



COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 2.7.2009
COM(2009) 313 definitivo

**COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE
AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO**

**concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione
della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari
di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri
(Testo rilevante ai fini del SEE)**

COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO E AL CONSIGLIO

concernente gli orientamenti per un migliore recepimento e una migliore applicazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri (Testo rilevante ai fini del SEE)

1. INTRODUZIONE

Il 10 dicembre 2008 la Commissione ha adottato una relazione¹ sull'applicazione della direttiva 2004/38/CE², che offre una panoramica completa del recepimento della direttiva nelle legislazioni nazionali e della sua applicazione nella vita quotidiana.

Secondo la relazione il recepimento della direttiva nel complesso è stato piuttosto insoddisfacente, soprattutto per quanto concerne il capo VI (*che consente agli Stati membri di limitare il diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza*) e l'articolo 35 (*in base al quale gli Stati membri possono adottare provvedimenti volti a evitare abusi e frodi, quali, ad esempio, matrimoni fittizi*).

Nella relazione la Commissione ha annunciato l'intenzione di fornire informazioni e assistenza agli Stati membri e ai cittadini dell'Unione, e di pubblicare a tal fine, nella prima metà del 2009, orientamenti sugli aspetti più problematici del recepimento o dell'applicazione della direttiva. Il Consiglio³ e il Parlamento europeo⁴ hanno accolto con favore tale proposito. Gli orientamenti presentano il punto di vista della Commissione e non pregiudicano la giurisprudenza della Corte di giustizia ("Corte") né i suoi sviluppi.

La presente comunicazione mira a fornire agli Stati membri orientamenti per la corretta applicazione della direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, al fine di apportare un effettivo miglioramento a favore di tutti i cittadini UE e fare dell'Unione uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia.

La relazione ha evidenziato i problemi che si pongono con maggior frequenza, che riguardano in particolare il diritto di ingresso e di soggiorno dei familiari di cittadini UE che sono cittadini di paesi terzi, e l'obbligo di presentare, a sostegno della domanda di soggiorno, documenti non previsti dalla direttiva. Nella relazione la Commissione ha annunciato l'intenzione di moltiplicare gli sforzi affinché la direttiva sia recepita e applicata in modo corretto. Per raggiungere tale obiettivo, la Commissione continuerà a informare i cittadini dei

¹ COM(2008) 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 di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

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

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

diritti conferiti loro dalla direttiva, in particolare distribuendo una guida semplificata per i cittadini UE e sfruttando al meglio Internet. Inoltre organizzerà incontri bilaterali con gli Stati membri per discutere questioni connesse all'attuazione e all'applicazione della direttiva e farà pieno uso dei poteri che le sono attribuiti dal trattato.

Ad oggi, oltre 8 milioni di cittadini dell'Unione hanno esercitato il diritto di circolare e di soggiornare liberamente, e attualmente vivono in un altro Stato membro dell'Unione. La libera circolazione dei cittadini costituisce una delle libertà fondamentali del mercato interno ed è al centro del progetto europeo. La direttiva 2004/38/CE ha codificato e rivisto gli strumenti comunitari esistenti per semplificare e rafforzare il diritto di libera circolazione e di soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione e dei loro familiari. In linea generale, la Commissione ricorda che la direttiva va interpretata e applicata conformemente ai diritti fondamentali⁵, in particolare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, il principio di non discriminazione, i diritti dei minori e il diritto a un ricorso effettivo, garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La libera circolazione delle persone costituisce uno dei cardini dell'Unione europea. Di conseguenza le deroghe a tale principio devono essere interpretate in senso restrittivo⁶. Tuttavia, il diritto di circolare liberamente all'interno dell'UE non è illimitato e comporta obblighi per i beneficiari, tra cui quello di rispettare le leggi del paese ospitante.

2. CITTADINI UE E FAMILIARI CITTADINI DI PAESI TERZI – INGRESSO E SOGGIORNO

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

T., cittadina di un paese terzo, soggiorna nello Stato membro ospitante per un certo periodo di tempo. Vorrebbe che suo marito, cittadino di un paese terzo, la raggiungesse. Poiché nessuno dei due è cittadino dell'Unione, la coppia non può beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva e spetta esclusivamente allo Stato membro interessato stabilire le norme sul diritto dei coniugi cittadini di paesi terzi di raggiungere altri cittadini di paesi terzi, tenendo debitamente conto degli strumenti giuridici comunitari eventualmente applicabili.

I cittadini UE che soggiornano nello Stato membro di cui sono cittadini non beneficiano di norma dei diritti conferiti dalla legislazione comunitaria sulla libera circolazione delle persone, e i loro familiari cittadini di paesi terzi rimangono soggetti alla normativa nazionale in materia di immigrazione. Tuttavia, i cittadini UE che ritornano nello Stato membro d'origine dopo aver soggiornato in un altro Stato membro⁸ e, in certe circostanze, i cittadini UE che hanno esercitato il diritto di libera circolazione in un altro Stato membro senza

⁵ Cause C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (punti 97-98) e C-127/08 *Metock* (punto 79).

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

⁷ Articolo 3, paragrafo 1.

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

soggiornare in tale Stato⁹ (*ad esempio prestando servizi in un altro Stato membro senza soggiornarvi*) beneficiano anche loro delle norme sulla libera circolazione delle persone.

P. soggiorna nello Stato membro di cui è cittadino. Si trova bene e non ha mai soggiornato in un altro Stato membro. Vorrebbe che sua moglie, cittadina di un paese terzo, lo raggiungesse. La coppia non può beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva e spetta esclusivamente allo Stato membro interessato stabilire le norme sul diritto dei coniugi cittadini di paesi terzi di raggiungere i propri cittadini.

I lavoratori frontalieri rientrano nel campo di applicazione della legislazione comunitaria in entrambi i paesi (*in qualità di lavoratori migranti nello Stato membro in cui lavorano e in qualità di persone autosufficienti nello Stato membro in cui soggiornano*).

2.1. Familiari e altri aventi diritto

2.1.1. Coniuge e partner

In linea di principio i matrimoni validamente contratti in qualunque parte del mondo devono essere riconosciuti ai fini dell'applicazione della direttiva. I **matrimoni forzati**, in cui una o entrambe le parti si sono sposate senza consenso o contro la propria volontà, non sono tutelati a livello internazionale¹⁰ né comunitario. I matrimoni forzati vanno distinti dai **matrimoni combinati**, in cui entrambe le parti prestano pieno e libero consenso al matrimonio sebbene la scelta del partner sia stata determinata da un terzo, e dai matrimoni fittizi di cui alla sezione 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 il loro ordinamento giuridico interno¹¹. Ciò non pregiudica tuttavia l'obbligo di tenere conto dell'interesse superiore dei figli nati da tali matrimoni.

La direttiva va applicata conformemente al principio di non discriminazione, sancito in particolare dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il partner con cui un cittadino dell'Unione abbia una stabile relazione di fatto, debitamente attestata, rientra nel campo di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera b). Le persone cui la direttiva riconosce diritti in quanto **partner stabili** possono essere tenute a presentare prove documentali che dimostrino la loro qualità di partner di cittadini UE e la stabilità della relazione. La prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo.

Il requisito della stabilità della relazione va valutato alla luce dell'obiettivo della direttiva di preservare l'unità della famiglia in senso ampio¹². Le norme nazionali per determinare la stabilità dell'unione possono prevedere come criterio che l'unione duri da un certo periodo minimo di tempo, ma devono comunque tener conto anche di altri aspetti pertinenti (*ad*

⁹ Causa C-60/00 *Carpenter*.

¹⁰ Si veda, tra l'altro, l'articolo 16, paragrafo 2, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o l'articolo 16, paragrafo 1, lettera b), della Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *Alilouch El Abasse/Paesi Bassi* del 6 gennaio 1992.

¹² Considerando 6.

esempio, ipoteca congiunta per l'acquisto di una casa). L'eventuale rifiuto dell'ingresso o del soggiorno deve essere pienamente giustificato e poter formare oggetto di ricorso.

2.1.2. Familiari in linea diretta

Fatte salve le questioni relative al riconoscimento delle decisioni delle autorità nazionali, la nozione di **discendente diretto/ascendente diretto** si estende anche agli adottati/adottanti¹³ e ai minori sottoposti a tutela/tutori permanenti. I minori in affidamento e i genitori affidatari che hanno l'affidamento temporaneo possono beneficiare dei diritti previsti dalla direttiva a seconda dell'intensità del legame caso per caso. Non sussistono limitazioni quanto al grado di parentela. Le autorità nazionali possono chiedere una prova dell'asserita qualità di familiare.

Nell'attuare la direttiva gli Stati membri devono sempre agire nell'**interesse superiore del minore**, secondo quanto contemplato dalla convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989.

2.1.3. Altri familiari

Nel fare riferimento a ogni "**altro familiare**" l'articolo 3, paragrafo 2, lettera a), non pone limitazioni quanto al grado di parentela.

2.1.4. Familiari a carico

Conformemente alla giurisprudenza della Corte¹⁴, la condizione di familiare "**a carico**" risulta da una situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il **sostegno materiale**¹⁵ del familiare è garantito dal cittadino comunitario o dal coniuge/partner. La condizione di familiare a carico non presuppone un diritto agli alimenti. Non è necessario esaminare se l'interessato sia in teoria in grado di provvedere a se stesso, ad esempio esercitando un'attività retribuita.

Per stabilire se un familiare è a carico, occorre valutare nella singola fattispecie se l'interessato, alla luce delle sue condizioni finanziarie e sociali, necessita di sostegno materiale per sopperire ai suoi bisogni essenziali nello Stato d'origine o nello Stato di provenienza al momento in cui chiede di raggiungere il cittadino comunitario (*quindi non nello Stato membro ospitante in cui soggiorna il cittadino UE*). Nelle sentenze sul concetto di persona a carico, la Corte non ha fatto riferimento al livello di vita per determinare la necessità di sostegno finanziario ad opera del cittadino comunitario¹⁶.

La direttiva non prevede requisiti quanto alla durata minima della dipendenza o dell'importo del sostegno materiale fornito, purché l'interessato sia effettivamente a carico e la situazione sia di natura strutturale.

¹³ I figli adottivi sono pienamente tutelati dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Corte europea dei diritti dell'uomo, cause *X/Belgio e Paesi Bassi* del 10 luglio 1975, *X/Francia* del 5 ottobre 1982 e *X, Y e Z/Regno Unito* del 22 aprile 1997).

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

¹⁵ La dipendenza emotiva non è presa in considerazione; si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa C-200/02 *Zhu e Chen*, punto 84.

¹⁶ Per accertare se una persona sia a carico occorre anzitutto stabilire se, alla luce delle circostanze personali dell'interessato, i mezzi economici del familiare consentano all'interessato di raggiungere il livello minimo di sussistenza nel paese in cui risiede (conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed nella causa C-1/05 *Jia*, punto 96).

I familiari a carico devono presentare una prova documentale della loro qualità di persona a carico. Tale prova può essere fornita con ogni mezzo idoneo, come confermato dalla Corte¹⁷. Quando i familiari interessati sono in grado di dimostrare la loro qualità di persona a carico con prove diverse da certificati rilasciati dalle autorità competenti del paese di origine o di provenienza, lo Stato membro ospitante non può rifiutare di riconoscere i loro diritti. Tuttavia, il semplice impegno da parte di un cittadino UE di mantenere il familiare interessato non è di per sé sufficiente a stabilire l'esistenza della dipendenza.

Ai sensi dell'**articolo 3, paragrafo 2**, gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità nel fissare i criteri per decidere se concedere i diritti previsti dalla direttiva ad **altri familiari a carico**. La loro libertà però non è illimitata. Per preservare l'unità della famiglia in senso ampio, la legislazione nazionale deve prevedere un attento esame delle pertinenti circostanze personali dei richiedenti interessati, tenendo conto del loro rapporto con il cittadino dell'Unione o di qualsiasi altra circostanza, quali la dipendenza finanziaria o fisica, conformemente al considerando 6.

Qualunque decisione di diniego è soggetta a tutte le garanzie sostanziali e procedurali contemplate dalla direttiva. Deve essere pienamente giustificata per iscritto e poter formare oggetto di ricorso.

2.2. Ingresso e soggiorno di familiari cittadini di paesi terzi

2.2.1. Visti d'ingresso

Come disposto dall'articolo 5, paragrafo 2, gli Stati membri possono fare obbligo ai familiari cittadini di paesi terzi che accompagnano o raggiungono un cittadino dell'Unione cui si applica la direttiva di munirsi di un visto d'ingresso. Tali familiari hanno non solo il diritto di entrare nel territorio dello Stato membro, ma anche il **diritto di ottenere un visto d'ingresso**¹⁸. In ciò si differenziano dagli altri cittadini di paesi terzi, che non beneficiano di tale diritto.

Ai familiari cittadini di paesi terzi dovrebbe essere rilasciato **il più presto possibile, in base a una procedura accelerata, un visto d'ingresso gratuito di breve durata**. Per analogia con l'articolo 23 del codice dei visti¹⁹, la Commissione ritiene che un termine per il rilascio superiore a quattro settimane non sia ragionevole. Le autorità degli Stati membri dovrebbero informare i familiari circa il tipo di visto da richiedere e non possono imporre visti di lunga durata, di soggiorno o per ricongiungimento familiare. Gli Stati membri devono concedere a detti familiari ogni agevolazione affinché ottengano i visti necessari. Per fissare gli appuntamenti possono ricorrere ad appositi servizi o linee telefoniche di società esterne, ma devono garantire ai familiari cittadini di paesi terzi la possibilità di accedere direttamente al consolato.

Poiché il diritto al rilascio del visto d'ingresso deriva dal legame familiare con il cittadino UE, gli Stati membri possono prescrivere la sola **presentazione di un passaporto valido e di una prova della qualità di familiare**²⁰ (*e, se del caso, della qualità di familiare a carico, dei*

¹⁷ Cause 316/85 *Oulane* (punto 53) e C-1/05 *Jia* (punto 41).

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

¹⁹ COM(2006) 403 definitivo/2.

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

gravi motivi di salute o della stabilità dell'unione). Non possono essere richiesti altri documenti, quali giustificativo di alloggio, prova di risorse sufficienti, lettera d'invito o biglietto di ritorno.

Gli Stati membri possono incoraggiare l'integrazione dei cittadini UE e dei loro familiari cittadini di paesi terzi offrendo corsi di lingua e altri corsi mirati facoltativi²¹. Il rifiuto di partecipare a tali corsi non può comportare conseguenze negative.

Le carte di soggiorno rilasciate ai sensi dell'articolo 10 della direttiva ai *familiari di un cittadino UE che soggiorna nello Stato membro ospitante*, comprese quelle rilasciate da altri Stati membri, esentano i titolari che accompagnano il cittadino UE o lo raggiungono nello Stato membro ospitante dall'obbligo del visto.

Le carte di soggiorno che non sono state rilasciate ai sensi della direttiva possono esentare i titolari dall'obbligo del visto in base alle norme Schengen²².

2.2.2. Carta di soggiorno

Come disposto dall'articolo 10, paragrafo 1, il diritto di soggiorno dei familiari cittadini di paesi terzi è comprovato dal rilascio di un documento denominato "*carta di soggiorno di familiare di un cittadino dell'Unione*". La denominazione di tale carta non deve essere difforme da quella prescritta dalla direttiva, giacché una denominazione diversa renderebbe materialmente impossibile per gli altri Stati membri riconoscere la carta di soggiorno quale documento esentante il titolare dall'obbligo del visto ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2.

Poiché non esiste un modello di carta di soggiorno, gli Stati membri sono liberi di strutturarla come ritengono più appropriato²³. La carta di soggiorno, tuttavia, deve essere un documento autonomo e non un adesivo da apporre 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 va interpretato alla luce dell'articolo 10 del trattato CE e la durata massima di sei mesi può giustificarsi solo qualora in sede di valutazione della domanda vengano in questione motivi di ordine pubblico²⁴.

L'elenco dei documenti²⁵ da allegare alla domanda di carta di soggiorno è tassativo, come confermato dal considerando 14. Non possono essere prescritti altri documenti.

²¹ Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Il multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno comune (COM(2008) 566).

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*).

²³ Il regolamento (CE) n. 1030/2002 del Consiglio che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi non si applica ai cittadini di paesi terzi che siano familiari di cittadini dell'Unione che esercitano il loro diritto alla libera circolazione (*articolo 5*) e articolo 21 della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen.

²⁴ COM(1999) 372 (*punto 3.2*).

²⁵ Articolo 10, paragrafo 2.

Gli Stati membri possono prevedere che i documenti siano **tradotti, autenticati o legalizzati**, qualora l'autorità nazionale competente non ne capisca la lingua o nutra dubbi sull'autenticità dell'autorità che li ha rilasciati.

2.3. Soggiorno dei cittadini UE per un periodo superiore a tre mesi

I cittadini UE hanno il diritto di soggiornare nello Stato membro ospitante se sono economicamente attivi in tale Stato. Gli studenti e i cittadini UE economicamente inattivi devono disporre, per se stessi e per i propri familiari, di **risorse economiche sufficienti**, per non diventare un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'**assicurazione malattia che copra tutti i rischi**.

L'**elenco dei documenti** da allegare alla domanda di soggiorno è tassativo. Non possono essere prescritti altri documenti.

2.3.1. Risorse economiche sufficienti

La **nozione di "risorse economiche sufficienti"** va interpretata alla luce dell'obiettivo della direttiva, ossia agevolare la libera circolazione finché i beneficiari del diritto di soggiorno non diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Il primo criterio per valutare l'esistenza di risorse economiche sufficienti consiste nell'esaminare se il cittadino UE (*e i familiari il cui il diritto di soggiorno dipende dal cittadino UE*) soddisfa i criteri nazionali per la concessione di **prestazioni di assistenza sociale di base**.

Le risorse economiche del cittadino UE sono sufficienti quando il loro livello è superiore alla soglia al di sotto della quale è concesso un sussidio minimo vitale nello Stato membro ospitante o, qualora tale criterio non sia applicabile, alla pensione minima sociale.

L'articolo 8, paragrafo 4, fa divieto agli Stati membri di fissare, direttamente o indirettamente, l'importo preciso delle risorse economiche che considerano sufficienti, al di sotto del quale il diritto di soggiorno può essere negato automaticamente. Le autorità degli Stati membri devono tenere conto della situazione personale dell'interessato. Le risorse provenienti da un terzo devono essere ammesse²⁶.

Le autorità nazionali possono controllare, se necessario, l'esistenza, la legalità, l'importo e la disponibilità delle risorse economiche. Le risorse economiche non devono necessariamente essere periodiche e possono consistere in capitale accumulato. I mezzi per provare la sufficienza delle risorse economiche non possono essere limitati²⁷.

Nel valutare se una persona le cui risorse economiche non possono più ritenersi sufficienti e a cui è stato concesso un sussidio minimo vitale è diventata un **onere eccessivo**, le autorità degli Stati membri devono procedere a un esame di proporzionalità. A tal fine gli Stati membri possono predisporre, ad esempio, uno schema a punti da usare come indicatore. Il considerando 16 della direttiva 2004/38 prevede **tre serie di criteri** al riguardo:

(1) Durata

²⁶ Causa C-408/03 *Commissione/Belgio* (punto 40 e ss.).

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

- Da quanto tempo è concesso il sussidio?
- Previsioni: è probabile che a breve il cittadino UE non abbia più bisogno della rete di sicurezza sociale?
- Da quanto tempo il cittadino UE soggiorna nello Stato membro ospitante?

(2) Situazione personale

- Che tipo di legame hanno il cittadino UE e i suoi familiari con la società dello Stato membro ospitante?
- Ci sono altri aspetti relativi all'età, alle condizioni di salute, alla situazione familiare ed economica da tenere in considerazione?

(3) Importo

- Qual è l'importo totale dell'aiuto concesso?
- In passato il cittadino UE ha fatto largo ricorso all'assistenza sociale?
- In passato il cittadino UE ha versato contributi di assistenza sociale nello Stato membro ospitante?

Finché non diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante, i beneficiari del diritto di soggiorno non possono essere allontanati per aver fatto ricorso al sistema di assistenza sociale²⁸.

Solo la fruizione di prestazioni di assistenza sociale può essere considerata pertinente per determinare se l'interessato costituisca un onere per il sistema di assistenza sociale

2.3.2. Assicurazione malattia

In linea di principio è ammissibile qualunque assicurazione, privata o pubblica, stipulata nello Stato membro ospitante o altrove, purché **copra tutti i rischi** e non crei un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante. Nel tutelare le finanze pubbliche valutando l'estensione della copertura dell'assicurazione malattia, gli Stati membri devono rispettare i limiti imposti dalla legislazione comunitaria e il principio di proporzionalità²⁹.

I pensionati soddisfano la condizione di disporre di un'assicurazione malattia completa se hanno diritto all'assistenza sanitaria per conto dello Stato membro che paga la loro pensione³⁰.

La carta europea di assicurazione malattia offre tale copertura completa quando il cittadino UE interessato non trasferisce la residenza, ai sensi del regolamento (CEE) n. 1408/71, nello

²⁸ Articolo 14, paragrafo 3.

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

³⁰ Articoli 27, 28 e 28 bis del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. A decorrere dal 1° marzo 2010 tale regolamento sarà sostituito da regolamento (CE) n. 883/2004, ma continueranno ad applicarsi gli stessi principi.

Stato membro ospitante e intende ritornare nello Stato membro di residenza (ad esempio studio o trasferimento lavorativo in un altro Stato membro).

3. LIMITAZIONI DEL DIRITTO DI CIRCOLARE E DI SOGGIORNARE LIBERAMENTE PER MOTIVI DI ORDINE PUBBLICO O DI PUBBLICA SICUREZZA

Questa sezione si basa sulla comunicazione del 1999 relativa ai provvedimenti speciali in tema di circolazione e residenza dei cittadini dell'Unione giustificati da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica³¹. In linea generale il contenuto della comunicazione del 1999 rimane valido, sebbene faccia riferimento alla direttiva 64/221/CEE che è stata abrogata dalla direttiva 2004/38/CE. Scopo di questa sezione è aggiornare il contenuto della comunicazione del 1999 alla luce della recente giurisprudenza della Corte e chiarire alcune questioni sorte durante il processo di attuazione della direttiva.

La **libera circolazione delle persone** costituisce uno dei cardini dell'Unione europea. Di conseguenza le disposizioni che concedono tale libertà **vanno interpretate in senso estensivo**, mentre quelle che derogano a tale principio vanno interpretate in senso restrittivo³².

3.1. Ordine pubblico e pubblica sicurezza

Gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione dei cittadini UE per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. Il capo VI della direttiva si applica a qualunque provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza che pregiudica il diritto delle persone che rientrano nel campo di applicazione della direttiva di entrare e soggiornare liberamente nello Stato membro ospitante alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato³³.

Gli Stati membri rimangono liberi di determinare i requisiti in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza conformemente alle loro necessità, che possono variare a seconda dello Stato membro e del periodo. Tuttavia, nel contesto dell'applicazione della direttiva, devono interpretare tali requisiti in senso restrittivo³⁴.

È essenziale che gli Stati membri definiscano chiaramente gli interessi tutelati della società e facciano una netta distinzione tra ordine pubblico e pubblica sicurezza. Quest'ultima non può essere estesa a provvedimenti che dovrebbero fondarsi sull'ordine pubblico.

Secondo l'interpretazione generalmente data, la **pubblica sicurezza** riguarda sia la sicurezza interna che quella esterna³⁵, essendo diretta a preservare l'integrità del territorio di uno Stato membro e delle sue istituzioni, mentre l'**ordine pubblico** concerne la prevenzione delle turbative dell'ordine sociale.

³¹ COM(1999) 372.

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

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

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

³⁵ Cause C-423/98 *Albore* (punto 18 e ss.) e C-285/98 *Kreil* (punto 15).

I cittadini UE possono essere allontanati solo per comportamenti puniti dalla legge dello Stato membro ospitante o in relazione ai quali sono stati adottati provvedimenti concreti ed effettivi di contrasto, come ribadito dalla giurisprudenza³⁶ della Corte.

In ogni caso, l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione non è atta a costituire di per sé un comportamento pericoloso per l'ordine pubblico o per la pubblica sicurezza e non può quindi giustificare da sola l'espulsione dell'interessato³⁷.

3.2. Comportamento personale e minaccia

I provvedimenti restrittivi possono essere adottati solo caso per caso, qualora il comportamento personale dell'interessato rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società dello Stato membro ospitante³⁸, e non possono basarsi esclusivamente su motivi di tutela dell'ordine pubblico o della pubblica sicurezza avanzati da un altro Stato membro³⁹.

La legislazione comunitaria preclude l'adozione di provvedimenti restrittivi per **motivi di prevenzione generale**⁴⁰. Tali provvedimenti devono basarsi su una minaccia effettiva e non possono essere giustificati da un rischio generale⁴¹. Una condanna penale non comporta automaticamente l'adozione di provvedimenti restrittivi, che devono tenere in considerazione il comportamento personale del reo e la minaccia che costui rappresenta per l'ordine pubblico⁴². Non possono essere adottati motivi estranei al **comportamento personale** dell'interessato. La direttiva non consente l'allontanamento automatico⁴³.

I diritti dell'interessato possono essere limitati solo se il suo comportamento personale costituisce una **minaccia**, ossia indica la probabilità di un grave pregiudizio per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza.

Una minaccia meramente presunta non è **reale**. La minaccia deve essere **attuale**. Il comportamento passato può essere preso in considerazione solo se vi è probabilità di recidiva⁴⁴. La minaccia deve sussistere nel momento in cui il provvedimento restrittivo è adottato dall'autorità nazionale o riesaminato dal giudice⁴⁵. La sospensione condizionale è un importante fattore di valutazione della minaccia, in quanto costituisce un indizio del fatto che l'interessato non rappresenta più un pericolo reale.

L'**appartenenza attuale a un'organizzazione** può essere tenuta in considerazione qualora l'interessato partecipi alle attività dell'organizzazione e aderisca ai suoi obiettivi e programmi⁴⁶. Gli Stati membri non sono obbligati a perseguire penalmente o vietare le attività di un'organizzazione per poter limitare i diritti riconosciuti dalla direttiva, bastando a tal fine

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

³⁷ Causa 48/75 *Royer* (punto 51).

³⁸ Tutti i criteri sono cumulativi.

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

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

⁴¹ La prevenzione generale in circostanze specifiche, ad esempio eventi sportivi, è trattata nella comunicazione del 1999 (si veda il punto 3.3).

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

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

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

⁴⁵ Cause C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (punto 82).

⁴⁶ Causa 41/74 *van Duyn* (punto 17 e ss.).

che siano in vigore provvedimenti amministrativi volti a ostacolare l'esercizio delle attività dell'organizzazione. L'appartenenza passata ad associazioni⁴⁷ non può, in generale, costituire una minaccia attuale.

L'esistenza di una **condanna penale** può essere presa in considerazione solo nei limiti in cui le circostanze che hanno portato alla condanna provino un comportamento personale costituente una minaccia attuale per l'ordine pubblico⁴⁸. Le autorità devono fondare la propria decisione su una previsione in ordine al comportamento futuro dell'interessato. La natura e il numero delle condanne precedentemente inflitte devono essere considerate circostanze rilevanti nel quadro di tale valutazione, in cui occorre tenere conto in particolare della gravità e della frequenza dei reati commessi. È determinante il rischio di recidiva, non essendo sufficiente una possibilità remota di nuove turbative dell'ordine pubblico⁴⁹.

A. e I. hanno finito di scontare due anni di reclusione per rapina. Le autorità valutano se il comportamento personale delle due sorelle costituisca una minaccia, ossia se indichi la probabilità di nuovi gravi pregiudizi per l'ordine pubblico.

Nel caso di A. si tratta della prima condanna. In carcere A. si è comportata bene e uscita di prigione ha trovato un posto di lavoro. Le autorità ritengono che il suo comportamento non rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave.

Per quanto riguarda I., invece, si tratta della quarta condanna. La gravità dei reati commessi è stata progressiva. Il suo comportamento in carcere non è stato affatto esemplare e le sue due domande di liberazione condizionale sono state respinte. Neanche due settimane dopo essere uscita di prigione è stata sorpresa a pianificare un'altra rapina. Le autorità concludono che il comportamento di I. rappresenta una minaccia per l'ordine pubblico.

In determinate circostanze, la **recidiva di reati minori** può costituire una minaccia per l'ordine pubblico, sebbene i singoli reati considerati separatamente non siano idonei a rappresentare una minaccia sufficientemente grave nel senso di cui sopra. Le autorità nazionali devono dimostrare che il comportamento personale dell'interessato costituisce una minaccia per l'ordine pubblico⁵⁰. Nel valutare se in questi casi sussiste una minaccia per l'ordine pubblico, le autorità possono tener conto in particolare dei seguenti **fattori**:

- natura dei reati,
- frequenza,
- danno o lesione causata.

Il fatto che l'interessato abbia subito più condanne non è di per sé sufficiente.

⁴⁷ Ibid

⁴⁸ Cause C-482/01 e 493/01 *Orfanopoulos e Oliveri* (punti 82 e 100) e C-50/06 *Commissione/Paesi Bassi* (punti 42-45).

⁴⁹ Ad esempio il rischio di recidiva può considerarsi maggiore in presenza di tossicodipendenza, che comporta il rischio che vengano commessi altri reati per il finanziamento di quest'ultima. (conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nelle cause riunite C-482/01 e C-493/01 *Orfanopoulos e Oliveri*).

⁵⁰ Causa C-349/06 *Polat* (punto 35).

3.3. Valutazione della proporzionalità

Il capo VI della direttiva va inteso non come un presupposto per l'acquisto e il mantenimento di un diritto di ingresso e di soggiorno, ma esclusivamente come facoltà di limitare, in casi giustificati, l'esercizio di un diritto derivante direttamente dal trattato⁵¹.

Una volta accertato che il comportamento personale dell'interessato rappresenta una minaccia sufficientemente grave da giustificare un provvedimento restrittivo, le autorità devono effettuare una **valutazione della proporzionalità** per decidere se all'interessato possa essere negato l'ingresso o se l'interessato possa essere allontanato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

Le autorità nazionali devono individuare gli interessi tutelati. Sulla base di tali interessi devono svolgere un'analisi delle caratteristiche della minaccia. Possono essere presi in considerazione i seguenti **fattori**:

- grado di pericolo per la società derivante dalla presenza dell'interessato sul territorio dello Stato membro;
- natura delle attività criminose, loro frequenza, pericolo cumulativo e danni causati;
- tempo trascorso dalla commissione degli atti e comportamento dell'interessato (*NB: si può tenere conto anche del buon comportamento in carcere e dell'eventuale liberazione condizionale*).

La situazione personale e familiare dell'interessato deve essere valutata attentamente al fine di stabilire se i provvedimenti previsti siano appropriati e non eccedano quanto strettamente necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, e se questo non possa essere conseguito con provvedimenti meno severi. Si dovrebbe tenere conto dei seguenti **fattori**⁵², elencati a titolo indicativo all'articolo 28, paragrafo 1:

- incidenza dell'allontanamento sulla situazione economica, personale e familiare dell'interessato (*e dei familiari che avrebbero diritto di restare nello Stato membro ospitante*);
- gravità delle difficoltà cui rischiano di incorrere il coniuge/partner e i figli nel paese di origine dell'interessato;
- intensità dei legami (*parenti, visite, conoscenze linguistiche*) – o mancanza di legami – con lo Stato membro d'origine e con lo Stato membro ospitante (*ad esempio, l'interessato è nato nello Stato membro ospitante o ci vive fin dall'infanzia*);
- durata del soggiorno nello Stato membro ospitante (*la situazione del turista è diversa da quella di chi vive da molti anni nello Stato membro ospitante*);
- età e stato di salute.

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

⁵² Per quanto riguarda i diritti fondamentali, si veda la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle cause *Berrehab, Moustaquim, Beldjoudi, Boujlifa, El Boujaidi e Dalia*.

3.4. Maggiore protezione contro l'allontanamento

I cittadini UE e i loro familiari che abbiano acquisito il diritto di soggiorno permanente (*dopo cinque anni*) nello Stato membro ospitante possono essere allontanati solo per gravi motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza. I cittadini UE che soggiornano da più di dieci anni e i loro figli possono essere allontanati solo per motivi imperativi di pubblica sicurezza (*non di ordine pubblico*). Deve essere fatta una netta distinzione tra motivi normali, "gravi" e "imperativi" in base ai quali può essere disposto l'allontanamento.

Di norma, ai fini del calcolo della durata del soggiorno ai sensi dell'articolo 28, gli Stati membri non sono obbligati a tenere conto del **tempo effettivamente trascorso in carcere** dall'interessato quando non sussiste alcun collegamento con lo Stato membro ospitante.

3.5. Urgenza

Ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 3, il termine impartito per lasciare il territorio non può essere inferiore a un mese, fatti salvi i casi di **urgenza** debitamente comprovata. La giustificazione di un allontanamento urgente deve essere reale e proporzionata⁵³. Nel valutare la necessità di ridurre il termine in casi di urgenza, le autorità devono tenere conto dell'incidenza che l'allontanamento immediato o urgente può avere sulla situazione personale e familiare dell'interessato (*ad esempio necessità di dare un preavviso al datore di lavoro, recedere dal contratto di locazione, predisporre il trasloco degli effetti personali nel nuovo paese, provvedere all'istruzione dei figli, ecc.*). L'adozione di un provvedimento di allontanamento per motivi imperativi o gravi non implica necessariamente una situazione di urgenza. La valutazione dell'urgenza deve essere comprovata chiaramente e separatamente.

3.6. Garanzie procedurali

Ai sensi dell'articolo 30, ogni provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza è notificato all'interessato.

Le decisioni devono essere pienamente motivate e indicare tutti gli specifici motivi di fatto e di diritto su cui si basano onde porre l'interessato nella condizione di potersi efficacemente difendere⁵⁴, e i giudici nazionali possono riesaminare il caso in conformità del diritto a un ricorso effettivo, che costituisce un principio generale del diritto comunitario garantito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della notificazione delle decisioni possono essere usati moduli, che però devono sempre consentire una piena giustificazione dei motivi su cui si fonda la decisione (*la semplice apposizione di una crocetta su una o più opzioni prestabilite non è ammissibile*).

4. ABUSO E FRODE

La legislazione comunitaria non può essere invocata in caso di abuso⁵⁵. Ai sensi dell'articolo 35, gli Stati membri possono adottare provvedimenti efficaci e necessari per combattere l'abuso e la frode nei settori rientranti nell'ambito di applicazione sostanziale della legislazione comunitaria sulla libera circolazione delle persone, rifiutando, estinguendo o

⁵³ Conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl nella causa C-441/02 *Commissione/Germania*.

⁵⁴ Causa 36/75 *Rutili* (punti 37-39).

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

revocando un diritto conferito dalla direttiva in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi provvedimento di questo tipo deve essere proporzionato e soggetto alle garanzie procedurali previste dalla direttiva⁵⁶.

La legislazione comunitaria promuove la mobilità dei cittadini UE e tutela coloro che esercitano il diritto di libera circolazione⁵⁷. Il fatto che un cittadino UE e i suoi familiari ottengano, ai sensi della legislazione comunitaria, il diritto di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini non costituisce un abuso, in quanto beneficiano di un vantaggio inerente all'esercizio del diritto di libera circolazione tutelato dal trattato⁵⁸, a prescindere dallo scopo per il quale si trasferiscono in quello Stato⁵⁹. Del pari, la legislazione comunitaria tutela i cittadini UE che rientrano nel loro paese di origine dopo aver esercitato il diritto di libera circolazione.

4.1. Concetti di abuso e frode

4.1.1. Frode

Ai fini della direttiva, per **frode** si intende un inganno o altro espediente usato per ottenere il diritto di circolare e di soggiornare liberamente ai sensi della direttiva. Nell'ambito della direttiva è probabile che la frode si limiti alla falsificazione di documenti o alla falsa descrizione di un fatto sostanziale attinente alle condizioni per la concessione del diritto di soggiorno. Qualora una persona abbia ottenuto un permesso di soggiorno solo grazie a un comportamento fraudolento che ne ha determinato la condanna, i diritti ai sensi della direttiva possono essere rifiutati, estinti o revocati⁶⁰.

4.1.2. Abuso

Ai fini della direttiva, per **abuso** si intende un comportamento artificioso che è stato adottato **esclusivamente** per ottenere il diritto di circolare e di soggiornare liberamente ai sensi della legislazione comunitaria e che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalle norme comunitarie, non è conforme allo scopo da esse perseguito⁶¹.

4.2. Matrimoni fittizi

Il considerando 28 definisce i **matrimoni fittizi** ai fini della direttiva come i matrimoni contratti all'**unico** scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno ai sensi della direttiva, che altrimenti non avrebbe potuto essere esercitato. Un matrimonio non può considerarsi fittizio semplicemente perché facilita l'immigrazione o comporta un qualche vantaggio. La qualità del rapporto è irrilevante ai fini dell'applicazione dell'articolo 35.

La definizione di matrimonio fittizio può essere estesa per analogia ad altri tipi di rapporti contratti all'unico scopo di usufruire del diritto di libera circolazione e soggiorno, quali le unioni (registrate) fittizie, le adozioni simulate o i casi in cui un cittadino UE riconosca la paternità di un minore cittadino di un paese terzo, sapendo di non esserne il padre e non

⁵⁶ Causa C-127/99 *Metock* (punti 74-75).

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

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

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

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

⁶¹ Cause C-110/99 *Emsland-Stärke* (punti 52 e ss.) e C-212/97 *Centros* (punto 25).

intendendo esercitare la potestà genitoriale, affinché il minore e la madre ottengano la sua cittadinanza e il diritto di soggiorno.

I provvedimenti adottati dagli Stati membri per combattere i matrimoni fittizi non possono essere tali da dissuadere i cittadini UE e i loro familiari dall'esercizio del diritto di libera circolazione o limitare indebitamente i loro diritti legittimi. Non devono compromettere l'efficacia del diritto comunitario né operare discriminazioni in base alla cittadinanza.

Nell'interpretare la nozione di abuso nell'ambito della direttiva, si deve prestare particolare attenzione allo status del cittadino UE. Conformemente al principio della preminenza del diritto comunitario, la valutazione dell'eventuale abuso del diritto comunitario deve essere svolta nel quadro della legislazione comunitaria e rispetto alla normativa nazionale in materia di immigrazione. La direttiva non impedisce agli Stati membri di svolgere **indagini su singoli casi** in cui sussiste un **sospetto fondato di abuso**. La legislazione comunitaria, tuttavia, vieta controlli sistematici⁶². Gli Stati membri possono basarsi su analisi ed esperienze precedenti che dimostrano una chiara correlazione tra i casi comprovati di abuso e determinate caratteristiche di tali casi.

Per evitare inutili oneri e ostacoli, è possibile individuare una **serie di criteri indicativi** da cui dedurre l'improbabilità di un abuso dei diritti comunitari:

- il coniuge cittadino di un paese terzo non avrebbe avuto difficoltà ad ottenere da solo il diritto di soggiorno o ha già precedentemente soggiornato legalmente nello Stato membro del cittadino UE;
- la coppia stava insieme da molto tempo;
- la coppia aveva un domicilio comune/costituiva un nucleo familiare da molto tempo⁶³;
- la coppia ha già assunto solidalmente un importante impegno giuridico/finanziario (*ipoteca per l'acquisto di una casa, ecc.*);
- i coniugi sono sposati da molto tempo.

Gli Stati membri possono definire una **serie di criteri indicativi** dai quali si evincerebbe **l'intenzione di abusare dei diritti conferiti dalla direttiva al solo scopo di eludere la normativa nazionale in materia di immigrazione**. Le autorità nazionali possono tener conto, in particolare, dei seguenti fattori:

- i coniugi non si sono mai incontrati prima del matrimonio;
- i coniugi commettono errori sui loro rispettivi dati personali, sulle circostanze in cui si sono conosciuti o su altre informazioni importanti di carattere personale che li riguardano;
- i coniugi non parlano una lingua comprensibile ad entrambi;

⁶² Il divieto riguarda non solo i controlli su tutti i migranti, ma anche i controlli su intere categorie di migranti (ad esempio i migranti che appartengono a una determinata etnia).

⁶³ Il diritto comunitario non fa obbligo ai coniugi cittadini di paesi terzi di vivere con il cittadino UE per poter beneficiare del diritto di soggiorno - causa 267/83 *Diatta* (punto 15 e ss.).

- sussistono indizi del fatto che è stata corrisposta una somma di denaro o sono stati offerti doni affinché il matrimonio fosse celebrato (*a meno che il denaro o i doni siano stati offerti a titolo di dote nelle culture in cui l'apporto di una dote è una prassi normale*);
- sussistono prove del fatto che in passato uno o entrambi i coniugi hanno contratto matrimoni fittizi o commesso altri tipi di abuso e frode per ottenere il diritto di soggiorno;
- la vita familiare si è sviluppata solo dopo l'adozione del provvedimento di allontanamento;
- i coniugi divorziano poco dopo che il cittadino di un paese terzo ha acquisito il diritto di soggiorno.

Tali criteri vanno considerati come elementi che possono giustificare l'avvio di un'indagine, senza implicare conclusioni automatiche dai risultati o dalle indagini successive. Gli Stati membri non possono basarsi su un unico elemento, ma devono tenere conto di tutte le circostanze del singolo caso. L'indagine può implicare un colloquio separato con ciascuno dei coniugi.

S., cittadina di un paese terzo, è stata intimata a lasciare il paese entro un mese poiché le è scaduto il visto turistico. Dopo due settimane sposa O., cittadino UE appena arrivato nello Stato membro ospitante. Le autorità sospettano che il matrimonio sia stato contratto solo per evitare l'allontanamento, pertanto contattano le autorità dello Stato membro di O. e vengono a sapere che dopo il matrimonio il negozio della famiglia di O. ha pagato un debito di 5 000 euro che non riusciva a saldare da due anni.

Invitano i neosposi a un colloquio e scoprono che O. nel frattempo ha lasciato lo Stato membro ospitante per tornare a lavorare nel paese di origine, che i coniugi non sono in grado di comunicare in una lingua comune e che si sono incontrati per la prima volta una settimana prima del matrimonio. Sussistono forti indizi che i coniugi si siano sposati al solo scopo di eludere la normativa nazionale in materia di immigrazione.

L'**onere della prova** incombe alle autorità degli Stati membri che intendono limitare i diritti conferiti dalla direttiva. Le autorità devono essere in grado di elaborare argomenti convincenti rispettando tutte le garanzie sostanziali descritte nella sezione precedente. In caso di ricorso, spetta ai giudici nazionali stabilire nei singoli casi l'esistenza dell'abuso, la cui prova può essere fornita conformemente alle norme del diritto nazionale, purché ciò non pregiudichi l'efficacia del diritto comunitario⁶⁴.

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

Le indagini in corso su casi sospetti di matrimonio fittizio non possono giustificare deroghe ai diritti dei familiari cittadini di paesi terzi derivanti dalla direttiva (ad esempio divieto di lavorare, ritiro del passaporto o rilascio della carta di soggiorno dopo sei mesi dalla data della domanda). Tali diritti possono essere revocati in qualunque momento a seguito delle indagini successive.

⁶⁴ Cause C-110/99 *Emsland-Stärke* (punto 54) e C-215/03 *Oulane* (punto 56).

4.3. Altri tipi di abuso

Un altro caso di abuso si verifica quando un cittadino UE, i cui familiari cittadini di paesi terzi non riescono a raggiungerlo nel suo Stato membro d'origine a causa della normativa nazionale in materia di immigrazione, si trasferisce in un altro Stato membro al solo scopo di eludere, ritornando poi nello Stato membro d'origine, la normativa nazionale che ha vanificato i tentativi di ricongiungimento familiare, invocando i diritti conferiti dalla legislazione comunitaria.

La linea di demarcazione tra uso normale e uso abusivo del diritto comunitario va stabilita valutando se l'esercizio dei diritti comunitari nello Stato membro da cui fanno ritorno il cittadino UE e i suoi familiari era **reale ed effettivo**. In tal caso il cittadino UE e i suoi familiari sono tutelati dalla legislazione comunitaria sulla libera circolazione delle persone. La valutazione va effettuata caso per caso. Se, in un caso concreto di ritorno, l'uso dei diritti comunitari è stato reale ed effettivo, lo Stato membro d'origine non deve indagare sui motivi personali del precedente trasferimento.

Quando necessario, gli Stati membri possono definire una serie di criteri indicativi per stabilire se il **soggiorno** nello Stato membro ospitante sia stato **reale ed effettivo**. Le autorità nazionali possono tener conto, in particolare, dei seguenti fattori:

- circostanze in cui il cittadino UE si è trasferito nello Stato membro ospitante (*precedente vano tentativo di ottenere il diritto di soggiorno per il coniuge cittadino di un paese terzo in base alla normativa nazionale, lavoro offerto nello Stato membro ospitante, qualità in cui il cittadino UE soggiorna nello Stato membro ospitante*);
- grado di concretezza e realtà del soggiorno nello Stato membro ospitante (*soggiorno previsto ed effettivo nello Stato membro ospitante, sforzi compiuti per stabilirsi nello Stato membro ospitante, compreso l'espletamento delle formalità per l'iscrizione nei registri nazionali, la ricerca di un alloggio, l'iscrizione dei figli in una scuola*);
- circostanze in cui il cittadino UE è tornato nello Stato membro d'origine (*ritorno immediato dopo aver sposato un cittadino di un paese terzo in un altro Stato membro*).

Tali criteri vanno considerati come elementi che possono giustificare l'avvio di un'indagine, senza implicare conclusioni automatiche dai risultati o dalle indagini successive. Nell'accertare se l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente in un altro Stato membro è stato reale ed effettivo, le autorità nazionali non possono basarsi su un unico elemento, ma devono tenere conto di tutte le circostanze del singolo caso. Devono valutare il comportamento dell'interessato alla luce degli obiettivi perseguiti dalla legislazione comunitaria e basandosi su elementi obiettivi⁶⁵.

Dopo aver soggiornato in un altro Stato membro, J. torna nel suo paese d'origine con la moglie S., cittadina di un paese terzo. S. ha cercato invano per due volte di ottenere il diritto di soggiorno nello Stato membro di J.. J. ha continuato a lavorare nel suo paese d'origine durante l'asserito soggiorno in un altro Stato membro.

⁶⁵ Causa C-206/94 Brennet/Paletta (punto 25).

Le autorità contattano le autorità dello Stato membro ospitante e scoprono che J. è tornato nel suo paese d'origine dopo appena tre settimane. La coppia è rimasta in un hotel turistico e ha pagato in anticipo le tre settimane di soggiorno. Tenuto conto di questi elementi, J. e S. non beneficiano delle disposizioni della direttiva.

Non si può dedurre che il soggiorno nello Stato membro ospitante non è reale ed effettivo solo perché il cittadino UE mantiene legami con lo Stato membro d'origine, soprattutto se il suo status nel paese ospitante è instabile (*ad esempio contratto di lavoro a tempo determinato*). Il semplice fatto che una persona crei deliberatamente le condizioni per ottenere un diritto non costituisce di per sé una base sufficiente per desumerne un abuso⁶⁶.

Tutte le considerazioni pertinenti esposte precedentemente in materia di indagini, garanzie sostanziali e procedurali, cooperazione tra Stati membri in relazione ai matrimoni fittizi si applicano, *mutatis mutandis*, anche ai casi di altri tipi di abuso.

4.4. Provvedimenti e sanzioni contro gli abusi e le frodi

Ai sensi dell'articolo 35 gli Stati membri possono adottare le **misure necessarie** in caso di abuso di diritto o frode. Tali provvedimenti **possono essere adottati in qualunque momento** e avere ad oggetto:

- il rifiuto di conferire i diritti previsti dalla legislazione comunitaria sulla libera circolazione (*ad esempio rilascio di un visto d'ingresso o di una carta di soggiorno*);
- l'estinzione o la revoca di diritti conferiti dalla legislazione comunitaria sulla libera circolazione (*ad esempio decisione di annullare la validità di una carta di soggiorno e allontanare l'interessato che ha acquisito i diritti in modo abusivo o fraudolento*).

La legislazione comunitaria attualmente non prevede sanzioni specifiche che gli Stati membri potrebbero applicare nel quadro della lotta contro gli abusi o le frodi. Gli Stati membri possono stabilire sanzioni civili (*ad esempio annullare gli effetti di un matrimonio fittizio comprovato per quanto riguarda il diritto di soggiorno*), amministrative o penali (*pena pecuniaria o detentiva*), purché siano effettive, non discriminatorie e proporzionate.

⁶⁶ Causa C-212/97 *Centros* (punto 27).