i quali non possono usare lo Stato membro

in *European Papers*, 2017, p. 271 ss. Le speranze erano state alimentate dalle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, del 7 febbraio 2017, in cui si suggeriva una soluzione pressoché opposta a quella poi adottata dalla Corte: v, fra i molti, F. SPINELLI, «Il magistrato italiano che difende il diritto d'asilo dei profughi siriani», *Internazionale*, 6 marzo 2017. Una posizione analoga a quella della Corte di giustizia ha tenuto la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso contro lo Stato belga che aveva negato a una famiglia siriana un visto finalizzato alla presentazione di una richiesta di protezione internazionale: sentenza del 5 maggio 2020, *M.N. e altri c. Belgio*, su cui vedi, fra gli altri, F. CAMPLONE, «La sentenza *M.N. e al. c. Belgio* alla luce di *X e X*: la conferma della prudenza delle Corti o un impulso allo sviluppo di canali di ingresso legali europei?», in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2020, p. 239 ss.

⁵⁹ Per essi, l'art. 9, par. 1, della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, meglio nota come direttiva “procedure”, prevede che, dal momento in cui viene inoltrata la domanda di protezione internazionale, il richiedente è autorizzato «a rimanere nello Stato membro, ai fini esclusivi della procedura, fintantoché l'autorità accertante non abbia preso una decisione [...]». E aggiunge: «[i]l diritto a rimanere non dà diritto a un titolo di soggiorno». Ciò non impedisce agli Stati membri di rilasciarne uno, come ad esempio accade in Italia per effetto dell'art. 11, par. 1, lett. a), del D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394 (Regolamento di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione), secondo cui «[i]l permesso di soggiorno è rilasciato, quando ne ricorrono i presupposti, per i motivi e la durata indicati nel visto d'ingresso o dal testo unico, ovvero per uno dei seguenti altri motivi: a) per richiesta di asilo, per la durata della procedura occorrente, e per asilo».

⁶⁰ Stato membro che per il cittadino UE e i familiari “non europei” al seguito è ovviamente diverso da quello di cittadinanza del cittadino stesso.

⁶¹ Va da sé che il titolare del ricongiungimento rimane il cittadino UE o dello Stato con cui l'UE ha concluso un accordo in tal senso. Ergo, i loro familiari non hanno un diritto autonomo a stabilirsi in un secondo Stato membro (se non lo maturino per qualche altro motivo *diverso* dal ricongiungimento), ma possono solo seguire il titolare.

di primo stabilimento per ottenere un secondo stabilimento “facilitato” in un altro Stato membro⁶². Per essi l'unica possibilità, almeno secondo il diritto dell'Unione, è quella dello *status* di soggiornante di lungo periodo, regolato dalla direttiva 109/2003⁶³.

Tali considerazioni valgono anche per lo straniero che beneficia della protezione internazionale⁶⁴. Prima della maturazione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, il beneficiario della protezione non ha diritto di spostarsi in un altro Stato membro (in via tendenzialmente permanente) a condizioni diverse da quelle “comuni”. Ciò è perfettamente coerente con l'esigenza, molto avvertita dall'UE e dai suoi membri, di non consentire lo stabilimento della persona protetta in uno Stato diverso da quello che ha concesso protezione – esigenza che trova principale risposta nel sistema Dublino.

La preclusione dei movimenti secondari è prevista per la persona che già beneficia della protezione internazionale da una norma procedurale⁶⁵, la quale consente agli Stati di respingere una domanda di protezione per inammissibilità ove «un altro Stato membro ha concesso la protezione internazionale».

Per chi abbia solo formulato la domanda di protezione, i movimenti secondari sono scongiurati dall'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III⁶⁶, secondo il quale, in mancanza di designazione dello Stato membro competente, lo è quello in cui la domanda è presentata. Ove il richiedente presenti domanda, anche non identica, in un altro Stato membro, questo dovrà procedere alla richiesta di presa in carico da parte dello Stato in cui è stata presentata la prima domanda, che poi valuterà come aggregarle gli eventuali nuovi elementi introdotti con la seconda domanda⁶⁷. Discorso

⁶² Con poche eccezioni: il lavoratore altamente qualificato (su cui v. nota 53), quello di una multinazionale (nota 55) e i ricercatori (nota 56), che possono usufruire di un regime più favorevole per spostamenti *intra*-Schengen di lunga durata.

⁶³ V. nota 52. Ai lavoratori altamente qualificati (nota 53) tale direttiva si applica con alcune deroghe.

⁶⁴ Al quale, tuttavia, solo nel 2011 è stata estesa l'applicazione della direttiva 109/2003: v. nota 52.

⁶⁵ Contenuta nell'art. 33 della direttiva “procedure”.

⁶⁶ Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

⁶⁷ Ove le due domande siano identiche, lo Stato in cui è stata presentata la prima, che è il solo competente anche per la seconda, dovrà ritenere che quest'ultima sia una domanda reiterata ai sensi dell'art. 40 del regolamento Dublino III e, in quanto tale, inammissibile (art. 33 dello stesso regolamento). Ove nella seconda domanda «siano emersi o siano

pressoché identico vale nel caso in cui il primo Stato abbia già adottato un provvedimento di diniego: esso rimane competente ad esaminare nuove domande, quand'anche fossero indirizzate ad un altro Stato membro. Con una avvertenza: che sia nel primo caso (a procedimento pendente), sia nel secondo (a procedimento concluso, con esito negativo), lo Stato in cui viene presentata la seconda domanda deve affrettarsi per rispettare le rigide scadenze previste per la formulazione della domanda di presa in carico allo Stato competente – fuori dalle quali è proprio lo Stato cui è presentata la seconda domanda a diventare competente per effetto dell'art. 3, par. 2, citato sopra.

Gli impedimenti rivolti allo straniero che ancora non abbia formulato domanda di protezione sono ancora più radicali: qui, i movimenti secondari sono sostanzialmente “incanalati” nei criteri di determinazione dello Stato membro che deve esaminare la domanda, fra cui il famigerato criterio del primo ingresso illegale⁶⁸.

5. Come si è detto più sopra, lo straniero irregolare – tale sulla base delle molte norme che abbiamo brevemente descritte – cade in due diverse categorie: quella di chi entra in maniera illegale (*illegal entries*) e che poi o rimane tale o vede “sanata” la sua posizione da qualche evento posteriore; quella di chi entra regolarmente, ma perde il titolo di soggiorno (di breve o lungo periodo, a seconda dei casi) in tempi successivi (*illegal stayers*)⁶⁹. Quali le dimensioni dell'una e dell'altra categoria?

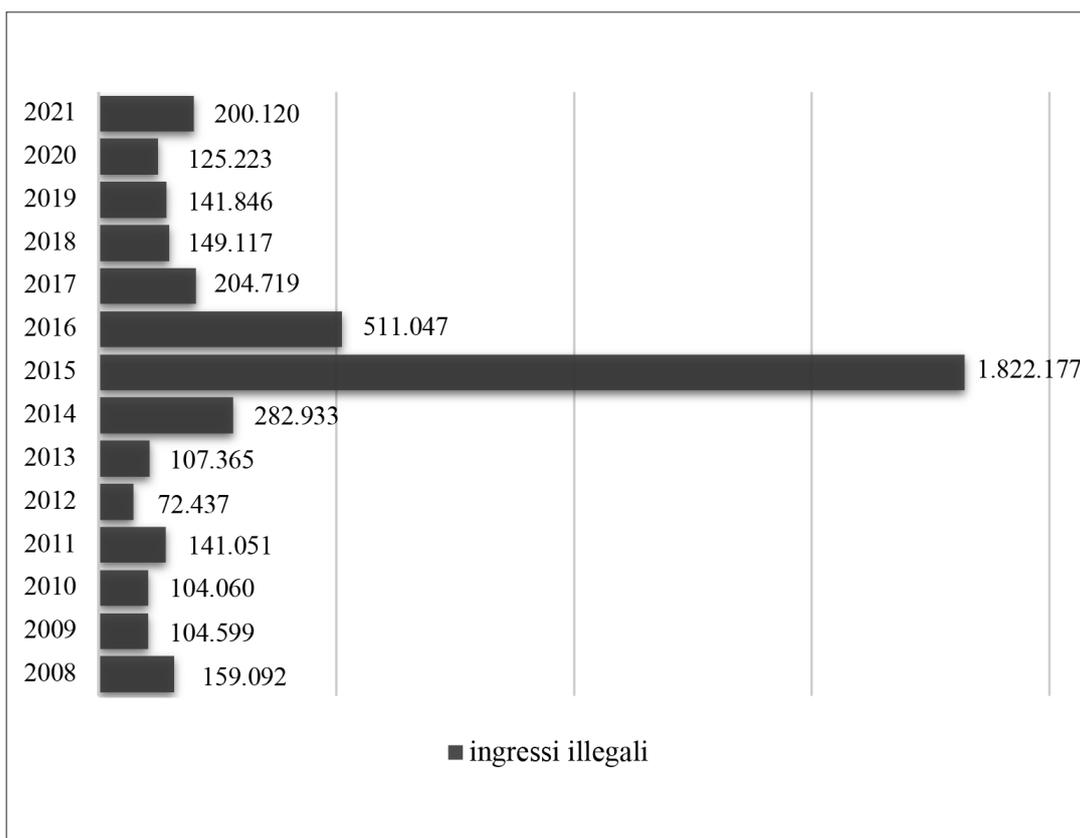
La figura A mostra l'andamento degli ingressi illegali da quando Frontex⁷⁰ ha iniziato a monitorare i flussi: come si vede, essi sono rimasti piuttosto costanti, e l'incremento esponenziale intorno al 2015 si deve alla guerra in Siria e, solo in parte, al dispiegamento dell'operazione italiana *Mare nostrum*.

stati adottati dal richiedente elementi o risultanze nuovi rilevanti per l'esame dell'eventuale qualifica di beneficiario di protezione internazionale», lo Stato competente (sempre quello in cui è stata introdotta la prima domanda) procederà all'esame di merito.

⁶⁸ V. articoli 7-15 del regolamento Dublino III.

⁶⁹ Una precisazione: nella seconda categoria rientrano, per ovvie ragioni, anche gli stranieri che fanno ingresso illegale *intra*-Schengen.

⁷⁰ L'Agenzia è stata istituita dal regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, ed è attualmente disciplinata dal regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i regolamenti (UE) n. 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

figura A⁷¹

A dire il vero, dal numero totale andrebbe decurtata la parte relativa agli ingressi illegali dalla rotta balcanica, i quali replicano quasi tutti quelli avvenuti dalla Turchia verso la Grecia e, in minima parte, Cipro: in altre parole, si tratta di rilevazioni operate due volte sulla stessa persona, in corrispondenza di attraversamenti *extra*-Schengen avvenuti in due punti diversi di ingresso. Vale la pena notare che, anche prendendo l'anno di maggior afflusso (il 2015) e senza operare gli aggiustamenti necessari a fronte della particolare situazione della rotta balcanica, il numero degli ingressi irregolari è pari a circa lo 0,36% della popolazione allora residente nell'Unione.

⁷¹ I dati sono tratti dal documento *Annual Risk Analysis*, che Frontex pubblica ogni anno e che è facilmente reperibile sul sito dell'Agenzia, alla voce «Documents».

La figura B mostra un dato anche più interessante: la diversa distribuzione dei flussi di irregolari nelle tre rotte più “frequente” per giungere nello Spazio Schengen⁷².

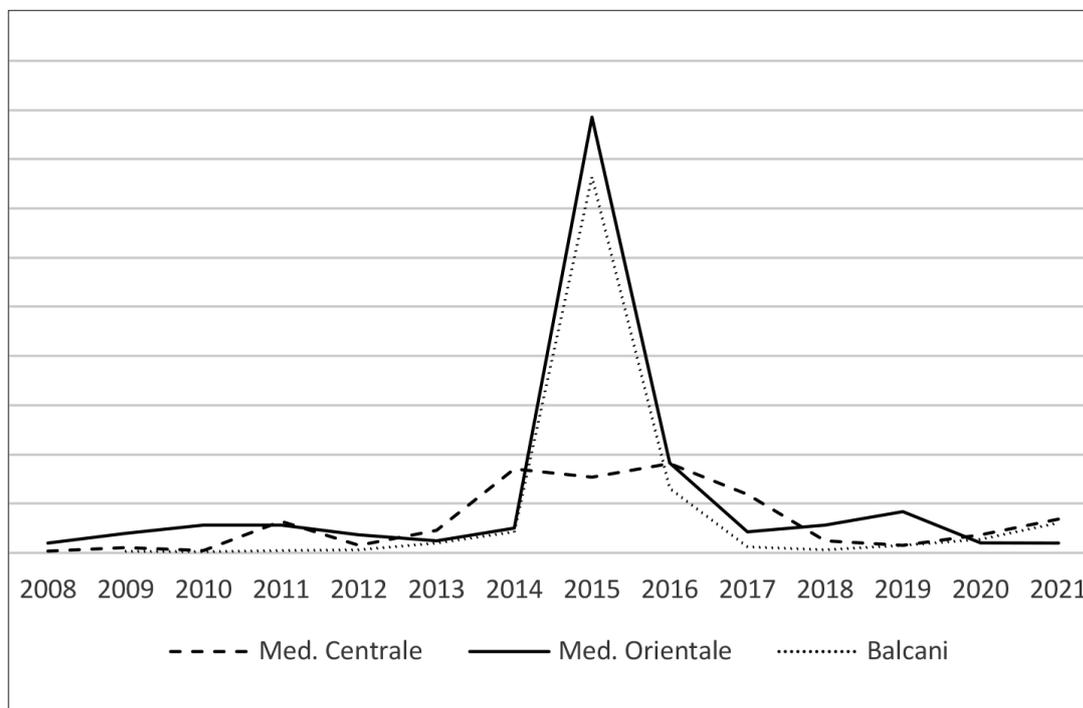


figura B⁷³

L'aumento in corrispondenza degli anni di maggior crisi dovuta alla guerra in Siria si registra nella rotta che dalla Turchia porta alla Grecia e da questa, attraverso i Balcani, di nuovo verso il territorio di Stati membri dell'Unione – il che spiega (ma non giustifica) l'inasprimento delle misure all'ingresso adottate da paesi, come l'Ungheria, prima molto poco coinvolti nelle dinamiche dei flussi di irregolari. Il livello attuale è tornato alla “normalità” grazie a due fattori: la notevole flessione del flusso di siriani, in larga parte già distribuiti in Europa e nei paesi più vicini alla guerra, soprattutto in Libano; l'adozione di più decise misure di *outsourcing*, per iniziativa dell'UE (si pensi all'“accordo” con la Turchia del 2016⁷⁴) o di

⁷² I numeri delle altre tre rotte (Africa occidentale, Mediterraneo occidentale ed Europa dell'Est) sono irrilevanti a confronto di quelli delle tre sopra rappresentate.

⁷³ Vedi nota 71.

⁷⁴ Se si crede, v. F. CHERUBINI, «The “EU-Turkey Statement” of 18 March 2016: A (Umpteenth) Celebration of Migration Outsourcing», in S. BALDIN, M. ZAGO (eds.), *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, p. 33 ss., ove si può leggere che il

singoli Stati membri (l'Italia con la Libia⁷⁵). La tabella A indica invece il volume degli ingressi irregolari rilevati fra il 2009 e il 2022 in ragione della nazionalità (con un totale superiore alle 100.00 unità): il dato sui cittadini siriani è molto eloquente.

Nazionalità	Tot. ingressi illegali 2009-2022
Siria	1022548
Afghanistan	427634
Iraq	342278
Eritrea	256448
Nigeria	222132
Marocco	209779
Pakistan	194783
Algeria	167037
Costa d'Avorio	115736
Kosovo ⁷⁶	115624
Mali	112526
Tunisia	109658
Egitto	106473

tabella A⁷⁷

Le fonti in materia di ingresso irregolare sono piuttosto fedeli al dato della prassi: pochissimi ingressi sfuggono ai controlli, come può evincersi dal numero estremamente basso dei c.d. *clandestine entries*⁷⁸.

Tribunale dell'Unione abbia negato che la misura in questione possa essere attribuita all'UE, lasciando dunque intendere trattarsi di una iniziativa collettiva dei suoi Stati membri.

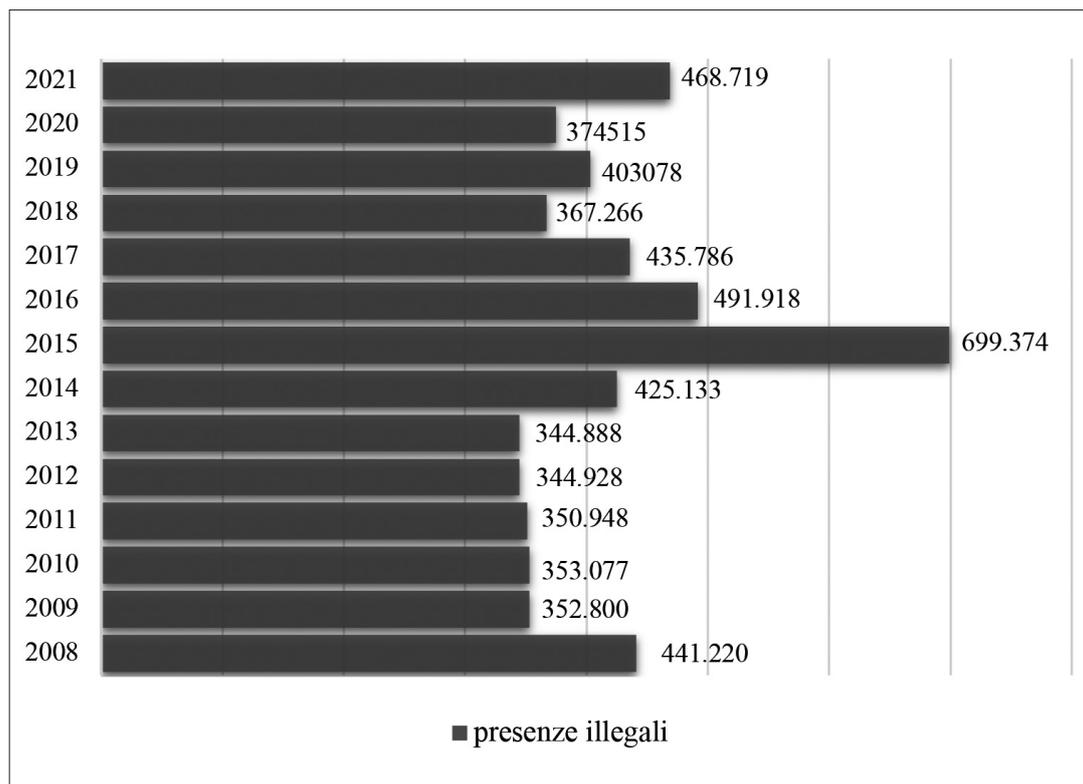
⁷⁵ Su cui v. G. PASCALE, «“Esternalizzazione” delle frontiere in chiave antimigratoria e responsabilità internazionale dell'Italia e dell'UE per complicità nelle *gross violations* dei diritti umani commesse in Libia», in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 413 ss.

⁷⁶ Come noto, la soggettività internazionale del Kosovo è molto contestata.

⁷⁷ Frontex, *Detections of illegal border-crossing*, disponibile sul sito dell'Agenzia nella pagina dedicata alla «Migratory Map». Viene aggiornato con cadenza mensile.

⁷⁸ Negli ultimi anni sono stati rilevati, in media, poco più 2000 ingressi clandestini, in genere di persone nascoste in veicoli come camion e simili: v. Frontex, *Risk Analysis for 2022/2023*, reperibile *online*, p. 46.

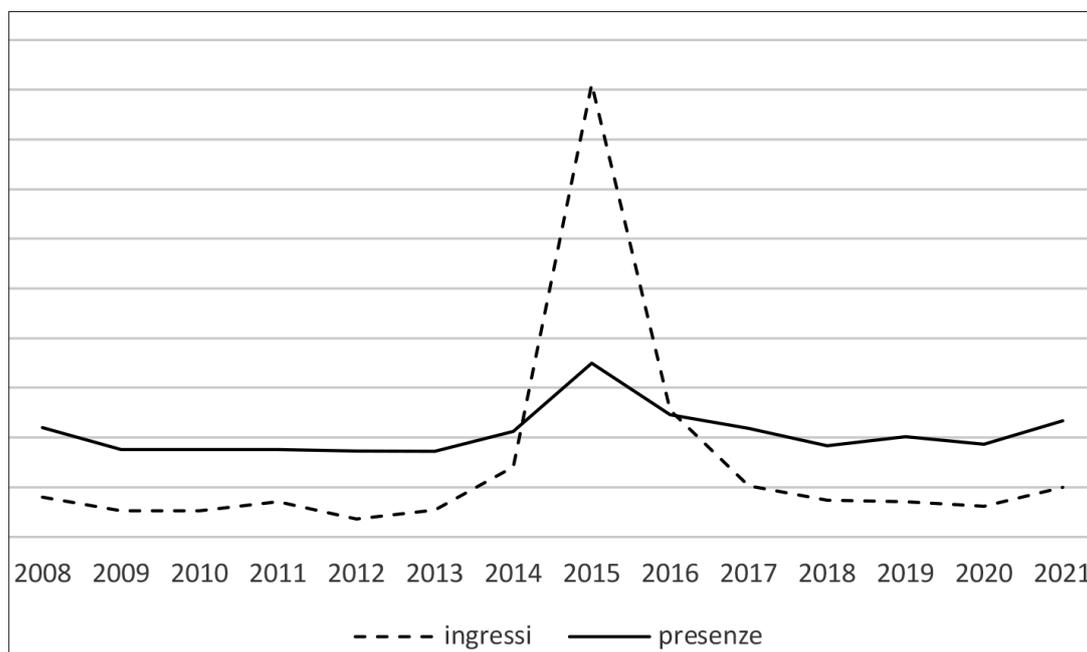
La situazione è in vero differente per gli *illegal stayers*, a fronte del rilevamento meno sistematico, da parte delle autorità nazionali, della loro presenza. Esistono dati anche per loro, ma, verosimilmente, rispecchiano solo in parte il quadro delle persone che si trovano in posizione irregolare nel “territorio” dell’Unione⁷⁹. La figura C mostra l’andamento del numero di presenze irregolari rilevate dalle autorità nazionali fra il 2008 e il 2021.

figura C⁸⁰

In media, si tratta di numeri più elevati di quelli relativi agli ingressi irregolari, come del resto mostra la figura D, nella quale è rappresentato l’andamento degli uni e degli altri nella stessa finestra temporale 2008-2021.

⁷⁹ Vi fu, alcuni anni fa, il tentativo di stimare il numero totale di stranieri irregolari. I risultati, relativi al 2008, restituirono un numero che oscilla fra 1.9 e 3.8 milioni di individui, pari allo 0,4/0,8 della popolazione dell’Unione all’epoca rilevata. V. *Size and Development of Irregular Migration to the EU*, Clandestino Research Project, Counting the Uncountable: Data and Trends across Europe, October 2009, reperibile *online*.

⁸⁰ Vedi nota 71.

figura D⁸¹

Il dato più significativo sulle presenze irregolari è tuttavia quello relativo alle nazionalità, per le quali le statistiche mostrano una lieve (ma importante) differenza rispetto a quanto accade per gli ingressi irregolari. Nel 2010, nella *top ten* delle nazionalità figuravano quelle afghana, irachena, marocchina e pakistana, ma anche albanese (addirittura la prima nazionalità nel 2008), brasiliana, cinese, serba. Nel 2011 le nazionalità serba, russa e ucraina costituivano più del 10% degli *illegal stayers*, cioè poco più di quelle afghane e irachene messe insieme. Dal 2014, vi è una esponenziale crescita della nazionalità ucraina che passa da poco meno del 4% del totale ad essere, nel 2017, la prima nazionalità degli *illegal stayers*, con il 7,5%; diventerà superiore al 12% nel 2020, superando di molto il numero di afgani e siriani messi insieme. Nel 2021, la seconda nazionalità, negli anni precedenti poco presente in questa speciale classifica, sarà quella moldava.

Come si spiega la massiccia presenza fra gli *illegal stayers*, nel corso degli anni, di nazionalità quasi del tutto assenti nelle statistiche sugli ingressi irregolari? Si tratta, semplicemente, di individui che fanno ingresso regolare per periodi brevi e che poi, scaduti i canonici novanta giorni, non fanno ritorno nel loro paese di origine, nella speranza di poter

⁸¹ Vedi nota 71.

acquisire, in tempi successivi, un qualche titolo di soggiorno. La facilità di entrata nello Spazio Schengen si deve non solo (e non tanto) alla prossimità geografica, che non presenta un ostacolo enorme come il mare, come accade per i flussi provenienti dal Sud; quanto al venir meno di una delle condizioni più complicate fra quelle elencate dall'art. 6 del Codice frontiere – il visto⁸². Ed è per questo, non a caso, che molti facevano affidamento su una posizione che la Corte di giustizia non avrebbe, però, mai espresso.

6. La legalità dell'ingresso e della presenza dello straniero nel territorio di ciascuno Stato membro dell'Unione è determinata dalle norme europee con alterna intensità: che non necessariamente giova all'efficacia complessiva di questo sistema. Ma a prescindere da tale indagine, esiste un paio di domande pregiudiziali, tanto per usare un termine caro alla Corte di giustizia: quale è l'orizzonte valoriale di tale sistema? rispetto a quali obiettivi ne va misurata l'efficacia?

Il parametro principale è costituito da una pietra angolare del diritto internazionale quale è il principio di *non refoulement*. Richiamato a più riprese nel diritto primario dell'Unione⁸³, esso è (anche) contenuto nella Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato, che fornisce uno dei pochissimi vincoli convenzionali “esterni” per la legittimità delle norme dell'Unione⁸⁴. Questo elemento centrale dalla convivenza internazionale è parte – almeno nei suoi elementi essenziali – dello *ius cogens*⁸⁵: poche norme ma inderogabili, fra le quali figurano il divieto dell'uso della forza e quello di genocidio, tanto per citarne un paio.

Il principio in questione è in posizione antitetica rispetto a certa retorica che circonda il fenomeno della immigrazione, in specie quando essa è “percepita” appartenere al mondo della illegalità. Questi sentimenti rappresentano, sia pure maldestramente, una esigenza legittima di ogni società umana:

⁸² V. sopra, par. 4. Ad esempio: Albania, Moldova, Serbia e Ucraina figurano nell'Allegato II del regolamento 2018/1806, per cui i loro rispettivi cittadini sono esentati dall'obbligo di visto. Per i russi esisteva un accordo di facilitazione al rilascio dei visti, del 2007, che ovviamente è stato sospeso unilateralmente dal Consiglio qualche mese dopo l'inizio dell'aggressione della Federazione nei confronti dell'Ucraina.

⁸³ A parte i rinvii generici al diritto internazionale, il principio è espressamente richiamato dall'art. 78 TFUE e riprodotto, almeno in parte, nell'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali.

⁸⁴ Ove necessario, F. CHERUBINI, «Accordi tra Stati membri e validità del diritto derivato: la Corte di giustizia UE torna sulla direttiva qualifiche», in *La Comunità internazionale*, 2020, p. 281 ss.

⁸⁵ J. ALLAIN, «The *ius cogens* Nature of *non-refoulement*», in *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 533 ss.

quella di vivere al sicuro e di definire, in modo autonomo, la propria identità, anche nelle scelte di come regolare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri. Senza per questo evocare la "difesa dei patri confini", che è altra cosa.

I caratteri contrapposti di un vincolo così fermo e di una necessità molto sentita dagli Stati (inclusi quelli che sono parte dell'UE) non sembrano conciliabili. Dove non lo sono, la granitica presenza del principio di *non refoulement* deve senza meno prevalere: questo è ciò che l'interpretazione giuridica impone. È bene forse precisare che il principio in questione non appartiene solo al diritto dell'Unione, ma anzi ha le sue fonti principali nel diritto internazionale generale e in convenzioni come quella di Ginevra citata e di Roma del 1950 sulla protezione dei diritti dell'uomo. Dunque, la prevalenza che ad esso va attribuita su ogni possibile esigenza securitaria si applica ad ogni latitudine, almeno di questo pianeta.

Difficile intravedere zone in cui queste due esigenze siano conciliabili. Ciò è provato proprio dalla condotta degli Stati, che hanno fatto ricorso ad ogni mezzo per aggirare il principio *de quo* ed ottenere un solo risultato: scaricare su terzi la responsabilità della protezione (e, dunque, della eventuale violazione della norma in esame). Stati terzi come la Turchia e la Libia, che hanno dato un decisivo contributo alla riduzione dei flussi, sacrificando una piena (e forse anche minima) tutela dei diritti fondamentali.

Questo pericoloso esercizio non è però ridotto ai rapporti verso l'esterno: quando la responsabilità di rispettare le norme internazionali è solidamente incardinata, perché lo straniero è nella c.d. *jurisdiction* di uno Stato membro dell'Unione, schivare i propri obblighi coincide con il tentativo di attribuirli ad altri membri o all'Unione stessa. I segni sono inequivocabili: come il mancato bilanciamento solidale che dovrebbe andare a favore dei c.d. *frontline States*, come l'Italia, la Grecia e, più di recente, la stessa Ungheria, e il conseguente (ma ingiustificato) inasprimento delle misure che questi paesi hanno adottato nei confronti dei flussi di irregolari. E molti altri segni, naturalmente.

Sarebbe da chiedersi intorno a quale concetto di identità si costruisce l'idea stessa di immigrazione *contra ius* nell'Unione. Da quando la frontiera esterna è stata messa in comune, la stretta cooperazione associata a questa originalissima organizzazione ha dato innumerevoli prove di scarsa unità proprio sugli elementi cardine dell'identità che si intende difendere. E negli ultimi anni, con la complicità di alcune plateali rotture con le basi fondative del processo di integrazione, soprattutto nelle scelte fatte a monte in sede di revisione dei Trattati e di allargamento, questa tendenza si è fatta molto più intensa. A farne le spese sono proprio i valori intorno ai quali la cooperazione dovrebbe fare muro – il rispetto dei diritti umani,

la reciproca e incondizionata solidarietà fra i membri della stessa famiglia, che così tanti drammi ha vissuto in passato –, e che invece rimangono fuori da altri muri eretti a difesa di una amletica, titubante, sofferente identità europea.